

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

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

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

Copyright Act, subsection 68(3)

Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 68(3)

File: Public Performance of Sound Recordings

Dossier : Exécution publique d'enregistrements
sonores

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY NRCC FOR THE
PERFORMANCE IN PUBLIC OR THE
COMMUNICATION TO THE PUBLIC BY
TELECOMMUNICATION, IN CANADA, OF
PUBLISHED SOUND RECORDINGS OF
MUSICAL WORKS

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR
LA SCGDV POUR L'EXÉCUTION EN PUBLIC
OU LA COMMUNICATION AU PUBLIC PAR
TÉLÉCOMMUNICATION, AU CANADA,
D'ENREGISTREMENTS SONORES PUBLIÉS
D'ŒUVRES MUSICALES

Tariff No. 3 – Use and Supply of Background
Music (2003-2009)

Tarif n° 3 – Utilisation et distribution de musique
de fond (2003-2009)

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice William J. Vancise
Mrs. Sylvie Charron
Ms. Brigitte Doucet

M. le juge William J. Vancise
M^e Sylvie Charron
M^e Brigitte Doucet

Date of Decision

Date de la décision

October 20, 2006

Le 20 octobre 2006

Ottawa, October 20, 2006

Ottawa, le 20 octobre 2006

File: Public Performance of Sound Recordings

**Dossier : Exécution publique
d'enregistrements sonores**

**Reasons for the decision certifying NRCC
Tariff 3 with respect to the use and supply of
background music for the years 2003 to 2009**

**Motifs de la décision homologuant le tarif 3 de
la SCGDV à l'égard de l'utilisation et de la
distribution de musique de fond pour les
années 2003 à 2009**

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] Background music is a fact of everyday life, from the jarring sound of music in boutiques catering to clothes-shopping teenagers to the soothing melodies played in hotel lobbies, and everything in between. Mood enhancing music is played in factories, assembly plants, shopping malls, stores, bars, restaurants and even in planes and dentists' offices. It comes from a variety of sources: specialized commercial services that deliver music via satellite or over cable, on-site CDs, radio and the like. Cable and satellite broadcast distribution undertakings also now supply background music in addition to their core residential business.

[1] La musique de fond fait partie du quotidien, depuis les vibrations assourdissantes des boutiques mode pour adolescents jusqu'aux mélodies feutrées des halls d'hôtel, en passant par toute la gamme des genres musicaux. On joue de la musique pour agrémenter l'ambiance de manufactures, usines de montage, centres commerciaux, commerces, bars, restaurants; on l'entend même dans les avions et les cabinets de dentistes. Elle provient de sources diverses : services commerciaux spécialisés livrant la musique par satellite ou par câble, CD joués sur place, radio, etc. Aujourd'hui, des entreprises de distribution de radiodiffusion par câble et par satellite proposent également de la musique de fond en plus de leurs activités principales visant une clientèle résidentielle.

[2] In Canada, playing music as "background" is a use for which the owner of the musical work has been entitled to be paid since 1924.¹ Those who make records and those who perform on them obtained the right to be paid for the use of the recording only in 1997.²

[2] Au Canada, le propriétaire d'une œuvre musicale utilisée comme fond sonore a, depuis 1924,¹ le droit d'être payé pour cette utilisation. Les producteurs d'enregistrements sonores et artistes-interprètes n'ont obtenu le droit d'être payés pour l'utilisation de l'enregistrement qu'en 1997.²

[3] This is the first time the Board has been asked to certify a tariff to be paid to makers and performers for the use of a sound recording of a musical work as background music.

[3] C'est la première fois que l'on demande à la Commission d'homologuer un tarif payable aux producteurs et aux artistes-interprètes pour l'utilisation de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale comme musique de fond.

[4] On April 2, 2002,³ the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) filed, pursuant to subsection 67.1(1) of the *Copyright Act* (the

[4] Le 2 avril 2002,³ la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) a déposé, conformément au paragraphe 67.1(1) de la *Loi*

“Act”), a statement of royalties it proposed to collect in 2003 and thereafter, for the performance in public⁴ and the communication to the public by telecommunication,⁵ in Canada, of published sound recordings of musical works. One of the proposed tariffs concerned the communication and performance of sound recordings as background music for the years 2003 to 2009 (NRCC Tariff 3).

[5] The statement was published in the *Canada Gazette* on May 11, 2002. Potential users and their representatives were notified of their right to file an objection no later than July 10, 2002.

[6] A number of background music suppliers, users and their representatives objected to the proposed tariff. Principal among the suppliers was the Canadian Cable Telecommunications Association (CCTA). Bell ExpressVu, Star Choice Television Network Inc. (Star Choice) and CHUM Satellite Services (CHUM) also filed objections. The Hotel Association of Canada (HAC), the Canadian Restaurant and Food Services Association (CRFA) and the Alberta Association of Agricultural Societies (AAAS) filed objections as representatives of users. Paramount Canada’s Wonderland filed an objection but withdrew it after reaching an agreement with NRCC. Finally, DMX Music Inc., the Canadian Broadcasting Corporation (Galaxie) and the Canadian Society of Copyright Consumers filed objections but did not participate in the proceedings.

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[7] Since this is the first time NRCC proposes a tariff for the use of background music, it is useful to outline the legislative regime in the context of this hearing.

sur le droit d’auteur (la « Loi »), un projet de tarif portant sur les redevances qu’elle proposait de percevoir en 2003 et par la suite pour l’exécution en public⁴ et la communication au public par télécommunication,⁵ au Canada, d’enregistrements sonores publiés d’œuvres musicales. L’un des projets concernait la communication et l’exécution d’enregistrements sonores à titre de musique d’ambiance (ci-après, « musique de fond ») pour les années 2003 à 2009 (tarif 3 de la SCGDV).

[5] Le projet de tarif a été publié dans la *Gazette du Canada* le 11 mai 2002. Les utilisateurs éventuels et leurs représentants ont été avisés de leur droit de s’opposer au projet au plus tard le 10 juillet 2002.

[6] Plusieurs fournisseurs de musique de fond, utilisateurs et leurs représentants se sont opposés au projet. La principale opposante, parmi les fournisseurs, était l’Association canadienne des télécommunications par câble (ACTC). Bell ExpressVu, *Star Choice Television Network Inc.* (Star Choice) et *CHUM Satellite Services* (CHUM) se sont aussi opposées. L’Association des hôtels du Canada (HAC), l’Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires (CRFA) et l’*Alberta Association of Agricultural Societies* (AAAS) ont présenté des oppositions à titre de représentantes d’utilisateurs. Paramount Canada’s Wonderland était aussi opposante mais s’est retirée suite à une entente intervenue avec la SCGDV. Enfin, DMX Music Inc., la Société Radio-Canada (Galaxie) et la *Canadian Society of Copyright Consumers* se sont opposées au projet de tarif, mais n’ont pas participé à l’affaire.

II. CADRE LÉGISLATIF

[7] Puisque c’est la première fois que la SCGDV propose un tarif pour l’utilisation de musique de fond, il est utile d’exposer les grandes lignes du régime législatif dans le contexte de la présente audience.

[8] The inclusion of Part II in the *Act* made it possible for Canada to become a party to the 1961 *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations* (Rome Convention). Part II deals with the rights of performers, makers of sound recordings and broadcasters. Sections 15, 18, 21 and 26 describe the exclusive rights they enjoy. Section 19 provides that performers and makers each have a right to equitable remuneration for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of published sound recordings.

[9] The remuneration rights of performers and makers are subject to several conditions. First, section 19 provides that the rights must be exercised jointly. Second, subsection 20(1) provides that only eligible sound recordings trigger a right to remuneration and sets out the rules to determine what is eligible and what is not. Third, paragraph 19(2)(a) provides that, in the case of sound recordings of musical works, the person who performs or communicates the recording is liable to pay royalties to the collective society authorized under Part VII to collect them. These societies must file proposed tariffs with the Board. These proposals are subject to the same examination as those of music performing rights collective societies.

III. POSITION OF THE PARTIES

A. NRCC

[10] The tariff NRCC proposes is for the communication of background music to establishments and its performance in those establishments. NRCC's initial proposed tariff has been substantially lowered at the hearing. In a nutshell, its new proposition is as follows.

[8] L'inclusion de la partie II dans la *Loi* a permis au Canada d'adhérer à la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, intervenue en 1961 (Convention de Rome). La partie II traite des droits des artistes-interprètes, des producteurs d'enregistrements sonores et des radiodiffuseurs. Les articles 15, 18, 21 et 26 énoncent leurs droits exclusifs. L'article 19 prévoit que l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication d'un enregistrement sonore publié.

[9] Les droits à rémunération de l'artiste-interprète et du producteur sont assujettis à plusieurs conditions. En premier lieu, l'article 19 dispose que ces droits sont exercés conjointement. Deuxièmement, le paragraphe 20(1) prévoit que le droit à rémunération n'existe qu'à l'égard des enregistrements sonores répondant à certaines conditions, qui y sont précisées. Troisièmement, l'alinéa 19(2)a) dispose que, dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, quiconque exécute ou communique l'enregistrement doit verser des redevances à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir. Les sociétés doivent déposer leurs projets de tarif à la Commission. Ces projets sont soumis au même examen que ceux des sociétés de gestion des droits d'exécution de la musique.

III. POSITION DES PARTIES

A. La SCGDV

[10] Le projet de tarif de la SCGDV vise la communication de musique de fond aux établissements et son exécution dans ces établissements. Ce que la SCGDV proposait dans son projet initial a été révisé à la baisse de façon substantielle au moment de l'audience, et peut désormais se résumer comme suit.

[11] Until 2002, NRCC's proposals mirrored the tariff structure used by the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN). The tariff under examination does not. It encompasses, in whole or in part, uses that are targeted in a number of different SOCAN tariffs.⁶

[12] NRCC asks for a single tariff with two rate structures or categories. Category A targets those who supply background music to commercial and industrial establishments. Category B targets individual establishments that provide their own background music.

[13] Under Category A, background music suppliers would pay 11.2 per cent of the gross amount they receive from their subscribers, net of any amount paid by the supplier to acquire equipment allowing the subscriber to receive the background music service.

[14] Under Category B, establishments that provide their own music would pay a specific dollar amount calculated according to one of three possible methods. The first method to use is the number of admissions, attendees, or tickets sold multiplied by 0.26¢. When the first method cannot be used, the second, corresponding to the number of people allowed in the public space (typically according to fire or liquor control regulations) multiplied by the number of days of background music use multiplied by 0.52¢, must be used. If neither the first nor second method applies, the third method to use is the area of the public space multiplied by the number of days of background music use multiplied by 0.867¢ per square metre (or 0.081¢ per square foot). When none of the methods can be used, the user would be charged \$94.08 per year. NRCC is not asking for any minimum royalty.

[11] Jusqu'à 2002, les projets de tarif de la SCGDV reproduisaient la structure tarifaire de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le projet englobe en tout ou en partie des utilisations visées dans plusieurs tarifs distincts de la SOCAN.⁶

[12] La SCGDV demande l'homologation d'un tarif unique comprenant deux structures de taux ou catégories. La catégorie A vise ceux qui fournissent de la musique de fond aux établissements commerciaux et industriels. La catégorie B vise les établissements qui utilisent leur propre musique de fond.

[13] Sous le régime de la catégorie A, les fournisseurs de musique de fond verseraient 11,2 pour cent du montant brut qu'ils reçoivent de leurs abonnés, déduction faite du montant payé par le fournisseur pour acquérir l'équipement permettant à l'abonné de recevoir le service de musique.

[14] Sous le régime de la catégorie B, les établissements qui utilisent leur propre musique paieraient un montant précis établi suivant l'une de trois méthodes possibles. La première méthode à utiliser correspond à la multiplication du nombre d'admissions, de personnes présentes ou de billets vendus par 0,26 ¢. Si cette méthode ne peut être utilisée, il faut recourir à la deuxième qui correspond à la multiplication du nombre de personnes pouvant être admises dans l'espace public (généralement déterminé par la réglementation en matière d'incendie ou d'alcool) par le nombre de jours d'utilisation de la musique de fond par 0,52 ¢. Dans le cas où ni la première ni la deuxième méthode ne s'appliquent, la troisième méthode à utiliser consiste en la multiplication de la superficie d'espace public par le nombre de jours d'utilisation de la musique de fond par 0,867 ¢ le mètre carré (ou 0,081 ¢ le pied carré). Dans le cas où aucune des méthodes ne s'applique, l'utilisateur devrait verser un montant annuel de 94,08 \$. La SCGDV ne réclame aucune redevance minimale.

[15] The arguments that NRCC puts forward to support its proposal can be outlined as follows.

[16] First, a single tariff applicable to all uses of background music is preferable to the fragmented approach used by SOCAN. The proposed tariff takes into account the deficiencies the Board identified in the SOCAN tariffs in 1991,⁷ as well as some of the problems identified with multiple tariffs potentially applying to a single user. In and of itself, this justifies the difference in tariff structure. A single tariff that applies to every type of establishment that uses background music results in a more coherent tariff structure; a piecemeal approach results in numerous tariffs for numerous, yet essentially similar, uses.

[17] Second, SOCAN tariffs generally, and Tariffs 15 and 16 specifically, are not appropriate proxies for the proposed tariff. The adjustments that would have to be made to these tariffs are so significant that they render any comparison meaningless. NRCC argues that there is no business model that is comparable to the supply of background music. That being said, given the increasing importance of broadcast distribution undertakings, NRCC concludes that the most appropriate comparison that can be made is with the manner in which subscription revenues are allocated among distribution undertakings, services and rights holders in the pay-per-view television market.

[18] Third, NRCC proposes that the share of its repertoire in the overall use of sound recordings as background music be determined by using the simple average of the relative importance of that repertoire on commercial radio and in the sales of prerecorded CDs.

[19] Fourth, NRCC maintains that the amount paid for the use of a sound recording as

[15] Les arguments invoqués par la SCGDV au soutien de son projet de tarif peuvent se résumer comme suit.

[16] Premièrement, l'imposition d'un tarif unique applicable à toutes les utilisations de musique de fond est préférable à l'approche fragmentée de la SOCAN. Le projet de tarif tient compte des lacunes relevées par la Commission en 1991⁷ dans les tarifs de la SOCAN et de certains des problèmes constatés relativement à l'application éventuelle de tarifs multiples à un même utilisateur. En soi, cela suffit à justifier la différence dans la structure tarifaire. Un tarif unique applicable à tous les types d'établissements ayant recours à la musique de fond entraîne une structure tarifaire plus cohérente; une approche fragmentaire se traduit par un grand nombre de tarifs applicables à autant d'utilisations pourtant essentiellement similaires.

[17] Deuxièmement, les tarifs de la SOCAN en général, et plus particulièrement les tarifs 15 et 16, ne constituent pas des prix de référence valables pour le projet de tarif en l'espèce. Les adaptations qu'il faudrait y apporter sont d'une importance telle qu'elles rendent vaine toute comparaison. La SCGDV fait valoir qu'aucun modèle d'entreprise n'est comparable à la distribution de musique de fond. Cela dit, compte tenu de l'importance grandissante des entreprises de distribution de radiodiffusion, la SCGDV conclut que la comparaison la plus appropriée est celle que l'on peut faire avec la façon dont les recettes d'abonnement sont réparties entre ces entreprises, les services et les titulaires de droits dans le marché de la télévision à la carte.

[18] Troisièmement, la SCGDV propose qu'on détermine la part qu'occupe son répertoire dans l'utilisation globale d'enregistrements sonores comme musique de fond en se servant de la moyenne simple de la place qu'occupe son répertoire sur les ondes de la radio commerciale et dans les ventes de CD préenregistrés.

[19] Quatrièmement, la SCGDV soutient que le montant payé pour l'utilisation d'un

background music should be the same regardless of whether the royalty is paid directly by individual establishments or indirectly by a company that supplies background music to those establishments.

B. Objectors

[20] CCTA does not see in pay-per-view an appropriate proxy for the background music market. It submits that SOCAN Tariff 16 is an appropriate proxy. It targets the use of musical works, while the proposed tariff targets the use of recorded performances of the same works. Bell ExpressVu and Star Choice adopt CCTA's objections and arguments. The position of CHUM is substantially the same. All propose the same royalty rates: 2.7 per cent for non-industrial premises and 1.7 per cent for industrial premises. These rates are based on the assumption that NRCC's share of the repertoire is the same here as for sales of prerecorded CDs; no account is taken of commercial radio airplay.

[21] CRFA and HAC take the position that NRCC should get nothing given that their members already pay SOCAN a royalty pursuant to its Tariff 16. They contend that having to pay additional royalties to NRCC would have a significant impact on their members' business. They reluctantly concede that their members will have to pay a royalty but stress that it ought to be minimal. CRFA would set the tariff at no more than 15 per cent of what is paid to SOCAN because NRCC's repertoire is smaller, because background music suppliers are not subject to Canadian content rules and because anything more would lead restaurants to substitute non-eligible sound recordings to NRCC's repertoire.

enregistrement sonore comme musique de fond devrait être le même, peu importe que la redevance soit payée directement par l'établissement ou par l'entremise d'une entreprise qui lui fournit de la musique de fond.

B. Les opposantes

[20] L'ACTC ne croit pas que la télévision à la carte soit un modèle de référence approprié pour le marché de la musique de fond. À son avis, on devrait plutôt se servir du tarif 16 de la SOCAN. Ce dernier vise l'utilisation d'œuvres musicales; le projet de tarif porte sur l'utilisation de prestations enregistrées de ces œuvres. Bell ExpressVu et Star Choice souscrivent aux objections et arguments de l'ACTC. Pour l'essentiel, CHUM adopte la même position. Toutes proposent le même taux de redevances, soit 1,7 pour cent pour les locaux industriels et 2,7 pour cent pour les autres établissements. Ces taux sont fondés sur l'hypothèse selon laquelle la part du répertoire de la SCGDV pour la musique de fond est identique à celle des ventes de CD préenregistrés; ils ne tiennent pas compte du temps d'antenne à la radio commerciale.

[21] La CRFA et l'HAC soutiennent que la SCGDV ne devrait rien recevoir puisque leurs membres versent déjà à la SOCAN une redevance en application de son tarif 16. Elles prétendent que le paiement de redevances additionnelles à la SCGDV aurait des répercussions sérieuses sur les affaires de leurs membres. Elles conviennent à regret que ces derniers devront payer une redevance, mais insistent sur le fait que cette redevance devrait être minimale. La CRFA estime que le tarif ne devrait pas dépasser 15 pour cent du montant payé à la SOCAN, étant donné que le répertoire de la SCGDV est plus modeste, que les fournisseurs de musique de fond ne sont pas assujettis à des règles de contenu canadien et qu'une redevance plus onéreuse conduirait les restaurateurs à remplacer le répertoire de la SCGDV par des enregistrements non admissibles.

[22] AAAS contends that the tariff should be based on SOCAN Tariff 5.A, which applies to fairs and exhibitions. It argues that background music plays an almost insignificant role in these events and that no royalties should be payable for non-profit community activities organized by volunteers.

IV. EVIDENCE

A. NRCC

[23] NRCC first attempted to distinguish the rights of performers and makers from those of SOCAN. It then sought to establish a rate base that is different (and higher) than that in SOCAN Tariff 16. To that end, NRCC commissioned a report by Messrs. Paul Audley and Douglas E. Hyatt,⁸ the purpose of which was to provide a basis for setting the appropriate royalties. Because their report was central to NRCC's evidence, it will be described in some detail.

[24] Messrs. Audley and Hyatt seek to value the combined remuneration rights of performers and makers. As NRCC did with respect to the commercial radio tariff,⁹ they submit that, all things being equal, authors, performers and makers should each be entitled to the same amount of royalty for any given use.

[25] Messrs. Audley and Hyatt consider several possible proxies. They conclude that the SOCAN-NRCC tariff for pay audio services¹⁰ is inappropriate and impossible to apply in the present circumstances. In their opinion, the use of this tariff would result in remuneration far too low to be considered equitable without major adjustments.

[22] L'AAAS est d'avis qu'il vaut mieux utiliser le tarif 5.A de la SOCAN, applicable à ces événements, pour dériver le tarif de la SCGDV. Elle fait valoir que la musique de fond ne joue pratiquement aucun rôle dans ces événements et qu'aucune redevance ne devrait être imposée pour la tenue d'activités communautaires sans but lucratif organisées par des bénévoles.

IV. LA PREUVE

A. La SCGDV

[23] La SCGDV a tout d'abord tenté de distinguer les droits des artistes-interprètes et des producteurs de ceux de la SOCAN. Elle a ensuite voulu définir un taux de redevances différent de celui du tarif 16 de la SOCAN (et plus élevé que ce dernier). À cette fin, la SCGDV a chargé MM. Paul Audley et Douglas E. Hyatt de préparer un rapport⁸ dont l'objet est d'établir une méthode permettant de fixer les redevances appropriées. Ce rapport constitue un élément essentiel de la preuve de la SCGDV; aussi en exposerons-nous la teneur de façon assez détaillée.

[24] MM. Audley et Hyatt cherchent à évaluer la valeur de l'ensemble des droits à rémunération des artistes-interprètes et des producteurs. Comme l'a fait la SCGDV à l'égard de la radio commerciale,⁹ ils affirment que, toutes choses étant égales par ailleurs, auteurs, artistes-interprètes et producteurs devraient respectivement avoir droit au même montant de redevances pour toute utilisation particulière.

[25] MM. Audley et Hyatt examinent plusieurs prix de référence possibles. Ils concluent que le tarif SOCAN-SCGDV applicable aux services sonores payants¹⁰ est peu approprié et impossible à appliquer dans les circonstances de l'espèce. À leur avis, à moins d'y apporter des adaptations majeures, le recours à ce tarif se traduirait par une rémunération beaucoup trop faible pour être considérée équitable.

[26] Messrs. Audley and Hyatt also reject SOCAN Tariff 16 as possible proxy, for at least three reasons. First, the tariff provides that industrial users pay less than other users; they see no reason for this distinction. Second, they contend that Tariff 16 does not properly reflect the value of the rights SOCAN represents. Third, they question the relevance of the discounts the tariff offers to music suppliers.

[27] Messrs. Audley and Hyatt conclude that pay-per-view is the appropriate market to refer to in setting a tariff for background music. Both are programming services. Both are offered by broadcast distribution undertakings. Both receive all of their revenue from subscribers. Professor Marcel Boyer testified in support of this proposition.

[28] Ms. Diana Barry, Executive Director of NRCC, also testified. She explained the reasons that led the collective to propose a comprehensive tariff. She also informed the Board on the method and criteria used to determine the proportion of prerecorded CDs sold in Canada that contain sound recordings included in NRCC's repertoire.

[29] NRCC and its team of experts provided us with detailed information and economic analysis which enabled us to fully assess their proposed valuation approach. NRCC has consistently provided this kind and type of evidence and analysis in its presentations to the Board. Even though NRCC has not been entirely successful in persuading the Board to its point of view, the information it has supplied and the approach it has taken have enhanced the hearing process and continue to do so.

[26] Les auteurs du rapport écartent aussi la possibilité de se référer au tarif 16 de la SOCAN, pour au moins trois motifs. D'abord, le tarif prévoit que les utilisateurs industriels paient moins que les autres; ils ne voient aucune raison justifiant cette distinction. Deuxièmement, ils sont d'avis que le tarif 16 ne reflète pas vraiment la valeur des droits que la SOCAN représente. Enfin, ils doutent de la pertinence des escomptes que le tarif accorde aux fournisseurs de musique.

[27] MM. Audley et Hyatt concluent que le marché de la télévision à la carte constitue le modèle de référence approprié pour établir un tarif applicable à la musique de fond. L'un comme l'autre sont des services de programmation. L'un et l'autre sont offerts par des entreprises de distribution de radiodiffusion. Dans les deux cas, les recettes proviennent entièrement des abonnés. Le professeur Marcel Boyer a témoigné au soutien de cette assertion.

[28] M^{me} Diana Barry, directrice générale de la SCGDV, a aussi témoigné. Elle a expliqué les raisons qui ont conduit la société de gestion à proposer un tarif global. Elle a aussi exposé à la Commission la méthode et les critères utilisés pour déterminer la proportion des CD préenregistrés vendus au Canada qui contiennent des enregistrements sonores du répertoire de la SCGDV.

[29] La SCGDV et son équipe d'experts ont fourni des renseignements et une analyse économique détaillés, qui nous ont permis d'analyser pleinement le modèle d'évaluation qu'ils préconisent. La SCGDV présente invariablement ce genre de preuve et d'analyse dans le cadre de ses exposés devant la Commission. Bien qu'elle n'ait pas entièrement réussi à rallier la Commission à son point de vue, l'information qu'elle a fournie et l'approche qu'elle a adoptée ont enrichi le processus d'audience et continuent à le faire.

B. Objectors

[30] CCTA commissioned a report from Professor Frank Mathewson¹¹ to assess certain economic issues arising from NRCC's proposal. He was specifically requested to consider and recommend an appropriate basis for setting the tariff.

[31] In Professor Mathewson's opinion, SOCAN Tariff 16 is an appropriate proxy for three reasons. First, that tariff deals with background music. Second, the Board has reviewed that tariff many times, which leads him to conclude that the level of compensation is appropriate and that the rates do reflect the value of the rights SOCAN represents. Third, using the SOCAN tariff as a proxy would result in more horizontal consistency in the background music market.

[32] Professor Mathewson also rejects the use of pay-per-view as a proxy, for reasons that are reviewed below.

[33] Mr. Chris Frank, Senior Director, Government and Regulatory Affairs at Bell ExpressVu, testified about the relative importance of pay audio services and broadcast distribution undertakings in the background music market. He also compared some of the characteristics of pay audio and pay-per-view services.

[34] Mr. Brad Trumble, Vice-President Operations, DMX Music Inc. (Canada) testified on behalf of CHUM. He provided information about the services that DMX offers. He offered the view that the background music industry has become very competitive since technological advances have made it easier for smaller

B. Les opposantes

[30] L'ACTC a demandé au professeur Frank Mathewson¹¹ d'établir un rapport évaluant certaines questions économiques soulevées par le projet de la SCGDV. On lui a confié la responsabilité expresse d'envisager et de recommander un point de départ pouvant servir à l'établissement du tarif.

[31] De l'avis du professeur Mathewson, le tarif 16 de la SOCAN constitue un prix de référence valable pour trois motifs. En premier lieu, ce tarif vise la musique de fond. Deuxièmement, la Commission s'est penchée sur ce tarif à maintes reprises, ce qui amène M. Mathewson à conclure que le niveau de rémunération est adéquat et que les taux reflètent bien la valeur des droits que représente la SOCAN. Troisièmement, l'utilisation du tarif de la SOCAN comme référence assurerait une plus grande homogénéité horizontale au sein du marché de la musique de fond.

[32] Par ailleurs, le professeur Mathewson rejette la télévision à la carte à titre de modèle de référence, pour des motifs qui seront examinés plus loin.

[33] M. Chris Frank, directeur principal – relations gouvernementales et réglementation chez Bell ExpressVu, a témoigné de l'importance relative des services sonores payants et des entreprises de distribution de radiodiffusion dans le marché de la musique de fond. Il a aussi comparé certaines caractéristiques des services sonores payants et des services de télévision à la carte.

[34] M. Brad Trumble, vice-président aux opérations chez *DMX Music Inc. (Canada)*, a témoigné au nom de CHUM. Il a fourni des renseignements au sujet des services offerts par DMX. Selon lui, l'industrie de la musique de fond est devenue très concurrentielle depuis que les progrès technologiques permettent aux petits

suppliers to operate profitably. He explained what is involved in getting users to subscribe to a service, including making cold calls to potential clients, interviewing them to determine their musical needs and working up service plans that are suited to those needs. He outlined how background music can be used as both a management tool, keeping employees motivated at work, and as a marketing tool, helping businesses better project their desired image. He also explained how the use of background music could be varied so as to suit the tastes of the various clienteles that come to an establishment at different times of the day.

[35] Finally, Mr. Trumble offered the view that any discount suppliers receive for collecting fees under SOCAN Tariff 16 and remitting them directly to SOCAN should also be built into the proposed tariff.

[36] CRFA and HAC filed separate studies dealing with their membership's reaction to the NRCC proposal. Mr. Aleksandar Ciric, Senior Manager at Deloitte & Touche, outlined the results of a study ordered by CRFA to assess the reaction of restaurant operators to the proposed tariff, the value they place on NRCC's repertoire and the possibility that a new tariff may lead them to play only American music. Mr. Anthony Pollard, President of HAC, outlined the results of a similar in-house study conducted by his organization. The main conclusions of the studies are reviewed below.

[37] CRFA offered the testimony of three operators. Mr. Pierre Labelle owns a tavern located in the Ottawa Byward Market area that opened when Queen Victoria was beginning her reign. Mr. Robert Ataman's Gatineau restaurant

fournisseurs d'assurer ce service à profit. Il a décrit les démarches requises pour convaincre les utilisateurs de s'abonner à un service, notamment la nécessité de visites imprévisibles à d'éventuels clients, de les interroger pour déterminer leurs besoins musicaux et d'élaborer des plans de service adaptés à leurs besoins. Il a expliqué comment la musique de fond peut servir à la fois d'outil de gestion, en aidant à motiver les employés au travail, et d'instrument de commercialisation, en permettant aux entreprises de mieux refléter l'image de marque qu'elles souhaitent cultiver. Il a également souligné qu'il est possible de varier la musique de fond de manière à l'adapter aux goûts des différents genres de clients qui fréquentent un établissement à divers moments de la journée.

[35] Enfin, M. Trumble s'est dit d'avis que tout escompte dont les fournisseurs bénéficient du fait que, conformément au tarif 16 de la SOCAN, ils perçoivent des droits qu'ils remettent directement à la SOCAN, devrait aussi être intégré dans le tarif.

[36] La CRFA et l'HAC ont chacune déposé une étude distincte traitant de la réaction de leurs membres au projet de tarif de la SCGDV. M. Aleksandar Ciric, cadre supérieur chez Deloitte & Touche, a donné un aperçu des résultats d'une étude commandée par la CRFA pour évaluer la réaction des restaurateurs au tarif proposé, l'importance qu'ils attachent au répertoire de la SCGDV et le risque qu'un nouveau tarif les incite à faire jouer uniquement de la musique américaine. M. Anthony Pollard, président de l'HAC, a exposé les résultats d'une étude maison semblable réalisée par son association. Les principales conclusions de ces études seront examinées plus loin.

[37] La CRFA a présenté le témoignage de trois exploitants. M. Pierre Labelle est propriétaire d'une taverne du marché By à Ottawa dont l'ouverture remonte au début du règne de la Reine Victoria. M. Robert Ataman exploite à

is a Swiss-themed establishment influenced by the slow food movement. Mr. Phil Wasserman operates two restaurants in the Byward Market area and one in West End Ottawa. Those who testified for AAAS were Mr. David Bednar, General Manager of the Canadian National Exhibition and Ms. Joyce Tafford, General Manager of the Carp Fair. All took the time to appear before us and offer the views of those who actually operate the businesses targeted in the proposed tariff on the issues under consideration in these proceedings.

V. ANALYSIS

[38] Before determining the appropriate equitable remuneration, we must address several issues. First, we must decide whether there should be a single tariff or whether we should revert to the structure found in the SOCAN tariffs. Second, we must select, if possible, an appropriate starting point for setting the tariff. Third, we must determine the share that NRCC's repertoire occupies in the background music market. Fourth, if the appropriate starting point is a SOCAN tariff, we must examine again the relationship between NRCC's and SOCAN's rates. Fifth, we must select an appropriate rate base. Sixth, we must determine if the uses targeted in the tariff are uses that trigger liability pursuant to section 19 of the *Act*. Finally, we must consider whether more should be paid if two uses are involved rather than one.

A. *A single tariff*

[39] We agree with NRCC's request to certify a single tariff for most background uses. The integrated structure NRCC proposes is simpler for the collective to administer. It also has the merit of minimizing the risk of vertical inconsistency among the collective's tariffs, a

Gatineau un restaurant à thème suisse inspiré par le courant culinaire « slow food ». M. Phil Wasserman tient deux restaurants dans le secteur du marché By et un autre dans le *West End* d'Ottawa. Les témoins de l'AAAS étaient M. David Bednar, directeur général de l'Exposition nationale canadienne, et M^{me} Joyce Tafford, directrice générale de la *Carp Fair*. Toutes ces personnes ont pris le temps de comparaître devant nous pour présenter le point de vue de ceux et celles qui exploitent les entreprises directement visées par le projet de tarif, relativement aux questions soulevées dans la présente instance.

V. ANALYSE

[38] Avant de statuer sur la rémunération équitable adéquate, nous devons trancher plusieurs questions. En premier lieu, nous devons décider s'il convient d'établir un tarif unique ou s'il est préférable de reprendre la structure tarifaire de la SOCAN. Deuxièmement, nous devons tenter de choisir un point de départ approprié pour l'établissement du tarif. Troisièmement, nous devons déterminer la part occupée par le répertoire de la SCGDV dans le marché de la musique de fond. Quatrièmement, si le point de départ approprié est un tarif de la SOCAN, nous devons réexaminer la relation entre les taux de la SCGDV et ceux de la SOCAN. Cinquièmement, nous devons établir une assiette tarifaire appropriée. Sixièmement, nous devons décider si les utilisations prévues au tarif donnent lieu à l'obligation prescrite à l'article 19 de la *Loi*. Enfin, nous devons examiner si les redevances devraient être plus élevées pour deux utilisations que pour une seule.

A. *Un tarif unique*

[39] Nous sommes d'accord avec la demande de la SCGDV d'homologuer un tarif unique pour la plupart des utilisations de la musique de fond. La structure intégrée qu'elle propose lui simplifiera la tâche et présente aussi l'avantage de minimiser le risque d'incohérence verticale entre tarifs, un

problem the Board identified as long ago as 1991.¹²

[40] AAAS requested a separate tariff based on SOCAN Tariff 5.A (Fairs and Exhibitions). We find this unnecessary. The amounts payable pursuant to this decision are small enough that a separate tariff would unnecessarily complicate the collection of royalties.

B. Choosing an appropriate starting point

[41] We must decide which of all the possible starting points proposed, if any, is the most appropriate. If one is appropriate, we must adjust it to develop a fair tariff. With this in mind, we examined pay-per-view services, the Pay Audio Tariff and the relevant SOCAN tariffs.

1. Pay-per-view

[42] In NRCC's view, pay-per-view is the most appropriate of the possible proxies for several reasons. First, the price for pay-per-view services is not regulated: rates are established through negotiated, free market transactions. Second, both background music and pay-per-view movies are offered separately and are not bundled with other services. Third, both rely entirely on subscription revenues, which are then split between the broadcast distribution undertaking and the supplier of the service.

[43] The Audley-Hyatt valuation model is based on a number of assumptions. One is that when a broadcast distribution undertaking supplies background music, it should retain 40 per cent of earnings, as it does for pay-per-view services. Another is that background music suppliers should only retain what Galaxie and Max Trax

problème que la Commission a constaté dès 1991.¹²

[40] L'AAAS a sollicité un tarif distinct basé sur le tarif 5.A de la SOCAN (Expositions et foires). Nous ne croyons pas que cette mesure soit nécessaire. Les montants payables en vertu de la présente décision sont trop modestes pour justifier de compliquer la perception des redevances par l'imposition d'un tarif distinct.

B. Sélection d'un point de départ approprié

[41] Nous devons décider quel point de départ, parmi tous ceux qui ont été proposés, est le plus approprié, s'il en est. Si l'un d'eux convient, nous devons l'ajuster pour mettre au point un tarif équitable. À cette fin, nous avons analysé les services de télévision à la carte, le tarif des services sonores payants et les tarifs pertinents de la SOCAN.

1. Télévision à la carte

[42] De l'avis de la SCGDV, la télévision à la carte constitue le modèle de référence le plus approprié parmi toutes les options, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le prix des services à la carte n'est pas réglementé : les taux sont établis au terme de transactions négociées dans un marché libre. De plus, la musique de fond, comme les films payables à la carte, est un service distinct, qui n'est pas groupé avec d'autres services. Enfin, l'un et l'autre dépendent entièrement des recettes d'abonnements, qui sont ensuite partagées entre les entreprises de distribution de radiodiffusion et le fournisseur du service.

[43] Le modèle d'évaluation Audley-Hyatt repose sur certains postulats. L'un est que l'entreprise de distribution de radiodiffusion qui fournit de la musique de fond devrait conserver 40 pour cent des recettes, comme c'est le cas pour les services de télévision à la carte. Un autre est que les fournisseurs de musique de fond ne devraient

charge to broadcast distribution undertakings (19.1 per cent) and that the rest, or 40.9 per cent, should be shared among those who own the performing and communication rights in sound recordings and musical works if all the recordings and works were protected by copyright.

[44] This is not the first time that NRCC has sought to use pay-per-view as a proxy. It was proposed and rejected for the Pay Audio Tariff. However, NRCC contends that the pay-per-view model proposed here is different from what it proposed for the Pay Audio Tariff. Here, NRCC's comparison focuses on the role of the broadcast distribution undertaking in the pay-per-view market. NRCC argues that broadcast distribution undertakings play the same role in the pay-per-view market as in the background music market: they transport the service. According to NRCC, it is not the end product that matters, but rather that the broadcast distribution undertaking is the crucial link in product delivery – music on the one hand, movies on the other.

[45] CCTA contends that this is a distinction without a difference. In this case, NRCC is using the share of pay-per-view revenue retained by the broadcast distribution undertakings to determine the share of revenue from background music suppliers that the broadcast distribution undertakings should retain. In both cases, as Professor Mathewson pointed out, NRCC is using revenue splits from the pay-per-view industry to arrive at revenue splits for the communication of pay audio signals.

[46] CCTA, relying on the evidence of Professor Mathewson, submits that there are four

conservers que ce que Galaxie et Max Trax facturent aux entreprises de distribution de radiodiffusion, soit 19,1 pour cent; le reste, 40,9 pour cent, serait partagé entre les titulaires des droits d'exécution et de communication des enregistrements sonores et des œuvres musicales si tous les enregistrements et œuvres étaient protégés par le droit d'auteur.

[44] Ce n'est pas la première fois que la SCGDV propose la télévision à la carte à titre de modèle de référence. Elle l'a fait sans succès à l'égard du tarif des services sonores payants. Toutefois, la SCGDV fait valoir que le modèle de services à la carte qu'elle propose aujourd'hui est différent de celui qu'elle avait suggéré pour le tarif des services sonores payants. Dans le cas présent, la comparaison établie par la SCGDV est axée sur le rôle de l'entreprise de distribution de radiodiffusion au sein du marché de la télévision à la carte. La SCGDV soutient que les entreprises de distribution de radiodiffusion jouent le même rôle au sein du marché de la télévision à la carte que dans le marché de la musique de fond : ils transportent le service. Selon la SCGDV, ce qui importe n'est pas le produit final mais plutôt le fait que l'entreprise de distribution de radiodiffusion constitue le lien essentiel dans la livraison du produit – dans un cas la musique, dans l'autre des films.

[45] Pour l'ACTC, il s'agit là d'une distinction vide de sens. En l'espèce, la SCGDV utilise la partie des recettes de la télévision à la carte retenue par les entreprises de distribution de radiodiffusion pour établir la part des recettes des fournisseurs de musique de fond que les entreprises de distribution de radiodiffusion devraient conserver. Dans les deux cas, comme l'a fait remarquer le professeur Mathewson, la SCGDV se sert de la répartition des recettes dans l'industrie de la télévision à la carte pour calculer la répartition des recettes applicables à la communication de signaux sonores payants.

[46] Se fondant sur la preuve du professeur Mathewson, l'ACTC prétend que quatre

fundamental problems that prevent the use of revenue splits for pay-per-view services as a starting point in this instance.

[47] First, suppliers of pay-per-view programs rely heavily on a window of exclusivity. Most of the content they offer is available only through them for a certain period of time. Background music suppliers do not offer a similar window of exclusivity. Exclusivity commands a premium, and is crucial to the broadcast distribution undertaking.

[48] Second, pay-per-view services are transaction-based: viewers pay a set fee for the right to watch a particular movie. By contrast, background music services are subscription-based: users pay the same monthly fee regardless of how much they use the service in any given month.

[49] Third, the rights involved are not the same. Pay-per-view services need the right to communicate a movie to the public; the performance that occurs at home is private and therefore, not protected by copyright. When a sound recording is used as background music, the central right is the right to perform the recording in public.

[50] Fourth, the level of risk associated with pay-per-view services and background music differs significantly. Pay-per-view entails much higher levels of risk as a result of the transaction-driven nature of the service. In contrast, background music services are subscription-based and as such, significantly less risky.

problèmes fondamentaux empêchent d'utiliser la répartition des recettes dans le marché de la télévision à la carte comme point de départ dans le cas présent.

[47] Premièrement, les fournisseurs de programmation à la carte comptent énormément sur une fenêtre d'exclusivité. Pendant un certain temps, ils sont les seuls à pouvoir offrir cette programmation. Les fournisseurs de musique de fond ne disposent pas d'une telle fenêtre. L'exclusivité se paie par un supplément; il s'agit d'une caractéristique primordiale pour l'entreprise de distribution de radiodiffusion.

[48] Deuxièmement, le modèle d'entreprise des services de télévision à la carte est transactionnel : les téléspectateurs paient un montant déterminé pour pouvoir regarder un film particulier. Les services de distribution de musique de fond, au contraire, fonctionnent par abonnement : les utilisateurs paient le même montant mensuel sans égard à l'utilisation qu'ils ont faite du service au cours du mois.

[49] Troisièmement, les droits en jeu ne sont pas les mêmes. Les services de télévision à la carte doivent avoir le droit de communiquer un film au public; la présentation du film à la maison est privée et, partant, n'est pas protégée par le droit d'auteur. Lorsqu'un enregistrement sonore est utilisé comme musique de fond, le droit principal en cause est le droit d'exécuter l'enregistrement en public.

[50] Quatrièmement, le degré de risque associé aux services de télévision à la carte diffère considérablement de celui lié aux services de musique de fond. Étant donné la nature transactionnelle du service de télévision à la carte, les risques associés à ce service sont beaucoup plus grands. Par contraste, les services de musique de fond, qui sont des services d'abonnement, présentent des risques beaucoup plus restreints.

[51] This last argument appears weak. The pay-per-view business model has certain advantages that traditional background music suppliers do not enjoy. Access to the client is a given once a person subscribes to digital cable or satellite television. Background music suppliers also incur marketing, hardware and other costs that are sometimes quite significant.¹³

[52] That being said, we agree with CCTA's three other arguments.

[53] The Board rejected the use of pay-per-view as a possible proxy in its 2002 decision on pay audio services, stating that:

[...] it would not be appropriate to set the tariff by looking at what television pay and pay-per-view services spend on movie rights, even though these services do present certain similarities with DPA. Both depend on a single, externally sourced category of content: music and movies. Neither produces content; they package someone else's intellectual property. Both operate on similar, extremely lean infrastructures. Both compete for available bandwidth. However, contrary to music rights, movie rights are sold in a competitive market, with some level of exclusivity. This alone is significant enough to discard the comparison.¹⁴

The last comment applies with equal force to background music.

[54] As we noted earlier, NRCC contends that the Board's refusal to use the pay-per-view market as a starting point for the Pay Audio

[51] Ce dernier argument ne semble pas très solide. Le modèle d'entreprise de la télévision à la carte offre certains avantages dont les fournisseurs traditionnels de musique de fond ne bénéficient pas. L'accès au client est un fait acquis à compter du moment où ce dernier s'abonne à la câblodistribution numérique ou à la télévision par satellite. Par ailleurs, les fournisseurs de musique de fond engagent des dépenses de commercialisation et de matériel et d'autres dépenses qui sont parfois considérables.¹³

[52] Cela dit, nous sommes d'accord avec les trois autres arguments de l'ACTC.

[53] Dans la décision de 2002 portant sur les services sonores payants, la Commission a rejeté la possibilité de recourir à la télévision à la carte à titre de modèle de référence, exposant :

... [qu']il ne conviendrait pas d'établir le tarif en se fondant sur ce que les services de télévision payants ou à la carte consacrent aux droits cinématographiques, même si ces services présentent des ressemblances avec les SSPN. Les deux utilisent une catégorie de contenu unique et acheté de tiers : la musique et les films. Aucun ne produit du contenu; ils assemblent la propriété intellectuelle de tiers. Les deux utilisent des infrastructures semblables et extrêmement limitées. Les deux se font concurrence au chapitre de l'utilisation de la largeur de bande disponible. Mais contrairement aux droits musicaux, les droits cinématographiques se transigent dans un marché concurrentiel et comportent une certaine mesure d'exclusivité. Cela est en soi suffisant pour écarter toute comparaison.¹⁴

Le dernier commentaire est tout aussi pertinent au regard de la musique de fond.

[54] Comme nous l'avons déjà fait remarquer, la SCGDV soutient que le refus de la Commission de se référer au marché de la télévision à la carte

Tariff does not of itself preclude the application of the valuation model in this instance, since this time, the comparison focuses on the role of the broadcast distribution undertaking in the pay-per-view market. This difference in approach, assuming that it means anything, fails to address the three problems that Professor Mathewson identified and that we agree do exist.

[55] NRCC's valuation model is problematic from at least one other perspective. The market share of traditional background music suppliers (DMX, CHUM) is many times that of broadcast distribution undertakings such as Bell ExpressVu, Star Choice or Rogers. Contrary to what counsel for NRCC stated in argument, we do not think that traditional suppliers are in the process of aligning their business model with that of broadcast distribution undertakings.¹⁵ The supply of background music to non-residential establishments remains an adjunct activity for the latter. They incur no additional transmission costs for offering Galaxie to commercial as well as residential subscribers. Yet, the proposed model relies almost exclusively on the business practices of broadcast distribution undertakings. To paraphrase counsel for CCTA, following the path NRCC proposes would require us to use a rather small tail to wag a rather large dog.

2. Pay Audio

[56] In the Pay Audio Tariff, royalties are set as a percentage of affiliation payments payable by a broadcast distribution undertaking to a pay audio service for the transmission for private or

comme point de départ pour fixer le tarif des services sonores payants n'empêche pas en soi d'appliquer ce modèle d'évaluation en l'espèce, puisque cette fois, la comparaison est axée sur le rôle de l'entreprise de distribution de radiodiffusion dans le marché de la télévision à la carte. À supposer que cette différence de perspective ait une quelconque signification, elle ne résout pas pour autant les trois problèmes relevés par le professeur Mathewson et dont nous reconnaissons l'existence.

[55] Le modèle d'évaluation proposé par la SCGDV est également problématique à tout le moins sous un autre angle. La part de marché des fournisseurs traditionnels de musique de fond (DMX, CHUM) dépasse largement celle d'entreprises de distribution de radiodiffusion comme Bell ExpressVu, Star Choice ou Rogers. Contrairement à ce qu'a affirmé l'avocat de la SCGDV dans ses observations, nous ne croyons pas que les fournisseurs traditionnels s'emploient actuellement à harmoniser leur modèle d'entreprise avec celui des entreprises de distribution de radiodiffusion.¹⁵ La distribution de musique de fond à des établissements non résidentiels demeure pour ces dernières une activité accessoire. Le fait d'offrir Galaxie à des abonnés du secteur commercial en plus de l'offrir aux abonnés résidentiels ne leur occasionne aucun coût de transmission additionnel. Néanmoins, le modèle proposé s'appuie presque exclusivement sur les pratiques commerciales des entreprises de distribution de radiodiffusion. Comme l'a fait valoir l'avocat de l'ACTC, emprunter la voie recommandée par la SCGDV suppose qu'on utilise l'exception pour établir la règle.

2. Services sonores payants

[56] Dans le tarif des services sonores payants, les redevances consistent en un pourcentage des paiements d'affiliation payables par une entreprise de distribution de radiodiffusion à une

domestic use of a pay audio signal. That percentage currently is 5.85 per cent for NRCC and 12.35 per cent for SOCAN.

[57] In our opinion, the pay audio market is so substantially different from the background music market that it is not appropriate to use it as a starting point. First, the Pay Audio Tariff only targets the communication right; as will be demonstrated later, playing background music sometimes involves both the communication and performance rights. Moreover, it is the performance right, not the communication right, that is central to this tariff. Second, the Pay Audio Tariff does not apply to background music, but rather to foreground music. Third, the users are different – pay audio applies to the distribution for private or domestic uses while background music targets commercial users. These three factors taken together militate against its use as an appropriate proxy.

3. SOCAN Tariffs

[58] Many SOCAN tariffs overlap with the uses NRCC wishes to target in its proposed tariff. Most are structured so as to make it difficult, if not impossible, to use them to derive a tariff that is as comprehensive as NRCC proposes. For example, Tariff 5.A (Fairs and Exhibitions) sets fees payable per day, based on attendance. Tariff 6 (Motion Picture Theatres) calculates an annual fee based on the number of seats per theatre. Tariff 8 (Receptions, etc.) is a fee per event, based on capacity, that varies according to whether or not dancing takes place. Tariff 15.A (Background music in establishments not covered by Tariff no. 16) sets rates per square feet or meters that are decreased by half for seasonal establishments. No one proposed that any but two of these tariffs be used. We have already

entreprise de services sonores payants pour la transmission du service à des fins domestiques ou privées. Actuellement, ce pourcentage est de 5,85 pour cent dans le cas de la SCGDV et de 12,35 pour cent dans le cas de la SOCAN.

[57] À notre avis, le marché des services sonores payants est tellement différent de celui de la musique de fond qu'il ne s'agit pas d'un bon point de départ. En premier lieu, le tarif des services sonores payants concerne uniquement le droit de communication; comme nous le démontrerons plus tard, la diffusion de musique de fond fait parfois intervenir tant le droit de communication que le droit d'exécution. En outre, le droit qui est au cœur du présent tarif est le droit d'exécution, non le droit de communication. Deuxièmement, le tarif des services sonores payants ne vise pas la musique de fond, mais bien la musique de premier plan. Troisièmement, les utilisateurs sont différents : les services sonores payants s'appliquent à la distribution à des fins privées ou domestiques, alors que la musique de fond est conçue pour des utilisateurs commerciaux. Considérés ensemble, ces trois facteurs militent contre l'utilisation de ce tarif à titre de prix de référence approprié.

3. Tarifs de la SOCAN

[58] De nombreux tarifs de la SOCAN coïncident partiellement avec les utilisations visées dans le projet de tarif de la SCGDV. Étant donné la structure de la plupart de ces tarifs, il est difficile, voire illusoire, de s'en inspirer pour établir un tarif aussi exhaustif que celui proposé par la SCGDV. Ainsi, le tarif 5.A (Expositions et foires) établit des redevances quotidiennes fondées sur l'assistance. Le tarif 6 (Cinéma) détermine une redevance annuelle selon le nombre de sièges par salle. Le tarif 8 (Réceptions, etc.) impose une redevance pour chaque événement en fonction de la capacité, et varie suivant que l'on ait ou non prévu de danser. Le tarif 15.A (Musique de fond dans les établissements non régis par le tarif 16) prévoit des taux au mètre ou au pied carré qui sont

explained why we do not intend to use Tariff 5.A. The only remaining tariff, then, is Tariff 16.

[59] SOCAN Tariff 16 sets two separate rates based on the price paid for the service, net of any equipment costs. Industrial establishments pay 4.5 per cent; other establishments pay 7.5 per cent. In both cases, the minimum royalty is \$48 per year, though that amount is reduced to \$20 for non-industrial premises with no more than five permanent employees, if the charge for the service is \$10 per month or less.

[60] CCTA, Bell ExpressVu and CHUM contend that Tariff 16 is an appropriate starting point for setting NRCC's background music tariff. Tariff 16 and Category A of the proposed tariff apply to background music suppliers. Both apply to the same product, to the same use and are in the same market.

[61] NRCC agrees that if the rate set in Tariff 16 reliably reflected the value delivered to background music services and the benefits such services derive from the use, it would be appropriate to calculate the value of the same rights with respect to the performers and makers of sound recordings on that basis.¹⁶ NRCC argues, however, that this is not so.

[62] NRCC rejects the notion of having different rates for industrial and non-industrial premises. There is no rationale for charging a lower rate to the former. If background music were less valuable in industrial settings, these users would be able to purchase their background music for less; since the royalty is set as a percentage of that purchase price, the lower value to industrial

diminués de moitié pour les établissements saisonniers. Personne n'a suggéré que l'on s'inspire de ces tarifs, à part deux d'entre eux. Nous avons déjà exposé pourquoi nous n'entendons pas avoir recours au tarif 5.A. Il reste donc à examiner le tarif 16.

[59] Le tarif 16 de la SOCAN établit deux taux distincts fondés sur le prix payé pour le service après déduction des coûts d'équipement. Les établissements industriels paient 4,5 pour cent; les autres 7,5 pour cent. Dans les deux cas, la redevance minimale annuelle est 48 \$, montant réduit à 20 \$ pour les locaux non industriels comptant au maximum cinq employés permanents, si le prix mensuel facturé pour le service est 10 \$ ou moins.

[60] L'ACTC, Bell ExpressVu et CHUM soutiennent que le tarif 16 constitue un point de départ convenable pour définir le tarif de la SCGDV applicable à la musique de fond. Le tarif 16 et la catégorie A du projet de tarif visent les fournisseurs de musique de fond. Tous deux portent sur le même produit, visent la même utilisation et se situent dans le même marché.

[61] La SCGDV reconnaît que si le taux fixé dans le tarif 16 traduisait adéquatement les avantages offerts aux services de musique de fond et les retombées positives que retirent ces services de l'utilisation de la musique, il serait approprié de calculer suivant ce taux la valeur des droits correspondants touchant les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores.¹⁶ Toutefois, la SCGDV estime que telle n'est pas la situation.

[62] La SCGDV rejette l'idée d'avoir des taux différents pour les locaux industriels et les locaux non industriels. Il n'existe aucune justification pour appliquer aux premiers un tarif moins élevé. Si la musique de fond ne présentait pas les mêmes avantages dans un environnement industriel, ces utilisateurs pourraient acheter leur musique de fond à moindre coût; les redevances

premises would automatically be reflected in the amount paid to SOCAN. Consequently, SOCAN's rate for background music should be the same for all establishments.

[63] The main objection of NRCC to the use of Tariff 16 is the contention that the rate set in that tariff does not properly reflect the value of the rights SOCAN represents. According to NRCC, a review of the history of the development of the SOCAN tariff rates reveals that even though the rates and the rate structure have varied greatly, there is "no evidence in the record of earlier rate decisions that there was ever any underlying analysis of value on which rate decisions were based."¹⁷

[64] The Audley-Hyatt Report states:

36. More recently, SOCAN's Tariff 16 was considered by the Board in 1996. The Board's decision dated September 20, 1996 concluded that SOCAN "offered absolutely no evidence to support its contention that the rate levels are unreasonably low." (Decision, pages 25 and 26) The decision further concluded with respect to SOCAN's expert witness that "Dr. Chebat's testimony was irrelevant to setting the price of the blanket licence".

37. One further point in this decision should be noted. At page 29 of the decision the Board stated that it had received a request whose object appeared to be "to seek for comparable rates for background music irrespective of the manner of delivery of the music". The Board concluded "That is a laudable goal, and one that should be kept in mind". (Decision, page 29) For our purpose here of considering whether it would be appropriate to base the NRCC's supplier rate on the existing SOCAN rate structure, the relevance is that SOCAN currently appears to collect significantly

représentant un pourcentage du prix d'achat, la valeur réduite de ce service pour les manufactures se refléterait automatiquement dans le montant versé à la SOCAN. Par conséquent, le tarif de la SOCAN pour la musique de fond devrait être le même pour tous les établissements.

[63] Le principal motif pour lequel la SCGDV s'oppose à l'utilisation du tarif 16 est qu'à son avis le taux fixé dans ce tarif ne témoigne pas adéquatement de la valeur des droits représentés par la SOCAN. Selon la SCGDV, on se rend compte, en examinant l'évolution des taux établis dans les tarifs de la SOCAN, que même si les taux et leur structure ont grandement varié au fil du temps, il n'existe [TRADUCTION] « aucune preuve, dans le dossier des décisions antérieures sur les tarifs, que l'on ait fondé les décisions concernant les taux sur une analyse de la valeur des droits. »¹⁷

[64] Voici un extrait du rapport Audley-Hyatt :

[TRADUCTION] 36. Plus récemment, la Commission s'est penchée sur le tarif 16 de la SOCAN en 1996. Dans sa décision en date du 20 septembre 1996, la Commission a conclu : « Aucune preuve n'a été avancée [par la SOCAN] au soutien de la prétention portant que le tarif est beaucoup trop bas. » (Décision, aux pages 25 et 26) S'agissant de l'expert de la SOCAN, la décision concluait de plus : « Le témoignage du docteur Chebat n'a servi à rien dans la recherche du prix pour une licence générale [...] ».

37. Il convient de souligner un autre élément dans cette décision. À la page 29, la Commission a indiqué avoir reçu une demande qui semblait avoir pour objet « l'établissement de taux comparables pour la musique de fond sans égard à son mode de livraison ». La Commission a conclu : « Il s'agit là d'un objectif louable qu'il faut garder à l'esprit. » (Décision, à la page 29) Pour ce qui est de déterminer s'il serait approprié de fonder le taux de redevance de la SCGDV applicable

different amounts depending on whether an establishment is licensed separately or receives its music through a background music supplier.¹⁸

[65] NRCC contends that SOCAN has been less than effective in seeking increases to its royalty rate. It offers as proof some of the Board's comments in its 1996 decision pertaining to background music suppliers (SOCAN Tariff 16), including the comment quoted above, where the Board stated that SOCAN "offered absolutely no evidence to support its contention that the rate levels are unreasonably low" and another, according to which SOCAN's attempt at justifying an increased rate had "failed utterly".¹⁹

[66] We do not find NRCC's objections to using Tariff 16 compelling. The fact that industrial users pay a lower rate is easily remedied by using only the rate paid by non-industrial users as a starting point.

[67] NRCC's second objection, that Tariff 16 should not be used because it has been the subject of harsh criticism and also appears not to be supported by evidence, deserves more consideration.

[68] We examined the evolution of Tariff 16 to test the contention of NRCC and found that contention wanting. Background music tariffs go back to the 1940s. Rates have varied considerably, as have rate structures. One of SOCAN's predecessors, the Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC), started to use the current structure in 1959.²⁰

aux fournisseurs sur la structure tarifaire en vigueur de la SOCAN, la pertinence est que, à l'heure actuelle, la SOCAN semble percevoir des montants sensiblement différents selon qu'un établissement a une licence individuelle ou qu'il reçoit sa musique par l'intermédiaire d'un fournisseur de musique de fond.¹⁸

[65] La SCGDV est d'avis que les démarches de la SOCAN en vue de faire augmenter son taux de redevance ont été inefficaces. À preuve, elle cite certaines remarques de la Commission dans la décision de 1996 relative aux fournisseurs de musique de fond (tarif 16 de la SOCAN), notamment le passage précité dans lequel la Commission a déclaré, au sujet de la SOCAN : « Aucune preuve n'a été avancée au soutien de la prétention portant que le tarif est beaucoup trop bas » et un autre, selon lequel la SOCAN a « totalement échoué » dans ses tentatives pour justifier un taux plus élevé.¹⁹

[66] Les objections de la SCGDV à l'utilisation du tarif 16 ne nous semblent pas convaincantes. On peut facilement remédier au fait que les utilisateurs industriels paient un taux moins élevé en se servant uniquement, comme point de départ, du taux payé par les utilisateurs non industriels.

[67] La deuxième objection de la SCGDV, à savoir que l'on ne devrait pas retenir le tarif 16 parce qu'il a fait l'objet de vives critiques et qu'il semble ne pas être étayé par la preuve, mérite un examen plus approfondi.

[68] Nous nous sommes penchés sur l'évolution du tarif 16 pour vérifier la prétention de la SCGDV, pour conclure qu'elle ne tient pas. Les tarifs applicables à la musique de fond existent depuis les années 1940. Les taux ont grandement varié, tout comme leur structure. L'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC), un des organismes qui ont précédé la SOCAN, a commencé à utiliser la structure actuelle en 1959.²⁰

[69] When the Board set Tariff 16 in 1996, it concluded that there was no evidentiary record before it that would allow much of anything to be decided. The Board refused to raise the rate, so there is nothing in the decision to indicate that the price paid for the performance right was unreasonably low. As for background music tariffs before 1996, there is no evidence concerning how the Board went about setting them; neither is there any evidence that would lead us to believe that the rate was inappropriate. There is therefore nothing before us that would establish that Tariff 16 is an unreasonably low (or high) tariff.

[70] Using a SOCAN tariff to set a NRCC tariff accords with earlier decisions of the Board. The first NRCC tariff that the Board certified was the commercial radio tariff, in 1999. The Board then held that the value of rights exercised by SOCAN should be used as the starting point to determine the value of the rights exercised by NRCC:

Several reasons lead the Board to conclude that the best starting point is SOCAN's present tariff.

First, SOCAN's tariff applies, more often than not, to the use of recorded musical works, while neighbouring rights tariffs apply to the use of recorded performances of the same works. Therefore, they involve a similar use and a similar right in a similar market.

Second, SOCAN's tariff has been in place for a long time; even though it constitutes a regulated price, it is one that the Board simply cannot ignore. As the Board stated in another, similar context:

"...there is less need to use a proxy when an existing price, even an administered price, can be used as a starting point. This is especially true where information is available to determine whether or not the existing price

[69] Lorsque la Commission a établi le tarif 16 en 1996, elle a conclu que la preuve documentaire dont elle disposait ne lui permettait pas de décider grand-chose. La Commission a refusé d'augmenter le tarif, de sorte que rien dans la décision n'indique que le prix payé pour le droit d'exécution était déraisonnablement bas. Quant aux tarifs pour la musique de fond antérieurs à 1996, aucune preuve ne précise la méthode retenue par la Commission pour les établir; par ailleurs, aucune preuve ne nous porte à croire que leur taux était inadéquat. En conséquence, nous ne disposons d'aucun élément de preuve qui démontre que le tarif 16 est déraisonnablement bas ou déraisonnablement élevé.

[70] Le fait d'utiliser un tarif de la SOCAN en vue d'établir un tarif de la SCGDV est conforme aux décisions antérieures de la Commission. Le premier tarif de la SCGDV homologué par la Commission a été celui de la radio commerciale, en 1999. À cette occasion, la Commission a jugé que la valeur des droits exercés par la SOCAN devrait servir de point de départ pour déterminer la valeur des droits exercés par la SCGDV :

Pour plusieurs motifs, la Commission croit que le tarif de la SOCAN constitue le meilleur point de départ.

Premièrement, le tarif de la SOCAN vise principalement l'utilisation d'œuvres musicales enregistrées, et les droits voisins portent sur l'utilisation de prestations enregistrées de ces mêmes œuvres. On traite donc d'un usage similaire dans un marché similaire.

Deuxièmement, ce tarif est en place depuis un bon moment. Il s'agit d'un prix réglementé, mais que la Commission ne peut tout de même pas ignorer. Comme elle l'a déjà dit, dans un contexte différent mais similaire :

« ... le besoin de recourir à un prix analogue se fait moins sentir s'il existe un prix, même

is appropriate, and whether or not any adjustments ought to be made to account for changes in circumstances.”

Third, even though SOCAN still maintains that the current rate is too low while CAB still argues that it is too high, they have agreed to maintain the *status quo* for five years. For whatever the reasons, the 3.2 per cent rate remains the going rate, and the Board need not speculate as to its correctness for our purposes.

Fourth, all other proxies offered by NRCC are deficient in some ways, and certainly much weaker than SOCAN’s tariff.

Fifth, SOCAN’s licence is a blanket licence. Therefore, using SOCAN’s rate as a starting point avoids the difficulty of having to determine which value, if any, ought to be attributed to the blanket character of the regime.²¹

[71] CCTA contends this reasoning remains as valid today as it was then. CCTA submits that this reasoning supports its contention that Tariff 16 is the appropriate basis for determining the value of NRCC’s repertoire in this instance. CCTA adds that SOCAN and the background music suppliers recently agreed that the rates certified by the Board in 1997 should continue to apply from 1998 to 2005.

[72] We agree with the reasons CCTA offers to argue that Tariff 16 should be used as the starting point to determine the equitable remuneration payable to NRCC for the use of sound recordings in background music. The adjustments that may be required to reflect the current market are not such as to invalidate this approach.

réglementé, pouvant servir de point de départ. Ceci est d’autant plus vrai si l’on dispose de renseignements permettant de déterminer si ce prix convient toujours et s’il doit être rajusté pour tenir compte de l’évolution de la situation. »

Troisièmement, le tarif actuel vaut pour cinq ans, suite à une entente, malgré le fait que la SOCAN continue de soutenir qu’il est trop bas et que l’ACR prétende le contraire. Peu importe leurs motifs, le taux de 3,2 pour cent est le taux en vigueur, et il n’est pas nécessaire pour nos fins de mettre en doute son bien-fondé.

Quatrièmement, les comparaisons effectuées par la SCGDV comportent toutes certaines faiblesses, et sont de toute manière beaucoup moins valables que la comparaison avec le tarif de la SOCAN.

Cinquièmement, la licence de la SOCAN est une licence générale. En utilisant le taux de la SOCAN comme point de départ, on évite d’avoir à attribuer une valeur distincte, si valeur il y a, au caractère général du régime.²¹

[71] L’ACTC fait valoir que ce raisonnement n’a rien perdu de sa validité. Elle plaide qu’il étaye sa position selon laquelle le tarif 16 constitue la référence appropriée pour déterminer la valeur du répertoire de la SCGDV dans la présente instance. L’ACTC ajoute que la SOCAN et les fournisseurs de musique de fond ont récemment convenu que les taux homologués par la Commission en 1997 devraient continuer à s’appliquer pour les années 1998 à 2005.

[72] Nous souscrivons aux arguments avancés par l’ACTC pour affirmer que le tarif 16 devrait servir de point de départ à l’évaluation de la rémunération équitable devant être versée à la SCGDV pour l’utilisation d’enregistrements sonores comme musique de fond. Les aménagements qu’on pourrait devoir y apporter afin de l’adapter au marché actuel ne sont pas de nature à invalider cette approche.

C. *The use of NRCC repertoire as background music*

[73] Not all sound recordings trigger the right to receive remuneration. Over the years, the Board has used a variety of approaches to determine the use of sound recordings that are part of NRCC's repertoire in a variety of markets.

[74] Here, NRCC urges us to adopt the same approach the Board used in the 1999 decision pertaining to private copying,²² namely to apply the simple average of the use of NRCC's repertoire on commercial radio (50 per cent) and of the share of prerecorded CDs sold in Canada that is in the repertoire (36.12 per cent).

[75] The Objectors take no issue with the figures NRCC uses. CCTA does submit that radio airplay is not relevant, if only because radio is subject to Canadian content rules and background music suppliers are not. It argues that prerecorded CD sales better correspond to the music selection that is available to background music suppliers. As a result, only the second figure should be used.

[76] Using CCTA's approach would lead to the conclusion that 36.12 per cent of background music uses NRCC's repertoire. NRCC's approach would set the percentage at 43.06 per cent.

[77] We agree with NRCC's approach for two reasons. First, the Objectors' view that CD sales are a better predictor of the use of sound recordings as background music than either radio airplay alone or any combination of radio airplay and CD sales, is unsupported by any evidence. Second, CCTA's observation regarding Canadian content must be viewed in context.

C. *Utilisation du répertoire de la SCGDV comme musique de fond*

[73] Tous les enregistrements sonores ne donnent pas droit à rémunération. Au cours des années, la Commission a adopté plusieurs méthodes pour déterminer l'utilisation, dans divers marchés, d'enregistrements sonores compris dans le répertoire de la SCGDV.

[74] En l'occurrence, la SCGDV demande à la Commission d'opter pour la méthode retenue dans la décision de 1999 portant sur la copie privée,²² qui consiste à appliquer la moyenne simple de l'utilisation du répertoire de la SCGDV sur les ondes de la radio commerciale (50 pour cent) et de la portion des CD préenregistrés vendus au Canada qui appartient au répertoire (36,12 pour cent).

[75] Les opposantes ne contestent pas les chiffres présentés par la SCGDV. L'ACTC soutient en revanche que le temps d'antenne à la radio est sans pertinence, ne serait-ce que parce que la radio est assujettie à des règles de contenu canadien, ce qui n'est pas le cas des fournisseurs de musique de fond. Elle estime que les ventes de CD préenregistrés reflètent mieux la sélection musicale à laquelle les fournisseurs de musique de fond ont accès. Par conséquent, seul le second pourcentage devrait être utilisé.

[76] Suivant l'approche proposée par l'ACTC, 36,12 pour cent de la musique de fond est tiré du répertoire de la SCGDV. L'approche préconisée par cette dernière établirait cette proportion à 43,06 pour cent.

[77] Nous approuvons l'approche de la SCGDV pour trois motifs. D'abord, l'opinion des opposantes, selon laquelle les ventes de CD donnent un aperçu plus juste de l'utilisation des enregistrements sonores comme musique de fond que le seul facteur du temps d'antenne radiophonique ou une combinaison des deux, ne trouve appui dans aucun élément de preuve. De

Galaxie and Max Trax are subject to such rules and provide more Canadian content than is required of radio. Other background music suppliers have designed services that respond to the specific needs of the Quebec market, thereby increasing their Canadian content. Third, their approach would rely solely on a market involving reproduction rights to set a tariff for the right to perform or to communicate. In the past, the Board has repeatedly hesitated (or refused) to use music reproduction markets to approximate the use of the repertoire in markets involving the communication or performance of music.²³

[78] The choice then is to use the only data available from a market involving communication or to blend that data with data involving reproduction. In theory, the first approach probably is more desirable.²⁴ In practice, NRCC is proposing to use the blended result. That reduces the size of the eligible repertoire and, consequently, the amount of royalties the Objectors will have to pay. That also takes care of any impact that Canadian content rules may have on the relative size of the repertoire. This is the number we will use.

[79] For these reasons, we find that 43.06 per cent of all background music in Canada uses NRCC's repertoire. The final rate is adjusted accordingly.

D. The relationship between the NRCC rate and the SOCAN rate

[80] NRCC once again argues that authors, performers and makers each deserve to be

plus, la remarque de l'ACTC au sujet du contenu canadien doit être appréciée en contexte. Galaxie et Max Trax sont assujetties à des règles semblables et elles offrent un contenu canadien plus élevé que celui imposé à la radio. D'autres fournisseurs de musique de fond ont conçu des services qui répondent aux besoins particuliers du marché québécois, accroissant de ce fait leur contenu canadien. Enfin, l'approche recommandée par les opposantes s'appuierait uniquement sur un marché qui met en cause des droits de reproduction pour établir un tarif portant sur le droit d'exécuter ou de communiquer. Dans le passé, la Commission a toujours hésité (ou refusé) de se référer aux marchés de reproduction de la musique pour estimer l'utilisation du répertoire dans les marchés mettant en cause la communication ou l'exécution de la musique.²³

[78] Il faut donc soit utiliser les seules données disponibles d'un marché mettant en cause la communication, soit les combiner avec des données concernant la reproduction. Théoriquement, la première méthode est probablement préférable.²⁴ Dans les faits, la SCGDV propose de se fonder sur le résultat combiné de ces données, ce qui réduit l'importance du répertoire admissible et, partant, le montant des redevances que les opposantes devront verser. Cette façon de procéder résout aussi la question de toute incidence possible des règles concernant le contenu canadien sur l'importance relative du répertoire. C'est donc ce chiffre que nous utiliserons.

[79] Pour ces motifs, nous concluons que 43,06 pour cent de toute la musique de fond au Canada fait appel au répertoire de la SCGDV. Le taux définitif est ajusté en conséquence.

D. Relation entre le taux de la SCGDV et le taux de la SOCAN

[80] Cette fois encore, la SCGDV soutient qu'auteurs, artistes-interprètes et producteurs

compensated roughly equally. Mr. Claude Brunet, in his eloquent closing argument for NRCC, went so far as to suggest that his client should change its name to more accurately describe the rights it manages.

[81] The letters “NR” in “NRCC” stand for “neighbouring rights”. As Mr. Brunet correctly points out, there is not a single mention of “neighbouring rights” in the *Act*. Indeed, it would appear that Parliament took great care not to label the rights of performers and makers as neighbouring rights. In Mr. Brunet’s opinion, the name NRCC has caused not only a misdirected debate, but has resulted in a misguided allocation of rights between authors on the one hand, and performers and makers on the other.

[82] The Board sometimes (but not always) refers to the remuneration rights set out in section 19 of the *Act* as “neighbouring rights”, arguably to distinguish them from the exclusive rights that performers and makers enjoy pursuant to sections 15 and 18. That, however, is a debate about semantics, not law. Furthermore, it is irrelevant, given how events have unfolded since.

[83] NRCC has repeatedly argued that earlier decisions of the Board assessing NRCC’s share of royalties were based on the misconception that there is only one remuneration right shared by performers and makers. In 2003, the Federal Court of Appeal ruled that there are two separate remuneration rights. In that same decision, it declined to intervene in a decision of the Board on the assumption that the Board must have known this.²⁵

[84] The Board has consistently established a one-to-one ratio between the rate for authors represented by SOCAN and that for performers and makers represented by NRCC.

méritent chacun une rémunération à peu près égale. M^c Claude Brunet, dans son éloquente plaidoirie pour le compte de la SCGDV, est même allé jusqu’à faire valoir que sa cliente devrait changer de nom pour refléter plus fidèlement les droits qu’elle gère.

[81] Les lettres « DV », dans « SCGDV », signifient « droits voisins ». Comme le fait remarquer à juste titre M^c Brunet, nulle part la *Loi* ne fait mention de « droits voisins ». De fait, il semble que le législateur ait pris grand soin de ne pas désigner ainsi les droits des artistes-interprètes et des producteurs. De l’avis de M^c Brunet, non seulement le nom SCGDV a-t-il donné lieu à un débat mal orienté, mais il a entraîné une répartition peu judicieuse entre les auteurs d’une part, et les artistes-interprètes et producteurs d’autre part.

[82] La Commission associe parfois (mais pas toujours) les droits à rémunération visés à l’article 19 de la *Loi* à des « droits voisins », vraisemblablement pour les distinguer des droits exclusifs reconnus aux artistes-interprètes et aux producteurs par les articles 15 et 18. Toutefois, il s’agit là d’un débat sémantique, et non juridique. En outre, il est sans pertinence, compte tenu de la façon dont les choses ont évolué.

[83] La SCGDV a invariablement soutenu que les décisions antérieures de la Commission évaluant la part des redevances de la SCGDV sont fondées sur la conception erronée qu’il n’existe qu’un seul droit à rémunération, commun à l’artiste-interprète et au producteur. En 2003, la Cour d’appel fédérale a statué qu’il existe bien deux droits à rémunération distincts. La Cour, dans le même arrêt, a refusé de modifier une décision de la Commission, tenant pour acquis que la Commission devait connaître l’existence de ces droits distincts.²⁵

[84] La Commission a toujours fixé un ratio d’un pour un entre le taux fixé pour les auteurs représentés par la SOCAN et celui des artistes-interprètes et producteurs représentés par

Notwithstanding this, NRCC continues to claim that, all things being equal, each of the performers and makers should be entitled to as much as the authors.

[85] In 1999, the Canadian Association of Broadcasters argued that since the Rome Convention and the *Act* protect neighbouring rights less than authors' rights, the latter are worth more than the former. That argument was rejected:

[...] CAB relies on the fact that the Rome Convention and the *Act* protect neighbouring rights less than authors' rights, even though some experts, including its own, recognize that there is no formal hierarchy between them. The argument ignores a number of realities. First, the *Act* does not prioritize traditional copyright rights over neighbouring rights. To the contrary, the *Act* includes in its definition of copyright all exclusive rights granted to performers, makers of sound recordings and broadcasters. Second, section 19 rights do not differ substantially from those enjoyed by SOCAN: in both cases, there is no right to prohibit use, and the price for use is set by the Board. Third, the fact that authors enjoy more rights than performers, makers and broadcasters does not mean that their rights are more valuable; each right should be valued on its own merits, using proper valuation methodologies. Fourth, the fact that a performer retains the right to prevent certain uses of his or her performance even where the author consents to the use of the work is incompatible with the prioritization of authors' rights over those of performers.²⁶

[86] NRCC, for its part, attempted to demonstrate that the rights of performers and

la SCGDV. Néanmoins, la SCGDV continue d'affirmer que, toutes choses étant égales par ailleurs, et les artistes-interprètes et les producteurs devraient chacun avoir droit au même montant que les auteurs.

[85] En 1999, l'Association canadienne des radiodiffuseurs a plaidé que, puisque la Convention de Rome et la *Loi* accordent une protection moindre aux droits voisins qu'aux droits des auteurs, ces seconds valent plus que les premiers. La Commission a rejeté cet argument :

[...] L'ACR se fonde sur le fait que la Convention de Rome et la *Loi* accordent moins de droits aux titulaires des droits voisins qu'aux titulaires des droits d'auteur. Pourtant, certains experts, dont le sien, admettent qu'il n'existe pas de hiérarchie formelle entre les deux catégories de droits. L'ACR méconnaît trop facilement un certain nombre de réalités. Premièrement, la *Loi* n'établit pas d'ordre de priorité entre le droit d'auteur et les droits voisins. Au contraire, la définition de droit d'auteur inclut tous les droits exclusifs des artistes-interprètes, producteurs d'enregistrements sonores et radiodiffuseurs. Deuxièmement, les droits énumérés à l'article 19 de la *Loi* ressemblent fortement à ceux dont jouit la SOCAN : dans un cas comme dans l'autre, on ne peut interdire l'usage et le prix est établi par la Commission. Troisièmement, ce n'est pas parce que les auteurs ont plus de droits que les artistes-interprètes, producteurs ou radiodiffuseurs que la valeur des uns est supérieure à la valeur des autres; chacun devrait être évalué à sa juste valeur et selon une méthode d'évaluation appropriée. Quatrièmement, le fait que l'artiste-interprète puisse interdire qu'on utilise sa prestation lorsque l'auteur consent à l'utilisation de son œuvre est incompatible avec la notion même de hiérarchie.²⁶

[86] La SCGDV, quant à elle, avait tenté de démontrer que les droits des artistes-interprètes et

makers were worth more than the rights of authors. Again, the Board rejected the argument:

The Board prefers deciding on the basis that there is no reason to believe that the use of sound recordings on radio stations has any greater value than the use of the underlying works. Several reasons point to this solution. First, nothing requires the Board to look to the market (and especially a different market) for guidance; it is within its discretion to decide that this approach is reasonable. Second, these are similar uses of the same recordings by the same broadcasters. Third, it can be readily argued that a pre-recorded performance is worth no more to broadcasters than a pre-recorded work: in both cases, one is dealing with something that has already been fixed. Fourth, it matters not that one party was paid more than the other for making the fixation in the first place; we are dealing with two different markets and two different rights: the right to make the recording and the right to communicate it. [not underlined in the original]²⁷

[87] The matter was revisited in 2000, when the Board certified the NRCC tariff for CBC Radio²⁸ and again when it set the tariff in its decision *Pay Audio (2002)*. The decision remained unchanged.

[88] The Board recently explained that it has always been of the view that there are two remuneration rights, adding that:

NRCC's insistence that the matter be revisited appears to result [...] from certain misunderstandings about the Board's past decisions.

First, the Board never concluded that subsection 19(1) of the *Act* creates a single

des producteurs valent plus que les droits des auteurs. La Commission a aussi rejeté cet argument :

La Commission estime qu'il n'y a pas de raison de croire qu'à la radio les enregistrements sonores ont une valeur supérieure aux œuvres enregistrées, et ce pour plusieurs motifs. D'abord, rien n'oblige la Commission à se guider sur les prix du marché, surtout s'il s'agit d'un marché différent; son pouvoir d'appréciation lui permet d'adopter toute autre démarche raisonnable. Deuxièmement, il s'agit des mêmes utilisations, des mêmes enregistrements et des mêmes radiodiffuseurs. Troisièmement, on peut facilement soutenir qu'une prestation pré-enregistrée n'apporte ni plus, ni moins au radiodiffuseur qu'une œuvre pré-enregistrée : dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de quelque chose qui a déjà été fixé. Quatrièmement, il importe peu qu'un des participants ait reçu davantage qu'un autre pour la fixation de l'enregistrement; nous sommes en présence de marchés distincts et de droits différents à savoir, le droit de faire l'enregistrement et celui de le communiquer. [non souligné dans l'original]²⁷

[87] La question a été réexaminée en 2000, lorsque la Commission a homologué le tarif de la SCGDV visant la radio de Radio-Canada,²⁸ puis de nouveau lorsqu'elle a établi le tarif dans sa décision *Services sonores payants (2002)*. La décision est demeurée la même.

[88] La Commission a expliqué récemment qu'elle a toujours considéré qu'il existe deux droits à rémunération, et a précisé :

L'insistance de la SCGDV à vouloir réexaminer la question semble découler [...] d'une mauvaise compréhension des décisions passées de la Commission.

Premièrement, la Commission n'a jamais considéré que le paragraphe 19(1) de la *Loi*

right to equitable remuneration. That provision creates two interconnected but separate rights. The Federal Court of Appeal confirms the proposition, although the decision offers no supporting analysis and simply relies on “common ground between the parties”. The wording of subsection 23(2) of the *Act* also makes it clear that there are two separate remuneration rights, even though the rights are triggered by a single act, the communication of a sound recording.

Second, NRCC incorrectly assumes that the Board “focused on the value of the performer’s right relative to the author’s” and that “the value of the maker’s right has not yet been established”. These statements show a fundamental misunderstanding of the 1999 decision. The Board did not somehow forget to account for the contribution of makers or consider the makers’ right to be subsumed in the performers’ right. The Board has always realized that three groups of rights holders are involved. For one thing, and contrary to what NRCC itself has sometimes asserted, the report filed by Mr. Audley in the 1998 proceedings clearly drew the attention to the rights of the three groups. The 1999 decision can be interpreted as focusing on the contribution of the performer to the detriment of that of the maker only if certain statements are taken in isolation or out of their context. Viewed as a whole, the decision shows that all the relevant rights were taken into account. This much was clear to the Federal Court of Appeal.

Third, the valuation methodology used in the private copying decisions never assumed that all things being equal, authors, performers and makers should each receive a third of the royalties. The valuation approach was “bottom up”, not “top down”. The proportions used in allocating royalties resulted from adding the value of the various rights, not from determining a global value and then allocating it. It was pure coincidence that the

créait un seul droit à rémunération équitable. Cette disposition crée deux droits interreliés mais distincts. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette position, bien que la décision n’offre pas d’analyse à l’appui et se fonde simplement sur ce que « [l]es parties reconnaissent ». La formulation du paragraphe 23(2) de la *Loi* fait clairement ressortir qu’il existe deux droits à rémunération distincts et ce, malgré que ces droits découlent d’un seul geste, la communication d’un enregistrement sonore.

Deuxièmement, la SCGDV suppose erronément que la Commission [TRADUCTION] « a mis l’accent sur la valeur du droit de l’artiste-interprète par rapport à celui de l’auteur » et que « la valeur du droit du producteur n’a toujours pas été établie ». Ces déclarations témoignent d’une incompréhension fondamentale de la décision de 1999. La Commission n’a d’aucune façon omis de prendre en compte la contribution des producteurs non plus qu’elle n’a considéré que le droit de ces derniers était englobé dans celui de l’artiste-interprète. La Commission a toujours été consciente du fait que trois collègues d’ayants droit étaient en cause. Contrairement à ce que la SCGDV a elle-même soutenu à l’occasion, le rapport déposé par M. Audley lors des audiences de 1998 mettait clairement en relief les droits des trois groupes. Pour interpréter la décision de 1999 comme ciblant la contribution des artistes-interprètes au détriment de celle du producteur, il faut prendre certains énoncés isolément ou hors contexte. Considérée dans son intégralité, la décision démontre que tous les droits pertinents ont été pris en considération. La Cour d’appel fédérale s’en est d’ailleurs clairement rendue compte.

Troisièmement, la méthodologie d’évaluation utilisée dans les décisions portant sur la copie privée n’a jamais supposé que, toutes choses étant égales, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs devaient chacun recevoir un tiers

model ascribed roughly equal values to the three rights. More significantly, the joint contribution of performers and makers was valued by using a single amount, of which the market allocates two-thirds to the performer and one-third to the maker. In other words, the very proxy that NRCC relies on to ask for equal shares does not provide for equal shares. In any event, the Board continues to be of the opinion that the reproduction market should not be used as a proxy to allocate the value of the communication right between rights holders.

For these reasons, the Board maintains the one to-one ratio between NRCC and SOCAN.²⁹

[89] We agree both with the analysis and the result of previous Board decisions dealing with this issue. We have heard nothing in this case that would cause us to change the relationship between the two rates. The performance or communication of a published sound recording of a musical work triggers two remuneration rights: one for the performer, one for the maker. That said, the performance or communication of a sound recording of a musical work will result in the same payment as the performance or communication of the musical work, all things being equal.

E. The appropriate rate base

[90] Everybody agrees that the rate base for background music suppliers should be their earnings from the provision of the service. They also agree that the amount should be reduced to

des redevances. L'approche était cumulative, inductive, et non déductive. Les proportions utilisées dans la répartition des redevances résultaient de l'addition de la valeur des divers droits, et non de l'établissement d'une valeur globale puis de sa répartition. C'est par pur hasard que le modèle attribuait une valeur à peu près égale aux trois droits. Qui plus est, la contribution conjointe des artistes-interprètes et des producteurs était évaluée à partir d'un seul montant, réparti par le marché pour deux tiers à l'artiste-interprète et pour un tiers au producteur. Autrement dit, les données mêmes sur lesquelles la SCGDV se fonde pour demander des parts égales ne vont pas dans ce sens. Quoi qu'il en soit, la Commission considère toujours que le marché de la reproduction ne peut servir de point de départ pour répartir la valeur du droit de communication entre titulaires de droits.

Pour ces motifs, la Commission maintient le ratio de un à un entre la SCGDV et la SOCAN.²⁹

[89] Nous souscrivons tant à l'analyse qu'au résultat des décisions antérieures de la Commission traitant de cette question. Rien de ce que nous avons entendu en l'espèce ne saurait nous amener à modifier la relation entre les deux taux. L'exécution ou la communication d'un enregistrement sonore publié d'une œuvre musicale fait naître deux droits à rémunération : l'un à l'égard de l'artiste-interprète, l'autre à l'égard du producteur. Cela dit, l'exécution ou la communication de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale donnera lieu au même paiement que l'exécution ou la communication de l'œuvre musicale, toutes choses étant égales par ailleurs.

E. L'assiette tarifaire appropriée

[90] Chacun s'accorde à reconnaître que l'assiette tarifaire applicable aux fournisseurs de musique de fond devrait être constituée des recettes provenant de ce service. Chacun convient

account for the cost of equipment the subscriber needs in order to receive the service. This can be done in one of two ways.

[91] It is relatively common for suppliers to invoice subscribers separately for equipment used to receive the service. NRCC fears that excluding what is charged for the equipment might lead suppliers to charge less to supply the service and more to provide the equipment. It asks that the rate base include what the subscriber pays to rent or purchase equipment; what would then be removed is the amount the *supplier* actually paid for the equipment. NRCC states that this is the approach used in SOCAN Tariff 16.

[92] We disagree. The proposed approach is not the one used in SOCAN Tariff 16. What is removed from the rate base is not the amount the supplier pays for the equipment, but the amount it receives from the subscriber for the equipment.³⁰ Suppliers should not be required to calculate royalties according to rate bases whose starting point are identical and then end up not being so. There has been no indication that the issue has raised difficulties in the application of the SOCAN tariff. Consequently, the rate base shall be the same here as in SOCAN Tariff 16.

F. Application of section 19

[93] The proposed tariff provides that, when a user subscribes to a background music service, only the supplier is liable to pay royalties to NRCC. When background music is delivered by cable, by satellite or over the ether, a public telecommunication of sound recordings occurs. When the same music is delivered on site, in a prerecorded format (for example, on a removable

aussi que le montant devrait être réduit pour tenir compte du coût de l'équipement dont l'abonné a besoin pour recevoir le service. Il existe deux façons d'établir cette réduction.

[91] Il arrive assez fréquemment que les fournisseurs facturent séparément l'équipement utilisé pour recevoir le service. La SCGDV craint que le fait d'exclure le montant facturé pour l'équipement puisse inciter les fournisseurs à réduire le prix facturé pour le service et à augmenter le prix de l'équipement fourni. Elle demande d'inclure dans l'assiette tarifaire le montant payé par l'abonné pour la location ou l'achat d'équipement; le montant réellement payé par le *fournisseur* pour l'équipement serait ensuite déduit. Cette méthode, affirme la SCGDV, a été utilisée pour le tarif 16 de la SOCAN.

[92] Nous ne sommes pas d'accord. La méthode proposée n'a pas été utilisée pour le tarif 16 de la SOCAN; dans ce tarif, le montant retranché de l'assiette des redevances n'est pas le prix payé par le fournisseur pour l'équipement, mais bien le montant que le fournisseur perçoit de l'abonné pour l'équipement.³⁰ Les fournisseurs ne devraient pas avoir à calculer leurs redevances selon des assiettes tarifaires au départ identiques, mais qui finissent par ne plus l'être. Rien ne donne à penser que cette question a occasionné des difficultés dans l'application du tarif de la SOCAN. Par conséquent, l'assiette tarifaire sera la même en l'espèce que dans le tarif 16 de la SOCAN.

F. Application de l'article 19

[93] Suivant le projet de tarif, lorsqu'un utilisateur s'abonne à un service de musique de fond, seul le fournisseur est tenu de verser des redevances à la SCGDV. La transmission de musique par câble, par satellite ou sur les ondes comporte une télécommunication publique d'enregistrements sonores. Par contre, lorsque cette musique est livrée chez l'abonné sur

hard drive) there is no telecommunication. How then can the supplier be liable to pay royalties to NRCC?

[94] The relevant parts of section 19 of the *Act* read as follows:

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled [...] to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication [...]

(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in subsection (1), a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties [...]

Subsection 19(1) establishes the *right* to be paid royalties, while subsection 19(2) establishes *who is liable* for that royalty payment. The act that triggers the right is the performance or communication of a sound recording. The person liable for performing or communicating the recording is the person who does it.

[95] Section 19 creates a right to remuneration. It contains no mention of authorizing a performance or communication. By contrast, sections 3, 15, 18 and 21 set out the elements of copyright in works, performances, sound recordings and communication signals; each protects the right to authorize the acts enumerated within the section.

[96] A supplier who delivers a physical copy of background music on site probably authorizes the performance of musical works when the background music so supplied is played by the subscriber. It is certain that, under the same circumstances, that supplier neither performs a

support préenregistré (par exemple, sur un disque dur amovible), aucune télécommunication ne survient. Comment, dans ce cas, le fournisseur peut-il être tenu de payer des redevances à la SCGDV?

[94] Les parties pertinentes de l'article 19 de la *Loi* sont les suivantes :

19. (1) [...] l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication [...] de l'enregistrement sonore publié.

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances [...]

Le paragraphe 19(1) établit le *droit* à la redevance; le paragraphe (2) prévoit *qui est responsable* de son paiement. L'acte qui donne naissance au droit est l'exécution ou la communication d'un enregistrement sonore. La personne assujettie à un paiement pour cette exécution ou communication est la personne qui accomplit cet acte.

[95] L'article 19 crée un droit à rémunération. Il ne contient aucune allusion à l'autorisation d'exécuter ou de communiquer. Les articles 3, 15, 18 et 21, par contre, énoncent les éléments du droit d'auteur dans les œuvres, prestations, enregistrements sonores et signaux de communication, chaque article protégeant le droit d'autoriser les actes qui y sont énumérés.

[96] Le fournisseur qui livre sur place une copie physique de musique de fond autorise probablement l'exécution d'œuvres musicales qui survient lorsque l'abonné fait jouer cette musique. Il ne fait aucun doute que, dans ce même scénario, le fournisseur n'exécute pas un

sound recording (because he is not doing it) nor authorizes its performance (because there is no such notion under the *Act*). A supplier cannot be held liable for the payment of equitable remuneration to NRCC unless the service is supplied through a telecommunication. The supplier who delivers a physical copy of background music on site cannot be held liable for the payment of royalties to NRCC. The certified tariff is adjusted accordingly.

[97] Nevertheless, the same rate base can be used in respect of music that is physically delivered to the subscriber. The supplier's revenues are the subscriber's costs; both possess the information needed to make the payment. Using the same rate base ensures consistency for users who acquire their background music from a third party, irrespective of the form of delivery. It also allows NRCC and suppliers, if they so wish, to agree that suppliers will act as collecting agents, something that would be difficult to achieve if royalties were calculated using information that is not available to suppliers.

G. Communication and performance – use both, pay once?

[98] In 1996, the Board ruled that SOCAN Tariff 16 would cover two uses: communication to the public and public performance. This approach is favored both by NRCC and the Objectors. Yet, more recent decisions of the Board appear to cast doubts on that approach. Therefore, we must ask ourselves whether the amount of remuneration should be the same when a background music supplier makes use of the communication right to deliver its service (thereby engaging two remunerated uses) as when that same supplier does not make use of the communication right (thereby engaging only one remunerated use).

enregistrement sonore (ce n'est pas lui qui pose ce geste) ni n'autorise son exécution (la *Loi* ne prévoyant pas cette notion). Un fournisseur peut être tenu responsable du paiement d'une rémunération équitable à la SCGDV uniquement si le service est fourni par télécommunication. Le fournisseur qui livre une copie physique de musique de fond sur place ne peut pas l'être. Le tarif homologué est ajusté en conséquence.

[97] Néanmoins, la même assiette tarifaire peut être utilisée à l'égard de musique livrée physiquement à l'abonné. Les recettes du fournisseur correspondent aux coûts de l'abonné; l'un et l'autre possèdent l'information requise pour effectuer le paiement. L'utilisation de la même assiette tarifaire assure une approche uniforme pour les utilisateurs qui se procurent leur musique de fond d'un tiers, quelle qu'en soit la forme de livraison. Elle permet aussi à la SCGDV et aux fournisseurs, s'ils le souhaitent, de convenir que les fournisseurs agissent à titre d'agents de perception, ce qu'ils pourraient difficilement faire si les redevances étaient calculées à partir de renseignements dont les fournisseurs ne disposent pas.

G. Communication et exécution – deux utilisations, un seul paiement?

[98] En 1996, la Commission a décidé que le tarif 16 de la SOCAN permettrait deux utilisations : la communication et l'exécution. C'est l'approche que recommandent tant la SCGDV que les opposantes. Pourtant, des décisions plus récentes de la Commission semblent remettre cette approche en question. Par conséquent, nous devons nous demander si le montant de la rémunération devrait être le même lorsque le fournisseur de musique de fond utilise le droit de communication pour livrer son service (ce qui suppose deux utilisations rémunérées) et lorsque ce fournisseur n'utilise pas le droit de communication (et n'a dès lors recours qu'à un seul usage rémunéré).

[99] In 1996, the Board found that even though the delivery of background music by telecommunication involved two protected uses, SOCAN should receive no more remuneration than for the principal use that was engaged, that is the performance in public:

[...] the copyright owner is fully compensated for the use of the music by the payment of the royalty that is set for the purposes of the principal use (the performance in the store) irrespective of whether or not a prior, incidental use (the communication to the store) is involved in the process. Any value to the composers is already accounted for by setting the price based on the purchaser's use.³¹

[100] In rejecting any claim for added value in setting the price to be paid for the use of the repertoire, the Board, as we noted earlier, was highly critical of the evidence filed by SOCAN in support of its position that the delivery of background music by telecommunication rather than by physical support imputes an added value to the repertoire.

[101] Since 1996, the Board has ruled that rights holders have a right to be compensated for new uses of the repertoire.

[102] When it dealt with its decision *Pay Audio (2002)*, the Board stated:

[...] rights holders are entitled to receive additional benefits from new uses of the repertoire. When someone creates new value by using a pre-existing asset, part of the value so created should flow to the owner of the asset.³²

[103] In 2003, when considering the CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) commercial radio tariff, the

[99] En 1996, la Commission a jugé que même si la livraison de musique de fond par télécommunication faisait intervenir deux utilisations protégées, la SOCAN ne devrait pas recevoir une rémunération plus élevée que celle prévue pour l'utilisation principale, à savoir l'exécution en public :

[...] le titulaire est pleinement rémunéré pour l'utilisation de sa musique par le versement des redevances pour l'utilisation principale – soit l'exécution dans le commerce – et ce peu importe que cela implique une utilisation préalable et incidente, soit la communication de l'œuvre au commerce. Le prix fixé pour l'utilisation principale tient déjà compte de la valeur pour le compositeur de cette utilisation préalable.³¹

[100] Comme nous l'avons fait remarquer, la Commission, en rejetant toute prétention de valeur ajoutée dans la détermination du prix à payer pour l'utilisation du répertoire, a sévèrement critiqué la preuve offerte par la SOCAN pour étayer sa position selon laquelle la livraison de musique de fond par télécommunication plutôt que sur support physique donne une valeur ajoutée au répertoire.

[101] Depuis 1996, la Commission a jugé que les titulaires ont le droit d'être rémunérés pour les nouvelles applications du répertoire.

[102] Lorsqu'elle a statué dans sa décision *Services sonores payants (2002)*, la Commission a déclaré :

[...] les titulaires de droits ont le droit de tirer des bénéfices supplémentaires des nouvelles applications des répertoires. Lorsque l'on crée une nouvelle valeur à partir d'un bien existant, une partie de la valeur ainsi générée devrait être dévolue au propriétaire du bien.³²

[103] En 2003, alors qu'elle se penchait sur le tarif de la CMRRA/SODRAC inc. (CSI) à

Board stated:

First, the reproduction right is a self-standing right separate from the communications right. Its very existence tends to plead in favour of a royalty that is more than nominal, even though its use in the course of broadcasting operations is secondary to broadcasting.

Second, the use of new broadcasting techniques lowers costs for radio stations. Copying music to a hard drive optimizes the use of these new techniques, thus entitling rights holders to a fair share of the efficiencies arising from this reproduction.³³

[104] Most recently, in dealing with SOCAN's and NRCC's commercial radio tariffs, the Board stated:

The Board has stated in the past that "rights holders are entitled to receive additional benefits from new uses of the repertoire." The same is true of increased uses. In the Board's view, radio's increased use of music has helped it to create significant efficiencies, a share of which should go to rights holders.³⁴

[105] Thus it would seem that in appropriate circumstances and with an appropriate evidentiary base, there should be more than one payment for the use of those rights if there is more than one use. That always is the case when both the reproduction and communication rights are involved. MusiquePlus pays for its dependence on the ability to make copies of music to reduce its programming costs. Commercial radio stations pay for any copies they make of the music contained in the CDs they use; those that copy music to their hard drives

l'égard de la radio commerciale, la Commission a exposé :

Premièrement, le droit de reproduction est un droit à part entière, distinct du droit de communication. L'existence même de ce droit tend à favoriser l'établissement d'une redevance plus que nominale et ce, même si l'utilisation du droit de reproduction dans le cadre d'activités de diffusion est une utilisation accessoire à cette diffusion.

Deuxièmement, l'utilisation des nouvelles techniques de diffusion entraîne une baisse des coûts pour les stations de radio. La reproduction de la musique sur disque dur, qui optimise l'utilisation de ces nouvelles techniques, fait en sorte que les titulaires ont droit à une juste part des efficiencies qui découlent de cette reproduction.³³

[104] Récemment, dans sa décision relative aux tarifs de la SOCAN et de la SCGDV à l'égard de la radio commerciale, la Commission a précisé :

La Commission a déclaré par le passé que « des titulaires de droits ont le droit de tirer des bénéfices supplémentaires des nouvelles applications des répertoires ». Il en va de même pour l'augmentation des utilisations. Selon la Commission, l'utilisation accrue de musique par la radio a aidé celle-ci à dégager d'importantes efficiencies, dont une partie devrait revenir aux titulaires de droits.³⁴

[105] Il semble donc que lorsque les circonstances s'y prêtent et en présence d'éléments de preuve suffisants, plus d'un paiement devrait être perçu pour l'utilisation de ces droits si, de fait, plus d'une utilisation en est faite. C'est toujours le cas lorsque les droits de reproduction et de communication sont en jeu. MusiquePlus paie parce qu'elle compte sur sa capacité de copier la musique pour réduire ses coûts de programmation. Les stations de radio commerciales paient chaque fois qu'elles copient la musique des CD qu'elles utilisent; celles qui

pay even more than those who feed the CD into a CD player. By virtue of the Board's recent decision pertaining to musical ringtones, the providers of such ringtones must pay for the communication of the work when it is delivered over the Internet, in addition to paying for its reproduction.³⁵

[106] Given the apparent contradiction in the above-quoted decisions, we reopened the hearing and asked counsel to respond in writing to a number of questions. In particular, we asked: whether the statements made by the Board in 1996 with respect to SOCAN Tariff 16 were compatible with statements made in later decisions; whether what otherwise looks like a single transaction should attract a separate price for separate uses; and how we should set those separate prices, given the record before us in these proceedings.

[107] SOCAN asked to intervene on these issues. We denied the request, but allowed SOCAN to file comments on the questions we had raised.

[108] NRCC essentially contends that *SOCAN 16 (1996)* was not intended to represent a generalization applicable in all cases where two or more separate rights are employed by the same user. It points to the historical context in which the decision was rendered, adding that SOCAN licences background music use through a number of other tariffs as well as through its Tariff 16. There was, in its submission, no evidence filed by SOCAN that could have resulted in a separate tariff for a communication right and a performance right.

[109] NRCC essentially agrees with CCTA that there is no evidentiary base for attributing a

copient la musique sur leurs disques durs paient encore davantage que celles qui font jouer le CD dans un lecteur de disques compacts. En vertu de la décision récente de la Commission portant sur les sonneries musicales, les fournisseurs de ces dernières doivent payer pour la communication de l'œuvre lors de sa livraison par Internet, en plus de payer pour sa reproduction.³⁵

[106] Étant donné la contradiction apparente dans les décisions précitées, nous avons ordonné la réouverture de l'audience et demandé aux avocats de répondre par écrit à une série de questions. Nous leur avons notamment demandé si les déclarations de 1996 de la Commission au regard du tarif 16 de la SOCAN étaient compatibles avec les déclarations faites dans les décisions ultérieures; si une opération qui a par ailleurs toutes les apparences d'une transaction unique devrait donner lieu à un prix distinct pour des utilisations différentes; selon quelle méthode, enfin, ces prix distincts devraient être établis, compte tenu du dossier dont la Commission dispose en l'espèce.

[107] La SOCAN a demandé à intervenir quant à ces questions. Nous avons rejeté la demande, mais lui avons néanmoins permis de déposer des observations sur les questions que nous avons soulevées.

[108] La SCGDV soutient essentiellement qu'en décidant *SOCAN 16 (1996)*, la Commission ne cherchait pas à proposer un principe général applicable à tout utilisateur ayant recours à deux droits distincts ou plus. Elle rappelle le contexte historique dans lequel la décision a été rendue, soulignant que la SOCAN autorise l'utilisation de musique de fond par l'intermédiaire de plusieurs tarifs outre le tarif 16. La SCGDV fait valoir qu'aucun élément dans la preuve de la SOCAN n'aurait pu donner lieu à l'établissement d'un tarif distinct pour le droit de communication et pour le droit d'exécution.

[109] Pour l'essentiel, la SCGDV partage l'avis de l'ACTC selon lequel la preuve ne permet pas

separate value to the communication right in the circumstances of the case at bar.

[110] CCTA argues that on the basis of the evidence presented, the performance and communication trigger a single payment that is equal to a performance effected by means that do not involve a second use of NRCC's repertoire. CCTA contends that both NRCC and the background music suppliers agreed that the payment of royalties by a supplier would clear both the communication right and the performance right and that the amount of the royalty would be based on the value of the performing right alone.

[111] CCTA disagrees with the position taken by NRCC that the statement in *SOCAN 16 (1996)* was not intended to have general application. It argues that NRCC's expert consultants who developed the valuation study endorsed the Board's position in *SOCAN 16 (1996)*. CCTA points out that NRCC deliberately chose not to specify in its proposed tariff an amount of royalties payable for the communication of its repertoire by suppliers. In CCTA's submission, both NRCC and the Objectors took the position that the supply and use of background music together trigger a single payment that is equal to a performance that does not involve a second use.

[112] For its part, SOCAN argued that *SOCAN 16 (1996)* is not compatible with more recent statements of the Board and that these more recent statements should be adhered to, especially where different persons are making separate uses. In SOCAN's view, all rights and uses should be valued and paid for, either together or separately.

d'attribuer une valeur distincte au droit de communication dans les circonstances de la présente instance.

[110] L'ACTC estime que suivant la preuve, l'exécution et la communication n'engagent qu'un seul paiement, équivalant à celui d'une exécution effectuée par des moyens ne faisant pas intervenir une seconde utilisation du répertoire de la SCGDV. L'ACTC prétend que la SCGDV et les fournisseurs de musique de fond ont convenu que le paiement des redevances par le fournisseur libérerait à la fois le droit de communication et le droit d'exécution, et que le montant de la redevance serait établi selon la valeur du seul droit d'exécution.

[111] L'ACTC n'est pas d'accord avec la position de la SCGDV selon laquelle la déclaration de la Commission dans la décision *SOCAN 16 (1996)* ne se voulait pas d'application générale. Elle fait remarquer que les experts de la SCGDV qui ont réalisé l'étude d'évaluation ont approuvé la position exprimée par la Commission dans le tarif 16 de la SOCAN. Elle souligne que la SCGDV a délibérément choisi de ne préciser dans son projet de tarif aucun montant payable pour la communication de son répertoire par les fournisseurs. De l'avis de l'ACTC, tant la SCGDV que les opposantes ont exprimé l'avis que la distribution et l'utilisation de musique de fond ne donnent lieu globalement qu'à un seul paiement, correspondant à une exécution qui ne fait pas intervenir une seconde utilisation.

[112] Quant à la SOCAN, elle a fait valoir que la décision *SOCAN 16 (1996)* est incompatible avec les déclarations plus récentes de la Commission et qu'il convient de suivre ces dernières, particulièrement si plus d'une personne se livre à des utilisations distinctes. La SOCAN considère que tous les droits et toutes les utilisations devraient être évalués et donner lieu à un paiement, soit conjointement, soit séparément.

[113] The quality of the evidence that was before the Board in 1996 is not relevant to the case at hand. Simply put, we are of the view that *SOCAN 16 (1996)* cannot be reconciled with the Board's later statements dealing with the remuneration of multiple uses.

[114] First, when Parliament specifically creates two distinct rights, one must assume that each of these rights should command a separate price.

[115] Second, it is purely coincidental that in both *SOCAN 16 (1996)* and in this instance, we are considering uses that are administered by the same collective society. That will not always be the case. When both the reproduction and performing rights are engaged, different collectives are responsible for administering each use. In those cases, it would be unlikely that either collective would accept no compensation.

[116] Finally, one can presume that when a business makes decisions, it goes about it in a way that maximizes profits. Engaging in a new use implies that a business has also identified new efficiencies associated with this use. Rights owners should be compensated for that new use.

[117] While we agree that *SOCAN 16 (1996)* cannot be reconciled with the decisions that followed it, there is simply no evidence before us to assess the valuation of the two uses separately. We will therefore set only one price for the two separate uses.

H. Appropriate equitable remuneration

1. Adjustments

[118] Having concluded that SOCAN Tariff 16 is the appropriate starting point, it is necessary to consider certain adjustments.

[113] La nature de la preuve dont disposait la Commission en 1996 est sans pertinence en l'occurrence. Nous sommes tout simplement d'avis qu'il n'est pas possible de concilier la décision *SOCAN 16 (1996)* avec les déclarations plus récentes de la Commission concernant la rémunération d'utilisations multiples.

[114] En premier lieu, il y a lieu de présumer que lorsque le législateur crée expressément deux droits distincts, chacun de ces droits devrait commander un prix distinct.

[115] De plus, le fait que *SOCAN 16 (1996)* et la présente instance mettent en cause des utilisations administrées par la même société de gestion est purement fortuit. Ce ne sera pas toujours le cas. Lorsqu'une utilisation fait intervenir à la fois le droit de reproduction et le droit d'exécution, chaque droit relève d'une société de gestion différente. Il serait surprenant, dans ces circonstances, que l'une d'elles accepte de ne rien percevoir.

[116] Enfin, il y a lieu de penser que l'entreprise qui prend une décision agit de manière à maximiser les profits. Le fait qu'une entreprise se livre à une nouvelle utilisation signifie qu'elle y voit une source d'efficacités nouvelles. Les titulaires de droits devraient être rémunérés pour cette nouvelle utilisation.

[117] Bien que nous convenions que la décision *SOCAN 16 (1996)* est inconciliable avec les décisions ultérieures, nous ne disposons pas d'éléments de preuve nous permettant de déterminer la valeur individuelle des deux utilisations. En conséquence, nous établirons un prix unique pour les deux.

H. La rémunération équitable appropriée

1. Ajustements

[118] Ayant conclu que le tarif 16 de la SOCAN constitue le point de départ approprié, il importe d'envisager certains ajustements.

a) Different rates for industrial and non-industrial premises

[119] SOCAN Tariff 16 sets a lower rate for industrial than other premises. NRCC contends that there is no justification for separate rates. It contends that the service delivered is the same and that its members should not be required to subsidize industrial users of background music. The Objectors ask that the tiered structure be applied here also.

[120] Tariffs for background music have existed since 1940.³⁶ Over the years, they have varied significantly. At the start, the rate for all establishments was the same. In 1959, a lower rate was set for industrial premises. Some of the rates were expressed in dollars, while others were a percentage of the cost of the service. One of SOCAN's predecessor collective, CAPAC, started using the current tariff structure in 1959; the other, the Performing Rights Organization of Canada (PROCAN), did not.

[121] There may have been justifications in the past for setting a price that was lower for industrial than other premises. However, if one examines the reality of background music today, the rationale for retaining a lower rate for industrial premises no longer exists. Background music has become a very sophisticated business. A number of specialized background music packages are available; background music can be tailored to the business or the environment. It is used both as a management tool and as a marketing tool. As a management tool, music is used to refresh and to keep employees motivated to do their jobs; as a marketing tool, music allows businesses to project the right image or to create the right mood. To illustrate this point in a commercial setting, the Vice-President of DMX, Mr. Trumble, used the example of a grocery store:

a) Des taux différents pour les locaux industriels et les locaux non industriels

[119] Le tarif 16 de la SOCAN établit pour les locaux industriels un taux inférieur à celui des autres locaux. La SCGDV soutient que rien ne justifie des taux distincts. Elle fait valoir que le service fourni est le même et que ses membres ne devraient pas avoir à subventionner l'utilisation de la musique de fond dans les milieux industriels. Les opposantes demandent l'application en l'espèce de la structure à deux niveaux.

[120] Les tarifs visant la musique de fond existent depuis 1940.³⁶ Au fil des ans, ils ont considérablement varié. Au début, le taux était le même pour tous les établissements. En 1959, un taux inférieur a été établi à l'égard des locaux industriels. Certains tarifs étaient exprimés en dollars, d'autres en pourcentage du coût du service. La CAPAC, une des sociétés de gestion ayant précédé la SOCAN, a commencé à utiliser la structure tarifaire actuelle en 1959; l'autre société, la Société de droits d'exécution du Canada (SDE), n'a pas emboîté le pas.

[121] Peut-être dans le passé des motifs valables ont-ils justifié de fixer un tarif moins élevé pour les locaux industriels que pour les autres locaux. Toutefois, étant donné la réalité actuelle dans le domaine de la musique de fond, il n'y a plus lieu de maintenir un taux moindre pour les locaux industriels. La musique de fond est devenue un produit très sophistiqué. On offre toute une gamme de programmes spécialisés de musique; on peut adapter la musique à l'entreprise ou à l'environnement. La musique de fond sert tant d'outil de gestion que d'instrument de commercialisation. Comme outil de gestion, on y a recours pour stimuler les employés et les motiver au travail. Comme instrument de commercialisation, elle permet à l'entreprise de projeter l'image souhaitée ou de créer l'ambiance indiquée. Pour illustrer ce point dans un contexte commercial, M. Trumble, vice-président de DMX, a choisi l'exemple d'une épicerie :

You are a grocery store. I come to you and I say, “Who shops at your grocery store in the morning?” “Young mothers.” Great. “Who shops at your grocery store in the afternoon?” “Senior citizens.” Right. “Who comes in, say, around dinnertime?” “We have the double-income/no-kids guys coming in, picking up hot meals from the deli.” Great. “Who comes in during the evening?” “Single males.”

All right. “How about we do this? How about we play love songs in the morning for the mothers who are coming in with children. How about we play big band swing in the afternoon, when we have the seniors in. We will play adult contemporary during the dinner hour, and we will play classic rock at night.”

“We won’t play classic rock in the morning, and we won’t play adult contemporary in the afternoon. We will swing it around. We will ‘MAP’ you out, so that we will suit the demographic of the people who are going to be there [...]”³⁷

[122] Businesses purchase background music to help them make money. In the industrial establishment, the objective is to increase productivity. Elsewhere, the objective is to increase sales. In our opinion, there is no meaningful distinction between the two objectives; consequently, there is nothing that would justify a lower rate for industrial establishments. Most important, as NRCC pointed out, the market can account for the lower value of the service by setting a lower price, which is reflected automatically in lower royalties when, as here, those are set at a percentage of the price of the service.

[TRADUCTION] Vous avez une épicerie. Je viens vous voir et je vous dis : « Qui fréquente votre épicerie l’avant-midi? » « De jeunes mères. » Parfait. « Qui vient l’après-midi? » « Les personnes âgées. » D’accord. « Et le soir, vers l’heure du souper ? » « Les couples à double revenu sans enfants viennent chercher des repas chauds au comptoir d’aliments préparés. » Parfait. « Quelle est votre clientèle durant la soirée? » « Des hommes seuls. »

Très bien. « Voici ce que je vous propose. Que pensez-vous de faire jouer des chansons d’amour l’avant-midi pour les mères accompagnées de leurs enfants, et des airs de *big band* l’après-midi, pour les personnes âgées? Nous présenterons de la musique contemporaine pour adultes à l’heure du souper et de la musique rock classique durant la soirée. »

« Nous ne ferons pas jouer de rock classique le matin, ni de musique contemporaine pour adultes l’après-midi. Nous modifierons l’ordre de présentation. Nous établirons votre programme “MAP” et adapterons la musique au profil démographique de la clientèle qui fréquente l’établissement à certaines heures [...] »³⁷

[122] Les entreprises achètent de la musique de fond pour les aider à gagner de l’argent. Dans un établissement industriel, l’objectif est d’accroître la productivité. Ailleurs, il est d’accroître les ventes. À notre avis, il n’existe pas de distinction significative entre les deux; par conséquent, rien ne justifie de fixer un taux moins élevé pour les établissements industriels. Mais surtout, comme l’a souligné la SCGDV, le marché peut refléter la valeur réduite du service en fixant un prix moins élevé, ce qui se traduit automatiquement par des redevances réduites lorsque, comme en l’espèce, les redevances consistent en un pourcentage du prix payé pour le service.

b) Discounts

[123] SOCAN Tariff 16 applies to establishments that purchase their background music from a supplier. SOCAN Tariff 15.A applies to those that provide their own background music. NRCC contends that all other things being equal, it costs more to play music pursuant to Tariff 15.A than Tariff 16. That is partly due to some discounts that are built into Tariff 16. The Board recognized as much in 1996 when it stated that “SOCAN has offered no evidence that the discounts offered to music suppliers are out of line with the economic benefits it derives from dealing with them.”³⁸

[124] NRCC points at these discounts to argue against the use of Tariff 16 as a proxy. It contends that copyright costs are a cost of doing business for background music suppliers and that there is no justification for them to receive a discount purportedly for making collection easier. On the other hand, background music suppliers point out that SOCAN licences four times as many establishments under Tariff 16 than it does under Tariff 15.A. According to the suppliers, because they collect the royalties and remit them directly to the collective, they provide a service that should be taken into account when the tariff is set.

[125] In our opinion, the tariffs the Board certifies should not have discounts built into them to reflect the services or benefits that certain users might provide to a collective. For one thing, it is difficult to assess those benefits. It is quite possible that background music suppliers benefit as much as SOCAN by remitting the royalties directly to SOCAN. This allows them to market their services as a trouble-free “turnkey” product. In fact, it would seem that a tariff targeting

b) Escomptes

[123] Le tarif 16 de la SOCAN s’applique aux établissements qui achètent leur musique de fond d’un fournisseur. Le tarif 15.A de la SOCAN s’applique à ceux qui utilisent leur propre musique de fond. Selon la SCGDV, toutes choses étant égales par ailleurs, il est plus dispendieux de faire jouer de la musique sous le régime du tarif 15.A que sous celui du tarif 16. Cette situation s’explique en partie par certains escomptes prévus dans le tarif 16. La Commission en a convenu en 1996 lorsqu’elle a déclaré : « La SOCAN n’a rien déposé qui permette de croire que les escomptes dont bénéficient les fournisseurs de musique dépassent les bénéfices économiques qu’elle retire de cet arrangement. »³⁸

[124] La SCGDV dénonce ces escomptes pour étayer sa position selon laquelle le tarif 16 ne devrait pas servir de prix de référence. Elle estime que les coûts liés au droit d’auteur sont des frais d’exploitation pour les fournisseurs de musique et qu’il n’y a aucune raison de leur accorder un escompte au motif qu’ils en faciliteraient la perception. Les fournisseurs signalent pour leur part que le tarif 16 vise quatre fois plus d’établissements que le tarif 15.A. Ils plaident qu’en percevant les redevances et en les versant directement à la société de gestion, ils rendent un service dont il y a lieu de tenir compte dans l’établissement du tarif.

[125] Nous sommes d’avis que les tarifs homologués par la Commission ne devraient pas comporter d’escomptes correspondant aux services ou avantages que certains utilisateurs pourraient procurer à une société de gestion. D’une part, il est difficile d’évaluer ces avantages. Il se peut fort bien que les fournisseurs de musique profitent tout autant que la SOCAN du fait qu’ils versent les redevances directement à cette dernière. Cette procédure leur

background music suppliers was first introduced at the request of background music suppliers who contended it would help them sell their product.

[126] Most crucially, the function of the Board is to set tariffs for the use of works and other subject matters protected by copyright. Including a discount would be like valuing the collection service for commercial purposes. That is not our function. If any discount is to be afforded to the background music suppliers, it will come about as a result of negotiations between the parties. In this respect also, we disagree with the *SOCAN 16* decision (1996).

2. The Appropriate Rate

a) Background music provided by suppliers

[127] For the reasons already set out, the starting point for the rate payable when background music is provided by a supplier is the non-industrial component of SOCAN Tariff 16, or 7.5 per cent of the amount paid by the subscriber to the background music supplier, net of equipment cost. With a proper evidentiary base, we probably would have made several upward adjustments to that rate. That, however, will not be the case.

[128] First, SOCAN Tariff 16 appears to contain an implicit discount to account for the fact that background music suppliers also act as collection agents. For the reasons we have just stated, we are of the opinion that the discount probably should be removed from the tariff. However, we have not received enough evidence to make such an adjustment in this case.

permet de promouvoir leurs services comme étant un produit clé en main sans tracas. De fait, il semble qu'un tarif visant les fournisseurs de musique de fond ait été mis en place initialement à la demande même de ces derniers, qui prétendaient que cette mesure les aiderait à vendre leur produit.

[126] D'autre part et avant toute chose, le rôle de la Commission consiste à établir des tarifs relatifs à l'utilisation d'œuvres et d'autres objets protégés par le droit d'auteur. Le fait d'incorporer un escompte équivaudrait à établir la valeur du service de perception à des fins commerciales. Il ne revient pas à la Commission de le faire. Si un escompte doit être accordé aux fournisseurs de musique, il sera établi à la suite de négociations entre les parties. À cet égard également, nous sommes en désaccord avec la décision *SOCAN 16 (1996)*.

2. Taux approprié

a) Musique de fond livrée par un fournisseur

[127] Pour les motifs précédemment exposés, le point de départ pour établir le taux à percevoir lorsque la musique de fond est livrée par un fournisseur est le taux du volet non industriel du tarif 16 de la SOCAN, soit 7,5 pour cent du montant payé par l'abonné au fournisseur de musique, déduction faite du coût de l'équipement. Si nous avons disposé de la preuve requise, nous aurions probablement procédé à plusieurs ajustements à la hausse de ce taux. Ce ne sera cependant pas le cas.

[128] Premièrement, le tarif 16 de la SOCAN semble comporter un escompte implicite pour compenser le fait que les fournisseurs de musique de fond agissent également comme agents de perception. Pour les motifs que nous venons d'énoncer, nous estimons que l'escompte devrait probablement être retiré du tarif. Toutefois, on ne nous a pas présenté une preuve suffisante pour nous permettre de faire cet ajustement en l'espèce.

[129] Second, we consider that because Tariff 16 remunerates only the performing right and not the communication right, an adjustment could be necessary to take into account the fact that any background music supplier that is liable pursuant to the NRCC tariff needs the communication right to deliver music to the end user. The use of this right generates benefits, part of which should go to the rights holders. However, the evidence in this case does not permit us to determine the incremental value to be attributed to the communication right.

[130] Third, we received some evidence that background music has become a very sophisticated product that can effectively target specific groups of listeners in different demographic groups.³⁹ However convinced we may be of these improvements, we lack the necessary evidence to be able to decide whether such improvements lead to an increase in the value of background music and to decide what proportion of this increase in value, if any, should go to the rights holders.

[131] Thus, in the present circumstances, the only adjustment we can make is to take into account the proportion of eligible repertoire. Having found that 43.06 per cent of background music is in NRCC's repertoire, we set the rate to be paid when a supplier provides the background music at 3.2 per cent (7.5×0.4306) of the subscription fees.

b) Other background music

[132] NRCC submits that ideally, those who provide their own background music should pay the same royalties as those who use a service. To achieve this, it is necessary to convert the rate expressed as a percentage of subscription revenues into a rate expressed as dollars multiplied by some other factor: attendance,

[129] Deuxièmement, puisque le tarif 16 rémunère que le droit d'exécution et non le droit de communication, un ajustement pourrait être nécessaire pour tenir compte du fait qu'un fournisseur de musique assujéti au tarif de la SCGDV peut avoir besoin du droit de communication pour livrer la musique à l'utilisateur final. L'exercice de ce droit engendre des retombées, et les titulaires devraient s'en voir attribuer une partie. Cependant, la preuve soumise ne nous permet pas de déterminer la valeur additionnelle attribuable au droit de communication.

[130] Troisièmement, certains éléments de preuve indiquent que la musique de fond est devenue un produit très perfectionné, qui peut rejoindre avec succès des groupes précis d'auditeurs dans divers segments de la population.³⁹ Si convaincus que nous puissions être des progrès réalisés dans ce domaine, nous ne disposons pas de la preuve nécessaire pour pouvoir évaluer si ces progrès entraînent une augmentation de la valeur de la musique de fond et pour décider quelle proportion de cette augmentation, le cas échéant, devrait être dévolue aux titulaires de droits.

[131] Par conséquent, dans les présentes circonstances, le seul ajustement que nous pouvons apporter consiste à tenir compte de la portion admissible du répertoire. Nous avons conclu que 43,06 pour cent de la musique de fond fait partie du répertoire de la SCGDV; dès lors, nous établissons le taux de redevance, dans les cas où la musique de fond est livrée par un fournisseur, à 3,2 pour cent ($7,5 \times 0,4306$) du prix d'abonnement.

b) Autre musique de fond

[132] La SCGDV affirme qu'idéalement les entreprises qui utilisent leur propre musique de fond devraient payer les mêmes redevances que celles qui ont recours à un service. Pour ce faire, il faut convertir le taux formulé en pourcentage des recettes d'abonnements en un taux exprimé en dollars multiplié par un autre facteur :

capacity or area. This is done by applying the percentage rate to an amount – \$840 per year – that is assumed to be the average price restaurants pay to subscribe to background music services. CCTA takes issue with two aspects of this methodology that are reviewed below.

[133] Subject to our earlier comments concerning situations where two rights are involved, we agree with NRCC that the tariff should, as much as possible, result in the payment of the same amount of royalties regardless of the manner in which background music is obtained. This minimizes the (somewhat theoretical) risk of users seeking to obtain their music in one way rather than another based solely on tariff considerations.

[134] The proposed methodology follows principles generally used by the Board to set tariff formulas. For example, NRCC would calculate royalties using attendance first, room capacity second and area third; if none of that information is available, a set amount would apply. This is consistent with the principle that royalties should vary with the number of persons who hear the music, among other factors. When that number is not available, royalties are calculated using numbers that offer the best available approximation for attendance.

[135] CCTA points out that the amount of \$840 used to derive the rates is more than what it costs to subscribe to the background music services offered by any broadcast distribution undertaking. The amount is an average of the higher prices charged by traditional suppliers and the lower prices charged by background distribution undertakings. No reason was offered why the lower prices should be used instead of

assistance, capacité ou superficie. On y arrive en appliquant le taux formulé en pourcentage à un montant – 840 \$ par année – censé représenter le prix moyen payé par les restaurateurs pour s'abonner à un service de musique de fond. L'ACTC conteste deux aspects de cette méthodologie, que nous analyserons ci-dessous.

[133] Sous réserve des commentaires que nous avons déjà formulés quant aux situations mettant en cause deux droits, nous sommes d'accord avec la SCGDV que le tarif devrait, autant que possible, donner lieu au paiement du même montant de redevances, peu importe la manière dont la musique de fond a été obtenue. Cette mesure réduit le risque (quelque peu théorique) que des utilisateurs choisissent de se procurer leur musique selon une option plutôt qu'une autre en se fondant uniquement sur des facteurs liés au tarif.

[134] La méthodologie proposée est conforme aux principes généralement suivis par la Commission pour établir la formule d'un tarif. Ainsi, la SCGDV suggère de calculer les redevances à partir de l'assistance d'abord, de la capacité de la pièce ensuite, et enfin, de la superficie. Si aucun de ces renseignements n'était disponible, un montant fixe s'appliquerait. Cette méthode cadre bien avec le principe suivant lequel les redevances devraient varier en fonction, notamment, du nombre de personnes qui entendent la musique. Lorsque cette donnée ne peut être obtenue, les redevances sont établies à partir d'indices qui représentent l'estimation la plus juste possible de l'assistance.

[135] L'ACTC fait remarquer que le montant de 840 \$ à partir duquel sont calculées les redevances est plus élevé que le coût de l'abonnement aux services de musique de fond de n'importe quelle entreprise de distribution de radiodiffusion. Le montant représente la moyenne des prix plus élevés pratiqués par les fournisseurs traditionnels et des prix moindres demandés par les entreprises de distribution. On n'a fait valoir

the market average. CCTA also points out that this amount includes equipment costs and argues that these costs should be excluded. Mr. Audley agrees. He then adds that the numbers used to derive the rates are somewhat lower than the actual market average; this indirectly removes from the calculation at least part of the cost of equipment. We accept that explanation.

[136] The Objectors did not offer any alternative to NRCC's proposal, making it difficult to derive the required rates in any other way. We are conscious that in many ways, the choice of the numbers used is highly arbitrary. We are also confident that a relatively conservative approach was used in arriving at the estimates, resulting in rates that are overall lower than what they could have been. For instance, using an average of two persons per seat per day in a restaurant might seem to be on the high side, but the use of a lower estimate would result in a higher rate per person, not a lower rate. We will therefore use NRCC's methodology.

[137] Our objective is to ensure that for equivalent uses, the rates established for outsourced and self-supplied music generate the same remuneration to the rights holders. Table I, attached to this decision, details the steps involved in this methodology. The methodology is based on numbers derived from the restaurant sector, one of the major users of background music.

[138] Using this methodology, the first step is to convert the rate of 3.2 per cent into an equivalent dollar figure. NRCC estimates that, on average,

aucun motif justifiant de retenir les prix plus bas plutôt que la moyenne du marché. L'ACTC fait aussi valoir que ce montant comprend les coûts d'équipement et que ces coûts devraient être retranchés. M. Audley est d'accord. Il ajoute que les chiffres utilisés pour établir les taux de redevances sont quelque peu inférieurs à la moyenne réelle du marché; la différence a indirectement pour effet d'exclure du calcul au moins une partie du coût de l'équipement. Nous acceptons cette explication.

[136] Les opposantes n'ont proposé aucune solution de rechange à la méthode suggérée par la SCGDV, de sorte qu'il est difficile d'établir les taux requis d'une autre façon. Nous sommes conscients qu'à plusieurs égards le choix des chiffres utilisés dans cette méthodologie est très arbitraire. Par ailleurs, nous ne doutons pas que les estimations soient le résultat de calculs relativement prudents, et que cette approche se traduise par des taux généralement plus bas qu'ils n'auraient pu l'être. Par exemple, une moyenne de deux clients par siège par jour dans un restaurant peut sembler une estimation élevée, mais un calcul fondé sur une estimation plus basse aboutirait à un taux par personne plus élevé, non pas moins élevé. Nous adopterons en conséquence la méthodologie de la SCGDV.

[137] Notre objectif est de faire en sorte qu'à l'égard d'utilisations équivalentes, les taux établis pour la musique provenant de fournisseurs et pour la musique à laquelle l'utilisateur pourvoit lui-même engendrent la même rémunération pour les titulaires des droits. Le tableau I, annexé à la présente décision, expose en détail les étapes de la méthodologie retenue. Celle-ci est basée sur des chiffres qui proviennent du secteur de la restauration, l'un des principaux utilisateurs de musique de fond.

[138] Lorsqu'on utilise cette méthodologie, la première étape consiste à convertir le taux de 3,2 pour cent en un équivalent exprimé en

restaurants that buy their background music from suppliers pay an annual amount of \$840. The royalties payable for a service at that price would be \$26.88. Assuming that on average, restaurants have a capacity of 60 places and are opened 300 days a year, the equivalent amount of royalties per unit of capacity per day is shown at line (7) of Table 1. Assuming that the capacity is being used twice on average leads to the rate at line (9). Using Ontario provincial government guidelines for the maximum occupant load, lines (11) and (13) calculate the royalties per day per square foot and square metre, respectively.

[139] The rates we certify are stated at the end of these reasons.

3. Minimum Fees

[140] We wish to reiterate the Board's position on minimum fees, as expressed in a decision made in 2004:

The Board is convinced of the importance of maintaining minimum fees. An excessive reduction, or elimination of the minimums, while clearly favouring the small users, is generally unfair even if, in some particular cases, there might not be other solutions.⁴⁰

[141] In our view, minimum fees are necessary to reflect the intrinsic minimum value of the music and the repertoire. They are also necessary to reflect some of the administrative costs incurred in issuing licences, the burden of which should not rest exclusively on rights holders.

[142] That being said, NRCC has not requested that minimum fees be certified, and there is no

dollars. La SCGDV calcule qu'en moyenne, les restaurants qui achètent leur musique de fond auprès de fournisseurs paient annuellement 840 \$. La redevance à acquitter pour un service offert à ce prix est de 26,88 \$. À supposer que la capacité moyenne d'un restaurant soit 60 places et qu'il accueille sa clientèle 300 jours par année, le montant équivalent de redevances quotidiennes par unité de capacité est indiqué à la ligne (7) du tableau I. Pour autant que cette capacité soit comblée en moyenne deux fois par jour, le taux applicable est celui indiqué à la ligne (9). Si l'on utilise les lignes directrices du gouvernement provincial ontarien quant au nombre maximal de personnes, les lignes (11) et (13) calculent les redevances quotidiennes au pied carré et au mètre carré, respectivement.

[139] Les taux homologués par la Commission sont indiqués à la fin des présents motifs.

3. Redevances minimales

[140] Nous tenons à réaffirmer la position exprimée par la Commission en 2004 relativement aux redevances minimales :

La Commission est convaincue de l'importance de maintenir des redevances minimales. Une réduction trop forte, voire l'élimination des minimums, quoique favorisant nettement les petits utilisateurs, est généralement inéquitable, même si, dans certains cas particuliers, il pourrait ne pas y avoir d'autres solutions.⁴⁰

[141] À notre avis, des redevances minimales sont nécessaires pour témoigner de la valeur intrinsèque minimale de la musique et du répertoire. Elles servent aussi à refléter une partie des coûts administratifs associés à la délivrance des licences, coûts que les titulaires des droits ne devraient pas devoir assumer seuls.

[142] Cela dit, la SCGDV n'a pas demandé l'homologation de redevances minimales, et nous

evidence available to help us on this issue. Under the circumstances, we can only establish a tariff without minimum fees.

4. Inflationary Adjustment

[143] The rates established for users are expressed in dollars and will need to be adjusted regularly for inflation in order to remain equivalent to the percentage rate set for suppliers.

[144] NRCC argues that the rule adopted by the Board in its decision *SOCAN Multiple Licences (2004)*, to adjust tariffs using the annual percentage change in the Consumer Price Index (CPI) less 1 percentage point, results in too low an adjustment of the tariffs. NRCC claims that, over the long-term, the cost of a good or a service should typically be assumed to increase at the overall rate of inflation.

[145] NRCC proposes two alternatives to the Board's decision. The first is to adjust the tariffs expressed in dollars using the rate of inflation as measured by the CPI, plus the growth rate of the economy-wide productivity, minus one. The second is to adjust the tariffs using a measure of expected inflation equal to the difference between the nominal and real rates of return on Government of Canada bonds of comparable maturity.

[146] We reject NRCC's second alternative. It involves the use of a measure of expected inflation. The use of such an indirect measure of inflation is unnecessary, given that direct measures of inflation are available, albeit with a time lag.

[147] While agreeing with NRCC that in the long run, the price of most goods and services tend to increase at the overall rate of inflation, we also reject its first alternative. Because tariffs are

ne disposons d'aucune preuve utile à cet égard. Dans les circonstances, nous ne pouvons qu'établir un tarif sans redevances minimales.

4. Rajustement inflationniste

[143] Les taux établis pour les utilisateurs sont exprimés en dollars et nécessiteront des rajustements périodiques pour tenir compte de l'inflation afin de demeurer équivalents au taux des fournisseurs, exprimé en pourcentage.

[144] La SCGDV soutient que la règle mise en place par la Commission dans la décision *SOCAN licences multiples (2004)*, selon laquelle les tarifs sont rajustés conformément au changement annuel en pourcentage de l'indice des prix à la consommation (IPC) moins 1 pour cent, se traduit par un rajustement insuffisant des tarifs. Selon la SCGDV, il faut présumer qu'à long terme, le coût d'un bien ou d'un service augmente en général suivant le taux global de l'inflation.

[145] La SCGDV met de l'avant deux autres possibilités. La première consiste à rajuster les tarifs exprimés en dollars en utilisant le taux d'inflation mesuré par l'IPC, plus le taux de croissance de la productivité économique globale, moins 1. La seconde consiste à rajuster les tarifs suivant une mesure de l'inflation prévue égale à la différence entre le taux de rendement nominal et le taux de rendement réel des obligations du Canada dont l'échéance est comparable.

[146] Nous rejetons la seconde proposition de la SCGDV. Elle fait appel à une mesure de l'inflation anticipée. Il n'est pas nécessaire de recourir à une mesure indirecte de l'inflation puisqu'il existe des mesures directes, même si elles arrivent avec un décalage.

[147] Bien que nous reconnaissons qu'à long terme le prix de la plupart des biens et services augmente en général au rythme global de l'inflation, nous rejetons aussi la première

proposed for a finite number of years, the opportunity arises regularly to review all factors with which they are determined. In this instance, future hearings will allow the Board to determine whether or not the rates set for users in this decision remain consistent with the royalties paid by background music suppliers. The correct measure of inflation for this tariff is embodied in the change of the average annual subscription fees that restaurants pay to background music suppliers. A change in these fees will result in a corresponding change in royalties. Because the user's rates are meant to be equivalent to the supplier rate, the former should also be eventually affected by the change in subscription fees.

[148] In future proceedings, evidence can be presented on how these subscription fees have changed over time and how these changes impact on the amount of royalties. That will be the occasion to reestablish, if necessary, the equivalence between the two categories of rates. In the meantime, the inflation adjustment rule serves as a proxy for the change in subscription fees. In this context, instances where tariff increases permanently diverge from the overall rate of inflation should not arise.

[149] We will therefore use the CPI to adjust the rates, but will subtract one percentage point from its annual percentage change. For the reasons the Board gave in its decision *SOCAN Multiple Licences (2004)*, we believe that this provides a better basis for the change in subscription fees than that proposed by NRCC. We also believe that it will ensure that the tariffs do not become themselves a factor that causes or maintains inflation.

proposition de la SCGDV. Les tarifs n'étant proposés que pour un nombre d'années limité, la Commission a régulièrement l'occasion de réexaminer tous les facteurs pris en compte dans leur établissement. Ainsi, les audiences subséquentes permettront de vérifier si les taux fixés pour les utilisateurs dans la présente décision continuent de concorder avec les redevances versées par les fournisseurs de musique. La mesure adéquate de l'inflation, pour le présent tarif, est la variation du prix d'abonnement annuel moyen que les restaurants paient aux fournisseurs de musique de fond. Toute modification apportée à ce prix entraînera une modification correspondante des redevances. Les redevances de l'utilisateur étant censées être équivalentes à celles du fournisseur, elles devraient aussi, au bout du compte, être touchées par la modification du prix d'abonnement.

[148] Lors de prochaines instances, on pourra présenter des éléments de preuve en vue de démontrer l'évolution du prix des abonnements au fil du temps et les répercussions de cette évolution sur le montant des redevances. Ce sera alors l'occasion de rétablir, au besoin, l'équivalence entre les deux catégories de taux. Dans l'intervalle, la règle de rajustement pour l'inflation sert de référence pour la modification des prix d'abonnement. De cette façon, il ne devrait pas y avoir de cas où les augmentations de tarif diffèrent en permanence du taux global de l'inflation.

[149] Nous nous servirons donc de l'IPC pour rajuster les taux de redevance, mais soustrairons un point du pourcentage annuel de changement de l'IPC. Pour les motifs exposés par la Commission dans la décision *SOCAN licences multiples (2004)*, nous jugeons que cette méthode constitue une meilleure base pour la modification du prix d'abonnement que celles proposées par la SCGDV. Nous croyons également qu'elle permettra d'éviter que les tarifs eux-mêmes ne deviennent un facteur d'inflation.

[150] The only remaining issue is how to apply the inflation adjustment during the period of the tariff. When tariffs are being proposed for one year at a time, we can simply do the adjustment at the time of certification. For multi-year tariffs, such as the one under current review, an inflation adjustment rule can be embodied in the tariff. Such a mechanism, because it allows for a quick adjustment to inflation, can become an encouragement for collectives to submit multi-year tariff proposals.

[151] Earlier decisions addressed similar issues. In 2004, for example, the Board stated that SOCAN could expect that adjustments for inflation would take into account inflation that occurred between adjustments. Indeed, the Board so decided. The Board also offered the view that it had the power to include, as part of the terms of a tariff, a formula that would allow multi-year tariffs to be adjusted to account for inflation occurring during the life of a tariff.⁴¹ This instance allows us to apply the second of those principles.

[152] Certifying a tariff that allows for inflationary adjustments has advantages. It may save human and financial resources for the collective, users and the Board. It also allows for a smoother path of adjustments, more consistent with how real markets work. However, the approach may also suffer from serious disadvantages. For example, the fact that the exact rates are not known in advance might create uncertainty. In addition, users who may not even have existed at the time the tariff was filed (or certified) are deprived of making their views known. If only for that reason, certifying a tariff for a long period may be problematic, especially if the duration from the time the tariff is certified to the time it expires is long. Despite these misgivings, we think it both fair and

[150] La seule question qu'il reste à trancher est de savoir comment appliquer le rajustement à l'inflation pour la durée du tarif. Lorsque les projets de tarif ne portent que sur une année à la fois, nous pouvons tout simplement procéder à ce rajustement au moment de l'homologation. Dans les tarifs pluri-annuels, comme c'est le cas en l'espèce, une règle de rajustement à l'inflation peut être incorporée au tarif. Un mécanisme de cette nature, qui permet un rajustement rapide à l'inflation, peut devenir un incitatif susceptible d'encourager les sociétés de gestion à présenter des projets de tarifs portant sur plusieurs années.

[151] D'autres décisions de la Commission ont abordé les mêmes questions. Ainsi, en 2004, la Commission a déclaré que la SOCAN pouvait s'attendre à ce que les rajustements relatifs à l'inflation tiennent compte de l'inflation survenue entre les rajustements, ce que la Commission a d'ailleurs fait dans sa décision. La Commission s'est aussi dite d'avis qu'elle avait compétence pour intégrer, dans les modalités d'un tarif, une formule qui permette aux tarifs homologués pour plusieurs années d'être rajustés de manière à tenir compte de l'inflation survenant pendant la durée du tarif.⁴¹ La présente décision nous fournit l'occasion d'appliquer le second principe.

[152] L'homologation d'un tarif qui prévoit des rajustements inflationnistes comporte des avantages. Un tel tarif peut représenter une économie de ressources humaines et financières pour la société de gestion, les utilisateurs et la Commission. Elle permet une démarche de rajustement plus régulière, qui cadre mieux avec le mode de fonctionnement des marchés réels. Néanmoins, cette mesure peut aussi présenter de sérieux désavantages. Par exemple, le fait que les taux précis ne soient pas connus à l'avance pourrait engendrer de l'incertitude. En outre, des utilisateurs qui n'existaient peut-être pas encore au moment du dépôt (ou de l'homologation) du tarif sont privés de la possibilité de faire connaître leur opinion. Ne serait-ce que pour cette raison, homologuer un tarif pour une longue

appropriate to allow NRCC to experiment with the formula. The Board may reevaluate it in the future.

[153] The tariff will provide that NRCC can proceed with an inflationary adjustment to its rates expressed in dollars under four conditions. First, the adjustment to be applied shall be higher than three percentage points. Second, NRCC shall send a notice of the change to the affected background music users. Third, NRCC shall notify the Board of the change, including the detailed calculation of the increase. Fourth, NRCC shall post that calculation on its website.

[154] As previously mentioned, the annual inflationary adjustment corresponds to the annual percentage change in the CPI, minus 1 percentage point. This annual change is to be calculated over the most recent period of twelve consecutive months for which the CPI is available at the time the notice is being given to users. When the adjustment for a 12-month period is less than 3 per cent, the rates remain the same. The adjustment is cumulated with the adjustment for each subsequent 12-month period,⁴² until the cumulated adjustment is 3 per cent or more. This ensures that tariffs are not being constantly adjusted for very small amounts. To reduce further the uncertainty facing users, we will allow inflationary adjustments to be made only at the beginning of a year, before January 31.

[155] In the current tariff, we use this method to decide whether any adjustments are needed for the years 2004 to 2006. As measured by the CPI, inflation was 2.77 per cent in 2003. Subtracting 1 percentage point leads to an adjustment of

durée peut s'avérer problématique, surtout si beaucoup de temps s'écoule entre son homologation et son expiration. Malgré ces réserves, nous croyons qu'il est à la fois juste et approprié de permettre à la SCGDV de faire l'expérience de cette formule. La Commission pourrait éventuellement la réévaluer.

[153] Le tarif disposera que la SCGDV peut procéder à un rajustement inflationniste de ses taux exprimés en dollars, sous quatre conditions. Premièrement, le rajustement applicable devra être supérieur à 3 points de pourcentage. Deuxièmement, la SCGDV enverra un avis de modification aux utilisateurs de musique de fond touchés par la mesure. Troisièmement, la SCGDV avisera la Commission de la modification, en précisant le calcul détaillé de l'augmentation. Quatrièmement, la SCGDV affichera ce calcul sur son site Web.

[154] Tel que mentionné précédemment, le rajustement inflationniste annuel correspond à la variation annuelle en pourcentage de l'IPC, moins 1 point de pourcentage. Cette variation annuelle sera calculée à partir de la période de douze mois consécutifs la plus récente pour laquelle l'IPC est connu au moment où l'avis est donné aux utilisateurs. Lorsque le rajustement pour toute période de douze mois est inférieur à 3 pour cent, les taux restent inchangés. Cependant, le rajustement est cumulé avec celui de la période de douze mois subséquente,⁴² jusqu'à ce que les rajustements cumulés atteignent 3 pour cent ou plus. Cette mesure évite que les tarifs ne soient constamment rajustés pour de très petits montants. Pour atténuer davantage l'incertitude des utilisateurs, nous permettrons des rajustements inflationnistes uniquement en début d'année, avant le 31 janvier.

[155] Dans le tarif actuel, nous employons cette méthode pour décider si des rajustements s'imposent pour les années 2004 à 2006. En 2003, l'inflation mesurée par l'IPC s'est élevée à 2,77 pour cent. En soustrayant 1 point

1.77 per cent, which does not conform to the first condition. Hence, rates are not adjusted for 2004. In 2004, inflation was 1.83 per cent and the adjustment was 0.83 per cent. The cumulative total for the two years is 2.61 per cent, still below the 3 per cent threshold. The rates for 2005 will not be adjusted. In 2005, inflation was 2.23 per cent: the adjustment 1.23 per cent; and, the cumulative adjustment over the three years 3.88 per cent. Rates for 2006 are thus adjusted by that amount to take account of inflation for the years 2003 to 2005.

I. Certified Rates

[156] When music, including any use of music with a telephone on hold, is provided by a background music supplier, the royalty payable is 3.2 per cent of the amount paid to subscribe to the background music service for the years 2003 to 2009.

[157] In other cases, for the years 2003, 2004 and 2005, the rates payable by users of background music will be 0.08¢ per admission, 0.15¢ per unit of capacity per day or 0.25¢ per square meter (0.023¢ per square feet) per day. The royalty is set at \$26.88 per year when none of the above methods applies: this corresponds to the royalties payable for the average restaurant that subscribes to a background music service, as shown on line (3) of Table I. An establishment that pays under one of the first three methods does not have to pay a separate royalty for the use of background music with a telephone on hold. Establishments that use only background music for telephone on hold need only pay the annual royalty. NRCC has not been able to identify other examples where this residual amount would apply.

de pourcentage, on obtient un rajustement de 1,77 pour cent, un résultat insuffisant pour respecter la première condition. Par conséquent, les taux ne sont pas rajustés pour 2004. L'inflation en 2004 s'est établie à 1,83 pour cent et le rajustement à 0,83 pour cent. Le total cumulatif pour les deux années, soit 2,61 pour cent, se situe donc encore sous le seuil de 3 pour cent. Les taux ne seront donc pas rajustés pour l'année 2005. En 2005, l'inflation s'est élevée à 2,23 pour cent, de sorte que le rajustement est 1,23 pour cent et le rajustement cumulatif pour les trois années atteint 3,88 pour cent. En conséquence, les taux pour l'année 2006 sont rajustés dans cette proportion pour tenir compte de l'inflation survenue en 2003, 2004 et 2005.

I. Taux homologués

[156] Lorsque la musique de fond, y compris la musique lors de la mise en attente téléphonique, est livrée par un fournisseur de musique, la redevance payable est de 3,2 pour cent du montant payé pour l'abonnement aux services de musique de fond pour les années 2003 à 2009.

[157] Dans les autres cas, pour les années 2003, 2004 et 2005, les taux que devront payer les utilisateurs de musique de fond seront de 0,08 ¢ l'admission, 0,15 ¢ l'unité de capacité par jour ou 0,25 ¢ le mètre carré (0,023 ¢ le pied carré) par jour. La redevance annuelle est établie à 26,88 \$ lorsqu'aucune des méthodes précitées ne s'applique : ce montant correspond aux redevances que doit verser un restaurant moyen abonné à un service de musique de fond, comme l'indique la ligne (3) du tableau I. Un utilisateur qui paie le tarif en vertu d'une des trois premières méthodes n'a pas à payer de montant supplémentaire pour utiliser la musique en attente téléphonique. L'établissement qui utilise seulement de la musique pour l'attente téléphonique doit quant à lui payer la redevance annuelle. La SCGDV n'a pu identifier d'autre type d'utilisation de musique de fond qui serait directement visé par cette catégorie résiduelle.

[158] For 2006, the rates are increased by 3.88 per cent to 0.0831¢ per admission, 0.1558¢ per unit of capacity per day or 0.2597¢ per square meter (0.0239¢ per square feet) per day. The royalty is set at \$27.92 per year when none of the above methodologies applies. For 2007 to 2009, the rates will be subject to the inflationary adjustment rule established in this decision.

VI. THE RISK OF REPERTOIRE SUBSTITUTION – ABILITY TO PAY

[159] CRFA and HAC insisted that a tariff at the amount NRCC proposed would lead hotel and restaurant operators to play only American sound recordings so as to avoid paying the tariff. They argued that more than half of the world's repertoire of sound recordings that is not entitled to equitable remuneration is a readily available substitute to NRCC's repertoire. Suppliers of background music may even have indicated to these associations a willingness to supply American-only music programming at a lower cost.

[160] The studies conducted by or on behalf of these associations clearly confirm three things. First, cost considerations are a dominant factor for hotel and restaurant operators when choosing a background music repertoire. Second, operators believe that it would be relatively easy and inexpensive to ensure that only non-eligible recordings are played as background music if the amount of royalties is perceived to be too high. Third, the switch to a wholly non-eligible repertoire would not provoke any reaction on the part of customers, who place no value on the nationality of the performers in background music.

[161] NRCC's survey expert, Mr. Benoît Gauthier, President, Circum Network Inc., took

[158] Pour l'année 2006, les taux augmentent de 3,88 pour cent et s'élèvent à 0,0831 ¢ l'admission, 0,1558 ¢ l'unité de capacité par jour ou 0,2597 ¢ le mètre carré (0,0239 ¢ le pied carré) par jour. La redevance annuelle est fixée à 27,92 \$ lorsqu'aucune des méthodes précitées ne s'applique. Pour les années 2007 à 2009, les taux seront assujettis à la règle de rajustement inflationniste établie dans la présente décision.

VI. DANGER DE SUBSTITUTION DE RÉPERTOIRE – CAPACITÉ DE PAYER

[159] La CRFA et l'HAC maintiennent qu'un tarif au montant proposé par la SCGDV inciterait les hôteliers et restaurateurs à ne faire jouer que des enregistrements sonores américains pour éviter de devoir payer le tarif. Ils ont fait valoir que les enregistrements sonores non admissibles à une rémunération, représentant plus de la moitié du répertoire mondial, pourraient facilement remplacer le répertoire de la SCGDV. Les fournisseurs de musique de fond auraient même indiqué à ces associations qu'ils étaient disposés à offrir à moindre prix une programmation de musique entièrement américaine.

[160] Les études réalisées par ces associations ou pour leur compte confirment clairement trois choses. D'abord, le coût constitue un facteur prépondérant pour les hôteliers et restaurateurs dans le choix d'un répertoire de musique de fond. Deuxièmement, ceux-ci estiment qu'il serait relativement facile et peu coûteux de s'assurer de faire jouer exclusivement de la musique de fond composée d'enregistrements non admissibles s'ils jugent le montant des redevances trop élevé. Troisièmement, la transition à un répertoire entièrement soustrait aux redevances ne provoquerait aucune réaction de la part des clients, qui n'attachent aucune importance à la nationalité des artistes-interprètes lorsqu'il s'agit de musique de fond.

[161] L'expert en sondages de la SCGDV, M. Benoît Gauthier, président, Réseau Circum

issue with the methodology used to conduct these studies; most of his misgivings probably have some foundation. However, regardless of the studies' perceived weaknesses, they each had the merit of giving the Board a broad view concerning two issues: the opinion the operators in these industries have with respect to NRCC's tariff and their perception about the means available to reduce music costs.

[162] In this instance, we think that the risk of unintended drop-off in the use of NRCC's repertoire is virtually non-existent.

[163] In theory, the price of gaining access to NRCC's repertoire can lead users to stop using that repertoire past a certain price point. However, we believe that the amounts payable pursuant to the tariff that we certify are far below any such price point.

[164] Suppliers and users of background music will have no difficulty paying royalties pursuant to the tariff we certify. The following examples, taken from the record of these proceedings and pertaining to the year 2004, show how modest the fees will be. The Swift Current Agricultural and Exhibition Association paid \$51.24 to SOCAN; it will pay \$12.80 to NRCC. The Calgary Stampede and Exhibition paid \$2,814.36 to SOCAN; NRCC will receive approximately \$469.03. For the Canadian National Exhibition, the figures are respectively \$4,123.32 and approximately \$1,120.

[165] The situation is the same for restaurants, as is shown using the figures for those operators who appeared before us. In 2004, Mr. Labelle's tavern paid \$192 to SOCAN; it will pay \$65.70 to NRCC. In the case of Mr. Ataman's dining establishment, the figures are \$279 for SOCAN and \$112.50 for NRCC. The person who supplies Mr. Waserman's three restaurants with

inc., a contesté la méthodologie adoptée pour effectuer ces études; la plupart de ses réserves ne sont probablement pas sans fondement. Toutefois, en dépit des faiblesses décelées dans ces études, chacune d'elles a le mérite d'avoir donné à la Commission un aperçu général quant à deux points : l'opinion des hôteliers et restaurateurs sur le tarif de la SCGDV et la perception qu'ils ont des moyens disponibles pour réduire les coûts associés à la musique.

[162] Nous estimons qu'en l'espèce le risque de diminution involontaire de l'utilisation du répertoire de la SCGDV est pratiquement inexistant.

[163] Théoriquement, le prix d'accès au répertoire de la SCGDV peut inciter les utilisateurs à cesser de l'utiliser au-delà d'un certain seuil de prix. Néanmoins, nous sommes persuadés que les montants exigibles au titre du tarif que nous homologuons se situent bien en deçà d'un tel seuil de prix.

[164] Fournisseurs et utilisateurs de musique de fond pourront facilement s'acquitter des redevances établies dans le tarif que nous homologuons. Les exemples suivants portant sur l'année 2004, extraits du dossier de la présente affaire, illustrent à quel point le tarif sera modique. La *Swift Current Agricultural and Exhibition Association* a versé 51,24 \$ à la SOCAN; elle payera 12,80 \$ à la SCGDV. Le *Calgary Stampede and Exhibition* a versé à la SOCAN la somme de 2 814,36 \$; la SCGDV recevra environ 469,03 \$. Les montants correspondants en ce qui concerne l'Exposition nationale canadienne sont, respectivement, de 4 123,32 \$ et d'environ 1 120 \$.

[165] Il en va de même pour les restaurants, comme on peut l'observer en examinant les montants applicables aux restaurateurs qui ont comparu devant nous. En 2004, la taverne de M. Labelle a payé 192 \$ à la SOCAN; elle paiera 65,70 \$ à la SCGDV. Pour la salle à manger de M. Ataman, les chiffres sont 279 \$ pour la SOCAN et 112,50 \$ pour la SCGDV.

a background music service paid \$216 to SOCAN and will pay \$92.16 to NRCC.

[166] There is a second, more significant reason for doubting that background music users will avoid playing NRCC's repertoire. Users appear to underestimate how complicated it can be to determine which recordings are part of NRCC's repertoire and which are not. As explained by NRCC, it all depends on the recording; the performer plays no role in the matter. Playing only American music, whatever that may mean, will not ensure this. For example, a recording of an American performer made in the United States will sometimes qualify, e.g. if the maker is Canadian. This was put succinctly by the Board in its decision *NRCC Commercial Radio (1999)*:

[...] a recording is eligible not only if the maker was, at the date of the first fixation, a citizen or permanent resident of Canada or a Rome Convention country, but also if all fixations occurred in Canada or a Rome Convention country. [s. 20(1)] As a result, performers and makers who are not citizens or permanent residents of Canada or a Rome Convention country may nevertheless be entitled to remuneration.⁴³

VII. OTHER ARGUMENTS

[167] In the course of these proceedings, a number of other arguments were raised that we must address.

[168] AAAS argued that background music plays an almost insignificant role in fairs and exhibitions. We think that is going too far. Even

Enfin, la personne qui assure un service de musique de fond aux trois restaurants de M. Waserman a versé 216 \$ à la SOCAN et paiera 92,16 \$ à la SCGDV.

[166] Il existe une deuxième raison, plus importante, de douter que les utilisateurs de musique de fond se détournent du répertoire de la SCGDV. Les utilisateurs semblent sous-estimer la difficulté de déterminer quels enregistrements font partie du répertoire de la SCGDV et quels enregistrements n'en font pas partie. Tel qu'expliqué par la SCGDV, tout dépend de l'enregistrement; l'identité de l'artiste-interprète n'y est pour rien. Le fait de ne faire jouer que de la musique américaine, quoi que cet énoncé signifie, ne garantit pas que l'enregistrement est étranger au répertoire. Ainsi, un enregistrement d'un artiste américain réalisé aux États-Unis sera parfois admissible, par exemple si le producteur est canadien. La Commission a succinctement résumé la situation dans la décision *SCGDV Radio commerciale (1999)* :

[...] l'enregistrement est admissible non seulement si le producteur, à la date de la première fixation, était citoyen canadien ou résident permanent du Canada ou d'un pays partie à la Convention de Rome, mais aussi si toutes les fixations réalisées en vue de la confection de l'enregistrement sonore ont eu lieu dans l'un de ces pays. [a. 20(1)] Il s'ensuit que les artistes-interprètes et producteurs qui ne sont pas citoyens ou résidents permanents d'un de ces pays peuvent avoir droit à la rémunération.⁴³

VII. AUTRES ARGUMENTS

[167] Dans le cadre de la présente instance, on a soulevé certains arguments additionnels auxquels il convient de répondre.

[168] L'AAAS a soutenu que la musique de fond tient une place négligeable dans les foires et expositions. Nous jugeons cette affirmation

though background music may not play a prominent role in these events, it seems obvious to us that if, for example, no music was played, the atmosphere of the Midway section of a fair simply would not be the same.

[169] The argument that non-profit community activities should not attract any royalties must also be rejected. SOCAN has chosen to waive its fees for some such events under relatively strict conditions. This does not mean that community activities should be *entitled* to use NRCC's repertoire for free.⁴⁴

[170] Also rejected, for reasons the Board has stated time and again and which we will not repeat here, is the argument that the rate should be lowered because the use and performance of NRCC's repertoire drives further sales of sound recordings.

[171] Finally, AAAS argued that it would be unfair to have to pay for a whole fairground or for all that attend the fair when background music is played only in discrete areas, especially if those areas are not accessible to all. Given the low amounts the tariff will require fairs and exhibitions to pay, addressing the issue in the tariff would unduly complicate its administration.

VIII. TARIFF WORDING

[172] The wording of the certified tariff is different in several respects from what NRCC had proposed originally. The choices we made in this decision meant that some of those changes became necessary. Others reflect the practices generally followed at the Board on a number of administrative issues. Others yet are the result of consultations the Board had with participants on

exagérée. La musique de fond ne joue peut-être pas un rôle de premier plan dans ces événements, mais il nous semble néanmoins évident que si, par exemple, l'on ne faisait entendre aucune musique, l'ambiance des attractions foraines d'une foire serait différente.

[169] L'argument selon lequel les événements communautaires sans but lucratif ne devraient être assujettis à aucune redevance doit aussi être rejeté. La SOCAN a choisi, sous certaines conditions d'ailleurs assez strictes, de renoncer à ses redevances pour certains événements de cette nature. Cela ne signifie pas que les activités communautaires devraient avoir le *droit* d'utiliser le répertoire de la SCGDV gratuitement.⁴⁴

[170] Nous rejetons également, pour les motifs que la Commission a maintes fois exposés et que nous ne reprendrons pas ici, l'argument selon lequel le tarif devrait être réduit parce que l'utilisation et l'exécution du répertoire de la SCGDV stimulent les ventes d'enregistrements sonores.

[171] Enfin, l'AAAS est d'avis qu'il serait injuste de devoir payer pour l'ensemble du champ de foire ou pour l'ensemble des personnes qui s'y présentent quand l'on ne diffuse de musique de fond que dans certaines aires distinctes, particulièrement si celles-ci ne sont pas accessibles à tous. Vu les faibles montants que les foires et expositions devront déboursier pour se conformer au tarif, tenir compte de ce facteur en compliquerait indûment la gestion.

VIII. LIBELLÉ DU TARIF

[172] Le libellé du tarif que nous homologuons est différent à plusieurs égards de celui que la SCGDV proposait. Certains changements découlent nécessairement des choix faits dans la présente décision. D'autres reflètent les pratiques que la Commission adopte généralement par rapport à un certain nombre de questions administratives. D'autres enfin découlent de

the wording of the tariff. The most significant issues are addressed below.

[173] The definitions (section 2) are fewer and simpler than in the proposed tariff. For example, the definition of “establishment” was simplified so as to mention only “places” (such as parks and means of public transportation), which do not obviously fall within the ambit of the term. Other definitions were omitted simply because they were unnecessary.

[174] Subsection 3(1), part of the application provision, now reflects the wording of the *Act*. It is different from what is found in some of NRCC’s more recent tariffs and similar to what was in the earlier NRCC tariffs the Board certified. The mention that NRCC acts “for the benefit of performers and makers” was included at the request of NRCC, who wishes to eliminate any doubt as to who benefits from the tariff. Subsection 3(4) adds a reference to subsection 69(2) of the *Act*, which allows certain users to perform music using a radio receiving set for free.

[175] Sections 4 and 5 set the rates. As was done recently by the Board in some other tariffs and largely for the reasons set out in paragraphs 93 and following of these reasons, the tariff targets uses, not users.

[176] Section 4 applies when music is provided by a background music supplier. Suppliers will pay royalties quarterly. During consultations on the wording of the tariff, NRCC again expressed its fear that removing from the rate base the amount charged for equipment used by the subscriber might lead to some form of abuse; it asked that the provision limit these charges to those that are reasonable and verifiable. For the

consultations avec les participants concernant le libellé du tarif. Ce qui suit traite des modifications les plus importantes.

[173] Les définitions qu’on retrouve à l’article 2 sont moins nombreuses et plus simples que dans le projet de tarif. Ainsi, la définition d’« établissement » a été simplifiée de façon à ne mentionner que les seuls endroits (parcs, transports publics) que le terme n’englobe pas déjà clairement. D’autres définitions ont été omises simplement parce qu’elles n’étaient pas nécessaires.

[174] Le paragraphe 3(1), élément de la disposition d’application, reflète désormais le libellé de la *Loi*. Il est différent de ce qu’on retrouve dans certains tarifs plus récents de la SCGDV et semblable aux premiers tarifs homologués de cette société. La mention portant que la SCGDV agit « au profit des artistes-interprètes et des producteurs » a été ajoutée à la demande de la société, qui tient à éviter quelque doute que ce soit sur l’identité des bénéficiaires du tarif. Le paragraphe 3(4) ajoute une référence au paragraphe 69(2) de la *Loi*, qui permet à certains utilisateurs d’exécuter gratuitement de la musique au moyen d’un appareil radiophonique récepteur.

[175] Les articles 4 et 5 établissent les taux. Comme l’a fait récemment la Commission dans certains tarifs et en grande partie pour les motifs exposés aux paragraphes 93 et suivants de la présente décision, le tarif vise des usages, et non des usagers.

[176] L’article 4 s’applique lorsque la musique provient d’un fournisseur. Ces derniers paieront leurs redevances chaque trimestre. Pendant les consultations sur le libellé du tarif, la SCGDV a réitéré sa crainte qu’en permettant d’enlever de l’assiette tarifaire ce que l’abonné paye pour l’équipement qu’il utilise, on ouvrirait la porte à des abus; elle a demandé qu’on limite ces montants à ce qui est raisonnable et vérifiable.

reasons set out in paragraphs 90 to 92 of this decision, we have not done so. The reports to be filed pursuant to section 7 should allow NRCC to verify the importance of the amounts that will be deducted in that respect.

[177] Section 5 applies in all other instances of use of background music. In the proposed tariff, royalties were to be paid quarterly, but those owing less than \$175 in two consecutive quarters would be allowed to pay yearly. The certified tariff provides the opposite. Royalties will be paid once a year until royalties owed in a given year reach \$350. In that case, royalties for the rest of the year and the following one will be paid quarterly. Our assumption is that most users will pay yearly, and we think that the tariff structure should reflect this.

[178] Section 5 provides that royalties are payable only in respect of days during which background music was played. This is how the proposed tariff was drafted. Still, we have reservations as to how this will work out in practice; it may be difficult for NRCC to establish days for which royalties are payable when an establishment does not use background music all of the time. This issue may need to be revisited eventually. In any event, we added to section 8 a provision requiring that users keep information required to ascertain days on which background music was used.

[179] The reporting requirements (section 7) are considerably simplified and provide that users supply to NRCC, where applicable, what was used to calculate the royalties.

[180] NRCC asked that the tariff clearly state that the information a user is required to keep

Pour les motifs énoncés aux paragraphes 90 à 92 de la présente décision, nous ne l'avons pas fait. Les rapports qui seront fournis en vertu de l'article 7 devraient permettre à la SCGDV de vérifier l'importance des montants qui seront déduits à ce titre.

[177] L'article 5 s'applique à toutes les autres utilisations de musique de fond. Le projet de tarif prévoyait le paiement de redevances chaque trimestre, sauf pour ceux ayant payé moins de 175 \$ dans deux trimestres consécutifs, qui pourraient payer une fois l'an. Dans le tarif homologué, c'est le contraire. Les redevances seront payées une fois l'an jusqu'à ce que le montant de redevances pour l'année atteigne 350 \$. Dès lors, les redevances pour le reste de l'année et pour la suivante seront payées chaque trimestre. Nous tenons pour acquis que la plupart des utilisateurs paieront une fois l'an, et croyons que la structure du tarif doit refléter ce fait.

[178] L'article 5 prévoit le paiement de redevances uniquement à l'égard des jours durant lesquels on utilise de la musique de fond. C'est ce que prévoyait le projet de tarif. Nous avons néanmoins du mal à comprendre comment les choses se passeront en pratique; il pourrait être difficile pour la SCGDV de déterminer les jours à l'égard desquels des redevances sont payables lorsqu'un établissement n'utilise pas de la musique de fond tout le temps. Cette question pourrait devoir être réexaminée éventuellement. À tout événement, nous avons ajouté à l'article 8 une disposition exigeant que l'utilisateur conserve les registres permettant d'établir les jours durant lesquels on a utilisé de la musique de fond.

[179] Nous avons considérablement simplifié les exigences de rapport qui se trouvent à l'article 7 pour exiger que l'utilisateur fournisse à la SCGDV, le cas échéant, les renseignements ayant servi à calculer la redevance.

[180] La SCGDV avait demandé que le tarif prévoie clairement que les renseignements qu'un

includes information required to determine how and why the user decided which formula to use. The tariff as certified is meant to dictate the choice of formula, not to give users an option; the collective must be able to verify that a user has correctly chosen which formula to use. Consequently, NRCC's request for additional information is reasonable and section 8 of the tariff has been worded accordingly.

[181] Some objectors asked that NRCC be limited to one audit per year. They offered no evidence that would lead us to conclude that the collective has abused its audit privileges. More importantly, it may be reasonable, indeed necessary, to audit more than once in a year a user whose recent declarations have proven to be egregiously incorrect. Finally, the fact that NRCC supports the costs of an audit, unless it discloses a significant underpayment, is of itself a sufficient incentive not to conduct one unnecessarily. For these reasons, we have not adjusted the audit provisions in this respect.

[182] As proposed, the provision dealing with the handling of confidential information (now section 9) would have allowed that information to be shared with other collectives, even those who are not members of NRCC. This is helpful in tariffs setting royalties to be paid to two or more collectives, not in tariffs such as this one, that set royalties to be paid to only one collective. Section 9 also specifies that NRCC is entitled to act through agents, who also must abide by the provisions of the tariff, including those dealing with confidentiality.

[183] Objectors asked that section 9 expressly provide that information supplied to foreign societies to assist in the distribution of royalties should not allow those societies to associate any of the information received with specific

utilisateur doit conserver comprennent ceux permettant d'établir comment et pourquoi l'utilisateur choisit une méthode de calcul plutôt qu'une autre. Le tarif que nous homologuons entend dicter le choix de formule, pas offrir aux utilisateurs une option; la société de gestion doit donc être en mesure de s'assurer que l'utilisateur a opté pour la bonne formule de calcul. La demande d'information supplémentaire de la SCGDV est donc raisonnable et l'article 8 est libellé à l'avenant.

[181] Certains opposants ont demandé de limiter la SCGDV à une vérification par année. Ils n'ont offert aucune preuve permettant de croire que la société abuse de ses pouvoirs à cet égard. Plus encore, il pourrait être raisonnable, voire nécessaire, de vérifier plus d'une fois dans l'année les registres de l'utilisateur dont les déclarations récentes se sont avérées grossièrement inexactes. Enfin, le fait que la SCGDV défraie les coûts de la vérification, à moins qu'elle ne révèle un défaut de paiement important, constitue en soi un incitatif suffisant à ne pas se livrer à des contrôles inutiles. Pour ces motifs, nous n'avons pas procédé à l'ajustement demandé.

[182] Telle que proposée, la disposition portant sur le traitement confidentiel des renseignements (article 9 du tarif homologué) aurait permis de les partager avec d'autres sociétés de gestion, qu'elles soient ou non membres de la SCGDV. Cette mesure est utile lorsqu'un tarif établit les redevances à verser à deux sociétés ou plus, pas dans un tarif qui, comme celui-ci, se limite aux redevances payables à une seule. L'article 9 prévoit aussi que la SCGDV peut avoir recours à des mandataires, tenus eux aussi de respecter les dispositions du tarif, y compris celles portant sur le traitement confidentiel.

[183] Les opposants ont demandé que l'article 9 prévienne expressément que les renseignements fournis à une société étrangère afin d'aider à la répartition des redevances ne devraient pas leur permettre d'établir de lien avec les

background music suppliers or commercial establishments. This is unnecessary, since paragraph 9(2)(iii) already provides that NRCC can supply information to royalty claimants only “to the extent required to effect the distribution of royalties”.

[184] Finally, the tariff contains certain transitional provisions made necessary because the tariff takes effect on January 1, 2003 while it is being certified much later. Two tables set out multiplying factors to be used on sums owed in a given quarter or year. The factors were derived using previous month-end Bank Rates covering the period January 2003 to August 2006 as published by the Bank of Canada. We consider that a penalty over and above the interest factor should not be imposed on retroactive payments in this matter, as there was no way for users to estimate the amounts payable until the tariff was approved. Interest is not compounded. The amount owed for a quarter or year is the amount of the approved tariff multiplied by the factor set out for that quarter or year. We hope that this will greatly simplify the users’ calculations and the collectives’ verifications.

renseignements obtenus de fournisseurs ou d’établissements spécifiques. Cette mesure est inutile, puisque l’alinéa 9(2)(iii) prévoit déjà que la SCGDV ne peut fournir ces renseignements que « dans la mesure où cela est nécessaire pour effectuer la distribution ».

[184] Enfin, le tarif contient certaines dispositions transitoires qui sont nécessaires parce que le tarif prend effet le 1^{er} janvier 2003 bien qu’il soit homologué beaucoup plus tard. Deux tableaux fournissent les facteurs de multiplication qui seront appliqués aux sommes dues pour les usages effectués durant un trimestre ou une année donnés. Les facteurs ont été établis en utilisant le taux officiel d’escompte en vigueur le dernier jour du mois précédent pour la période allant de janvier 2003 à août 2006 tel qu’il a été publié par la Banque du Canada. Nous estimons que cette affaire ne nécessite pas l’imposition d’une pénalité en sus du facteur d’intérêt pour les paiements rétroactifs puisque les utilisateurs n’étaient pas en mesure d’estimer le montant éventuel du tarif homologué par la Commission. L’intérêt n’est pas composé. Le montant dû pour une période donnée est le montant des redevances établi conformément au tarif, multiplié par le facteur fourni pour la période en question. Nous espérons que ces mesures simplifieront de beaucoup les calculs et vérifications auxquels les utilisateurs et les sociétés de gestion devront se livrer.

Le secrétaire général,



Claude Majeau
Secretary General

ENDNOTES

1. *Copyright Act, 1921*, S.C. 11-12 Geo. V, c. 24, which came into force January 1st, 1924 – see also *Canadian Performing Right Society (Ltd) v. The Ford Hotel Co. of Montreal (Ltd)* [1935] 2 D.L.R. 392, first judicial decision on this issue.
2. Starting in 1924, makers of sound recordings held the right to perform them in public. In 1971, the Copyright Appeal Board certified tariffs for such performances. Shortly thereafter, the *Act* was amended and that right was abolished.
3. March 31, 2002, was a Sunday. April 1, 2002, was a holiday.
4. Also referred to as “performance”.
5. Also referred to as “public telecommunication”, “telecommunication” or “communication”.
6. Exhibit NRCC-18 identifies the following SOCAN tariffs as applying to uses to which the NRCC background music tariff also applies: Adult Entertainment Clubs (3.C), Exhibitions and Fairs (5), Motion Picture Theatres (6), Receptions, Conventions, Assemblies and Fashion Shows (8), Theme Parks (12), Public Conveyances (13), Background Music not Covered by Tariff No. 16 (15) and Background Music Supply (16).
7. See [Board’s decision of July 31, 1991](#) on various SOCAN’s tariffs for the year 1991.
8. Exhibit NRCC-4 (hereafter, the “Audley-Hyatt Report”).

NOTES

1. *Loi de 1921 concernant le droit d’auteur*, L.C. 11 et 12 Geo. V, c. 24, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1924 – voir aussi *Canadian Performing Right Society (Ltd) c. The Ford Hotel Co. of Montreal (Ltd)* (1935), 73 C.S. 18, première décision judiciaire à traiter de la question.
2. Dès 1924, les producteurs d’enregistrements sonores détenaient le droit d’exécuter ces enregistrements en public. En 1971, la Commission d’appel du droit d’auteur homologuait des tarifs visant ces exécutions. Peu après, la *Loi* était modifiée et le droit, aboli.
3. Le 31 mars 2002 était un dimanche et le 1^{er} avril 2002, un jour férié.
4. Également désignée sous le nom « exécution ».
5. Également désignée sous le nom de « télécommunication publique », « télécommunication » ou « communication ».
6. La pièce NRCC-18 indique que les tarifs suivants de la SOCAN s’appliquent à des utilisations auxquelles s’applique aussi le tarif relatif à la musique de fond de la SCGDV : Clubs de divertissement pour adultes (3.C); Expositions et foires (5); Cinémas (6); Réceptions, congrès, assemblées et défilés de mode (8); Parcs thématiques (12); Transports publics (13); Musique de fond non comprise dans le tarif n° 16 (15); Fournisseurs de musique (16).
7. Voir [décision de la Commission du 31 juillet 1991](#) portant sur divers tarifs de la SOCAN pour l’année 1991.
8. Pièce NRCC-4 (ci-après, le « rapport Audley-Hyatt »).

9. See [Board's decision of October 14, 2005](#) certifying SOCAN-NRCC Tariff for Commercial Radio for the years 2003 to 2007, at p. 27.
10. *SOCAN-NRCC Pay Audio Services Tariff, 2003-2006* (hereafter, the "Pay Audio Tariff").
11. Exhibit SUPPLIERS-1.
12. *Supra* note 7. See also [Board's decision of March 19, 2004](#) dealing with various SOCAN tariffs for the years 1998 to 2007 (hereafter, "*SOCAN Multiple Licences (2004)*").
13. Testimony of Mr. Trumble, tr., at p. 1130.
14. See [Board's decision of March 15, 2002](#) certifying SOCAN-NRCC Pay Audio Services Tariff for the years 1997 to 2002 (hereafter, "*Pay Audio (2002)*"), at p. 7.
15. Testimony of Mr. Trumble, tr., at pp. 1133-1143 and testimony of Mr. Frank, tr., at p. 956.
16. Audley-Hyatt Report, at ¶ 32.
17. *Ibid.*, at ¶ 35.
18. *Ibid.*, at ¶ 36, 37.
19. See [Board's decision of September 20, 1996](#) certifying several SOCAN tariffs for the years 1994 to 1997, including Tariff 16 (hereafter, "*SOCAN 16 (1996)*"), at p. 25.
20. Appendix C to the Audley-Hyatt Report reviews the complete history of SOCAN's background music tariffs.
9. Voir [décision de la Commission du 14 octobre 2005](#) homologuant le tarif SOCAN-SCGDV pour la radio commerciale pour les années 2003 à 2007, à la p. 27.
10. *Tarif SOCAN-SCGDV applicable aux services sonores payants, 2003-2006*, (ci-après, le « tarif des services sonores payants »).
11. Pièce SUPPLIERS-1.
12. *Supra* note 7. Voir aussi la [décision de la Commission du 19 mars 2004](#) portant sur divers tarifs de la SOCAN pour les années 1998 à 2007 (ci-après, « *SOCAN licences multiples (2004)* »).
13. Témoignage de M. Trumble, tr., à la p. 1130.
14. Voir [décision de la Commission du 15 mars 2002](#) homologuant le tarif SOCAN-NRCC pour les services sonores payants pour les années 1997 à 2002 (ci-après, « *Services sonores payants (2002)* »), à la p. 7.
15. Témoignage de M. Trumble, tr., aux pp. 1133 à 1143 et témoignage de M. Frank, tr., à la p. 956.
16. Rapport Audley-Hyatt, au ¶ 32.
17. *Ibid.*, au ¶ 35.
18. *Ibid.*, aux ¶ 36 et 37.
19. Voir [décision de la Commission du 20 septembre 1996](#) homologuant divers tarifs de la SOCAN pour les années 1994 à 1997 et portant notamment sur le tarif 16 (ci-après, « *SOCAN 16 (1996)* »), à la p. 25.
20. L'annexe C du rapport Audley-Hyatt passe en revue l'historique complet des tarifs de la SOCAN applicables à la musique de fond.

21. See [Board's decision of August 13, 1999](#) certifying NRCC Commercial Radio Tariff for the years 1998 to 2002 (hereafter, "NRCC Commercial Radio (1999)"), at p. 30 (footnotes omitted).
 22. [Board's decision of December 17, 1999](#) certifying the *Private Copying Tariff, 1999-2000*, at p. 27.
 23. *Supra* note 14, at p. 14.
 24. This was the path followed in *Pay Audio (2002)*.
 25. *NRCC v. SOCAN et al.*, (2003) FCA 302.
 26. *Supra* note 21, at p. 27.
 27. *Ibid.*, at p. 32.
 28. See [Board's decision of September 29, 2000](#) certifying NRCC's tariff for CBC Radio for the years 1998 to 2002.
 29. *Supra* note 9, at p. 29.
 30. The English version of the tariff is not as clear as it could be on the issue. The French version, however, could not be more clearer.
 31. *Supra* note 19, at p. 27.
 32. *Supra* note 14, at p. 16.
 33. See [Board's decision of March 28, 2003](#) certifying the CSI tariff for commercial radio stations for the years 2001 to 2004, at p. 13.
 34. *Supra* note 9, at p. 27.
 35. For MusiquePlus, see [Board's decision of November 16, 2000](#) fixing the royalties and
21. Voir [décision de la Commission du 13 août 1999](#) homologuant le tarif de la SCGDV pour la radio commerciale pour les années 1998 à 2002 (ci-après, « *SCGDV Radio commerciale (1999)* »), à la p. 30 (renvois omis).
 22. [Décision de la Commission du 17 décembre 1999](#) homologuant le *Tarif pour la copie privée, 1999-2000*, à la p. 27.
 23. *Supra* note 14, à la p. 14.
 24. Cette méthode a été suivie dans *Services sonores payants (2002)*.
 25. *SCGDV c. SOCAN et al.*, (2003) CAF 302.
 26. *Supra* note 21, à la p. 27.
 27. *Ibid.*, à la p. 32.
 28. Voir [décision de la Commission du 29 septembre 2000](#) homologuant le tarif de la SCGDV visant la radio de Radio-Canada pour les années 1998 à 2002.
 29. *Supra* note 9, à la p. 29.
 30. La version anglaise du tarif n'est pas aussi claire qu'elle le pourrait sur cette question. La version française, par contre, est on ne peut plus claire.
 31. *Supra* note 19, à la p. 27.
 32. *Supra* note 14, à la p. 16.
 33. Voir [décision de la Commission du 28 mars 2003](#) homologuant le tarif de la CSI pour les stations de radio commerciales pour les années 2001 à 2004, à la p. 13.
 34. *Supra* note 9, à la p. 27.
 35. Pour MusiquePlus, voir [décision de la Commission du 16 novembre 2000](#) fixant les

conditions of SODRAC's licence for MusiquePlus. For commercial radio stations, see *supra* note 33. For ringtones providers, see [Board's decision of August 18, 2006](#) with respect to ringtones for the years 2003 to 2005.

droits et modalités de la licence de la SODRAC pour MusiquePlus. Pour les stations de radio commerciales, voir *supra* note 33. Pour les fournisseurs de sonneries, voir la [décision de la Commission du 18 août 2006](#) à l'égard des sonneries pour les années 2003 à 2005.

36. *Supra* note 20.

36. *Supra* note 20.

37. Tr., at pp. 1141-2. MAP stands for Music Application Program, a proprietary method DMX uses to help commercial customers determine the music most appropriate for their business.

37. Tr., aux pp. 1141 et 1142. Le sigle MAP signifie « *Music Application Program* », une méthode exclusive à DMX pour aider ses clients commerciaux à identifier la musique la mieux adaptée à leur entreprise.

38. *Supra* note 19, at p. 28.

38. *Supra* note 19, à la p. 28.

39. See, for example, the testimony of Mr. Trumble at ¶ 121 of the decision.

39. Voir, par exemple, le témoignage de M. Trumble au ¶ 121 de la décision.

40. *Supra* note 12, at p. 13.

40. *Supra* note 12, à la p. 13.

41. *Ibid.*, at p. 51, endnote 17.

41. *Ibid.*, à la p. 51, note de fin de document 17.

42. If, for example, two successive 12-month periods had an inflationary adjustment of 2 per cent each, the cumulative adjustment would be 4.04 per cent. This corresponds to the sum of the two annual adjustments (of 2 per cent), plus the cumulated effect of the second adjustment on the first.

42. Si par exemple, deux périodes successives de 12 mois comportaient un rajustement inflationniste de 2 pour cent pour chacune d'elles, le rajustement cumulatif à apporter serait de 4,04 pour cent. Ce rajustement correspond à la somme des deux rajustements annuels (de 2 pour cent), plus l'effet cumulé du deuxième rajustement sur le premier.

43. *Supra* note 21, at p. 3.

43. *Supra* note 21, à la p. 3.

44. Subsections 32.2(2) and 32.2(3) of the *Act* provide some exceptions applying among others to fairs, exhibitions and charitable organizations.

44. La *Loi* prévoit certaines exceptions aux articles 32.2(2) et 32.2(3) s'appliquant notamment aux foires, expositions et organismes charitables.

TABLE I / TABLEAU I**CONVERSION OF RATES
CONVERSION DES TAUX**

(1)	Average annual payment of restaurants to background music suppliers Paiement annuel moyen des restaurants aux fournisseurs de musique de fond	\$840
(2)	Rate paid to background music suppliers Taux payé aux fournisseurs de musique de fond	3.2 %
(3)	Average Royalties (1) × (2) Redevances moyennes (1) × (2)	\$26.88
(4)	Average capacity of a restaurant Capacité moyenne d'un restaurant	60
(5)	Royalties per unit of capacity (3) ÷ (4) Redevances par unité de capacité (3) ÷ (4)	\$0.45
(6)	Number of days of operation in a year Nombre de jours d'exploitation par année	300
(7)	Royalties per unit of capacity per day (5) ÷ (6) Redevances quotidiennes par unité de capacité (5) ÷ (6)	\$0.0015
(8)	Average number of persons per unit of capacity Nombre moyen de personnes par unité de capacité	2
(9)	Royalties per person (7) ÷ (8) Redevances par personne (7) ÷ (8)	\$0.0008
(10)	Number of square feet per person Nombre de pieds carrés par personne	6.458
(11)	Royalties per square feet per day (7) ÷ (10) Redevances quotidiennes au pied carré (7) ÷ (10)	\$0.00023
(12)	Number of square metres per person Nombre de mètres carrés par personne	0.6
(13)	Royalties per square metre per day (7) ÷ (12) Redevances quotidiennes au mètre carré (7) ÷ (12)	\$0.0025