



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

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

Public Performance of Music

Exécution publique de la musique

Copyright Act, Section 67.2

Loi sur le droit d'auteur, article 67.2

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

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

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Mr. Justice Donald Medhurst
Michel Hétu, Q.C.
Dr. Judith Alexander
Mr. Michel Latraverse

Motifs exprimés par :

M. le juge Donald Medhurst
Michel Hétu, c.r.
M^{me} Judith Alexander
M^e Michel Latraverse

*Additional reasons delivered by
Member Latraverse concerning
Tariff 2.A.1*

*Motifs additionnels exprimés par le
Commissaire Latraverse concernant
le tarif 2.A.1*

Date of the Decision

December 6, 1993

Date de la décision

Le 6 décembre 1993

Ottawa, December 6, 1993

Ottawa, le 6 décembre 1993

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

Public Performance of Music

**Reasons for the decision certifying the following
Tariffs of SOCAN's Statement of Royalties:**

FOR THE YEARS 1990 TO 1993:

2.A.1 Commercial Television

FOR THE YEARS 1992 AND 1993:

10 Public Parks, Streets or Squares

FOR THE YEAR 1993:

- 1.A Commercial Radio
- 2.B Ontario Educational Communications Authority
- 2.C *Société de radio-télévision du Québec*
- 3 Cabarets, Cafes, Clubs, Cocktail Bars, Dining Rooms, Lounges, Restaurants, Roadhouses, Taverns and Similar Establishments
- 5.A Exhibitions and Fairs
- 12 Ontario Place Corporation, Canada's Wonderland and Other Similar Operations
- 13.A Aircraft
- 14 Performance of an Individual Work
- 15 Background Music in Establishments not covered by Tariff No. 16
- 16 Music Suppliers
- 18 Recorded Music for Dancing
- 20 Karaoke Bars and Similar Premises

INTRODUCTION

Pursuant to section 67 of the *Copyright Act* (hereinafter, "the Act"), the Society of Composers, Authors and Publishers of Music of Canada (SOCAN) filed with the Board a statement of proposed royalties for the public performance, or the communication to the public by telecommunication in 1993, in Canada, of musical or dramatico-musical works. Similar filings were made for the years 1990 to 1992.

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

Exécution publique de la musique

**Motifs de la décision certifiant les tarifs suivants
de la SOCAN :**

POUR LES ANNÉES 1990 À 1993 :

2.A.1 Télévision commerciale

POUR LES ANNÉES 1992 ET 1993 :

10 Parcs, rues ou places publiques

POUR L'ANNÉE 1993 :

- 1.A Radio commerciale
- 2.B Office de la télécommunication éducative de l'Ontario
- 2.C *Société de radio-télévision du Québec*
- 3 Cabarets, cafés, clubs, bars à cocktail, salles à manger, foyers, restaurants, auberges, tavernes et établissements du même genre
- 5.A Expositions et foires
- 12 *Ontario Place Corporation, Canada's Wonderland* et autres établissements du même genre
- 13.A Avions
- 14 Exécution d'œuvres particulières
- 15 Musique de fond dans les établissements non assujettis au tarif n° 16
- 16 Fournisseurs de musique
- 18 Musique enregistrée utilisée à des fins de danse
- 20 Bars karaoké et établissements du même genre

INTRODUCTION

Conformément à l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après, «la Loi»), la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé auprès de la Commission un projet de tarif des droits à percevoir pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, en 1993. Des projets au même effet avaient été déposés pour les années 1990 à 1992.

The statement was published in the *Canada Gazette* on September 26, 1992. At the same time, the Board gave notice to users of their right to file objections to the proposed tariff no later than October 24, 1992. Statements filed for the years 1990 to 1992 had been published in a similar fashion.

The following gives reasons for Tariff 2.A.1 (for 1990 to 1993), Tariff 10 (for 1992 and 1993) as well as Tariffs 1.A, 2.B, 2.C, 3, 5.A, 12, 13.A, 14, 15, 16, 18 and 20 (for 1993). Other tariffs will be disposed of later.

On September 23, 1993, SOCAN asked that the Board amend the 1993 proposed statement as of September 1 of that year. Bill C-88 (now S.C. 1993, ch. 23) allowed SOCAN to make such a request in order to ensure that it collect royalties for the communication to the public by telecommunication of musical works. Out of an abundance of caution, the Board granted SOCAN's request. The issue of whether SOCAN could collect royalties for such communications before September 1, 1993 remains unsettled.

TARIFF WORDING

The Board continues to be concerned about the wording of the tariffs it certifies. SOCAN has been advised in the past that the Board often finds the wording of the public performance tariffs outdated or unnecessarily complicated, and that the tariffs probably ought to reflect the drafting principles used for the retransmission tariffs.

It is in this spirit that several modifications have been made to the tariffs certified in this decision. These changes were made after several consultations with SOCAN. The Board also asked for and received comments from the objectors to Tariffs 1.A and 2.A.1. The valuable cooperation of all these persons is acknowledged. These changes do not alter the substance of the tariffs but aim at making them more accessible to the general public.

The changes made to these tariffs are but a first step in what of necessity will be a longer term exercise. Users and SOCAN should feel free to comment on those changes, since the Board intends to subject all of the 1994 tariff to a similar examination.

Ce projet de tarif a été publié dans la *Gazette du Canada*, le 26 septembre 1992. À cette occasion, la Commission avisa les utilisateurs éventuels et leurs représentants qu'ils pouvaient s'opposer à la certification du tarif, au plus tard le 24 octobre 1992. Les projets déposés à l'égard des années 1990 à 1992 avaient aussi été publiés auparavant.

Les présents motifs portent sur le tarif 2.A.1 (pour 1990 à 1993), le tarif 10 (pour 1992 et 1993) ainsi que les tarifs 1.A, 2.B, 2.C, 3, 5.A, 12, 13.A, 14, 15, 16, 18 et 20 (pour 1993). Les autres tarifs feront l'objet de décisions ultérieures.

Le 23 septembre 1993, la SOCAN demandait à la Commission de modifier le projet de tarif avec effet à compter du 1^{er} septembre de cette année. Le projet de loi C-88, devenu le chapitre 23 des lois de 1993, permet à la SOCAN de formuler une telle requête afin de s'assurer qu'elle soit en mesure de percevoir des redevances pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales. Par souci de prudence, la Commission a fait droit à la demande. La question de savoir si la SOCAN peut percevoir des redevances pour les télécommunications effectuées avant le 1^{er} septembre reste ouverte.

FORMULATION DES TARIFS

La Commission se soucie toujours de la formulation des tarifs qu'elle certifie. Elle a avisé la SOCAN qu'elle considère la formulation des tarifs pour l'exécution publique de la musique trop souvent archaïque ou inutilement compliquée, et qu'il y aurait avantage à s'inspirer des principes de rédaction qui ont servi en matière de retransmission.

C'est dans cet esprit que les tarifs certifiés par les présentes ont été reformulés. Les modifications ont fait l'objet de plusieurs consultations avec la SOCAN. La Commission a par ailleurs demandé et obtenu des commentaires de la part des opposants aux tarifs 1.A et 2.A.1. La Commission souhaite remercier toutes ces personnes de leur collaboration. Les modifications ne changent pas le contenu des tarifs; elles visent plutôt à en rendre la lecture plus accessible au public.

Les modifications apportées à ces tarifs ne sont que le début d'un effort qui se veut nécessairement à plus long terme. Les usagers et la SOCAN sont invités à faire parvenir leurs commentaires à ce sujet, car la Commission entend soumettre tous les tarifs de 1994 au même examen.

TARIFF 1.A (COMMERCIAL RADIO)**INTRODUCTION**

Commercial radio stations have paid 3.2 per cent of their gross revenues to the performing rights societies since 1978.¹ In 1987, the societies asked for an increase to 3.5 per cent, while the Canadian Association of Broadcasters (CAB) requested that the rate be lowered to 2.9 per cent; the Copyright Appeal Board declined to change the rate. An agreement keeping the rate at 3.2 per cent from 1988 to 1992 was approved by the Appeal Board in 1988 and 1989, and by this Board in 1990. In 1991, Standard Broadcasting and CFMX asked a reduced rate for stations using less protected music; the Board set a "low-use" rate of 1.4 per cent for stations using protected music for less than 20 per cent of their broadcast time. In 1992, SOCAN asked that stations be required to maintain and hold available appropriate records before they could claim the low-use rate. The Board declined on the grounds that the audit clause provided SOCAN with sufficient means to verify the validity of any such claim.

In its statement of proposed royalties for 1993, SOCAN requested three changes to the commercial radio tariff. It asked that the rates be increased to 5 and 2.2 per cent respectively. It suggested that the eligibility to the low-use tariff be determined monthly rather than yearly. Finally, it requested that stations claiming to be low-users be expressly required to establish their status.

CAB, Standard and CFMX filed objections. They ask that the general rate be lowered to 2.8 per cent and that the low-use rate be maintained at 1.4 per cent. They concur with determining the applicable rate on a monthly basis, but object to SOCAN's request that a station bear the burden of establishing its entitlement to the low-use rate. Finally, they ask that music used in interstitial programming (such as commercials, public service announcements and jingles), the so-called "production music", be expressly excluded from the calculation of the use of music.

The hearing into this tariff took place over seven days between June 15 and 23, 1993.

TARIF 1.A (RADIO COMMERCIALE)**INTRODUCTION**

Les stations de radio commerciales paient 3,2 pour cent de leurs revenus bruts aux sociétés de gestion des droits d'exécution publique depuis 1978.¹ En 1987, les sociétés demandèrent que ce taux soit porté à 3,5 pour cent; l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) demanda qu'il soit ramené à 2,9 pourcent. La Commission d'appel du droit d'auteur maintint le statu quo. Une entente maintenant le taux à ce niveau pour les années 1988 à 1992 fut homologuée par la Commission d'appel en 1988 et 1989, et par cette Commission en 1990. En 1991, *Standard Broadcasting* et CFMX demandèrent l'établissement d'un taux réduit pour les stations utilisant moins de musique protégée; la Commission établit un taux de 1,4 pour cent pour les stations utilisant de la musique protégée durant moins de 20 pour cent de leur temps d'antenne (les «petits utilisateurs»). En 1992, la SOCAN demanda que les stations soient obligées de tenir une documentation permettant d'établir leur usage de musique protégée avant de pouvoir se réclamer du statut de petit utilisateur. La Commission refusa au motif que la clause de vérification suffisait pour permettre à la SOCAN de confirmer une telle réclamation.

Dans son projet de tarif de droits pour 1993, la SOCAN propose trois modifications au tarif applicable à la radio commerciale. Elle demande que les taux soient portés à 5 et 2,2 pour cent. Elle propose que le statut de petit utilisateur soit établi à chaque mois plutôt que pour toute l'année. Enfin, elle voudrait qu'obligation expresse soit faite aux stations se réclamant du statut de petit utilisateur d'établir leur éligibilité.

L'ACR, Standard et CFMX ont déposé des oppositions. Elles demandent de ramener le taux généralement applicable à 2,8 pour cent; les petits utilisateurs continueraient d'être assujettis à un taux de 1,4 pour cent. Elles sont d'accord pour que le taux applicable soit déterminé à tous les mois, mais s'opposent à ce que la station ait le fardeau d'établir qu'elle a droit au taux réduit. Enfin, elles demandent qu'il ne soit pas tenu compte de la musique dite «de production», incorporée notamment aux messages publicitaires, aux messages d'intérêt public et aux ritournelles, aux fins d'établir le statut de petit utilisateur d'une station.

Les audiences portant sur ce tarif ont duré sept jours et se sont tenues du 15 au 23 juin 1993.

ANALYSIS

A. TIERING THE TARIFF

The Board agrees with the parties that the tiered tariff ought to be maintained. Mention was made during these proceedings of the possibility of setting further tiers in the tariff. Mr. Michel Arpin, Vice-President (Planning) and Corporate Secretary, Radiomutuel, confirmed that after careful examination, CAB found that a two-tiered tariff best corresponded to the needs of the Canadian market. SOCAN supported this approach. The Board concurs with Mr. Arpin's point of view.

B. CHANGING THE RATES

To support its request that the rates be raised, SOCAN puts forward several arguments. It maintains that the use of music by commercial radio stations has increased. It claims that the creation of the low-use tariff has distorted the rate. It states that the stations are able to pay more for their music. Finally, SOCAN underlined that its share of production costs had decreased over the last twenty years.

To support its claim for a lower rate, CAB first described what it sees as the parlous state of the industry. It pointed to the promotional benefits authors derive from radio air play. It argued that account should be taken of the rate paid by American radio stations. Finally, it outlined the various contributions made by radio stations to the music industry.

Based on the record of these proceedings, the Board is of the opinion that the rates should remain the same.

SOCAN's assertion that music use has increased relies first on a statement that the length of the "average" song has increased since 1987. The Board agrees with CAB that SOCAN's evidence in this respect is anecdotal and cannot be extrapolated to the whole industry; the witness himself declined to do so.²

SOCAN also claimed that the looser content requirements of the CRTC had encouraged the use of music. Its witness testified that the content of programs on AM and FM stations has converged³ and that the elimination of the spoken word requirement in 1993 should encourage that trend⁴. Again, the Board is of the opinion that the effect of

ANALYSE

A. LE MAINTIEN DE PLUS D'UN TAUX

La Commission partage le point de vue des parties à l'effet qu'il y a lieu de maintenir deux taux dans ce tarif. Durant les audiences, on a fait allusion à la possibilité d'établir plus que deux niveaux de tarification. M. Michel Arpin, Vice-président à la planification et secrétaire de Radiomutuel, a confirmé que l'ACR, après un examen poussé de la question, considère qu'un tarif comportant uniquement deux taux répond le mieux aux besoins du marché canadien. La SOCAN semble d'accord avec cette façon de procéder. La Commission partage le point de vue de M. Arpin.

B. LA MODIFICATION DES TAUX APPLICABLES

Au soutien de sa demande d'augmentation des taux, la SOCAN a mis de l'avant plusieurs arguments. Elle soutient que les stations de radio commerciales utilisent davantage de musique qu'auparavant. Elle prétend que l'établissement d'un taux pour les petits utilisateurs a invalidé le taux général. Elle affirme que les stations sont en mesure de payer plus de redevances pour la musique qu'elles utilisent. Enfin, elle souligne que sa part des coûts de production a diminué au cours des vingt dernières années.

Au soutien de sa demande de réduction de taux, l'ACR peint un portrait qu'elle dit précaire de l'état de santé de l'industrie. Elle fait état des bénéfices promotionnels que les auteurs obtiennent du fait que leurs œuvres sont jouées en ondes. Elle prétend qu'il y a lieu de tenir compte du taux payé par les stations de radio aux États-Unis. Enfin, elle énumère les nombreuses contributions que les stations de radio apportent à l'industrie de la musique.

Compte tenu de la preuve présentée à l'audience, la Commission est d'avis que les taux devraient être maintenus à leur niveau actuel.

Pour soutenir que l'usage de musique a augmenté, la SOCAN se fonde d'abord sur la prétention que la longueur moyenne d'une chanson a augmenté depuis 1987. La Commission partage l'avis de l'ACR à l'effet que la preuve déposée par la SOCAN à cet effet est anecdotique et ne peut être projetée pour l'ensemble de l'industrie, le témoin s'étant lui-même refusé à le faire.²

La SOCAN prétend par ailleurs que le relâchement des règles du CRTC portant sur le contenu encourage une utilisation plus grande de musique. Son témoin a affirmé que le contenu de la programmation des stations MA et MF avait convergé³ et que l'élimination en 1993 des exigences portant sur le contenu verbal devrait renforcer cette

looser content regulations is not clear in the evidence. Deregulation may remove barriers to a greater use of music; on the other hand, AM stations may lower their use of music (especially in larger markets) because they are unable to compete with the quality of sound offered on FM stations.

SOCAN also claimed that, all other things being equal, the average use of music in the group paying the higher rate must have increased since the Board has set a separate rate for low users. This statement is tautologically true. However, it is relevant only if the higher rate is meant to reflect an industry average which ought to be adjusted with each change in tariff structure. This is not the way the Board views that rate. The Board tiered the tariff to reflect a change in the behaviour of certain users. It considers the 3.2 per cent rate to be a fair price for those users who pay it, even after tiering the tariff. Any adjustments must therefore come as a result of other factors.

The Board has stated in the past that ability to pay is one of several factors that may be taken into account in setting the price of music. Understandably, SOCAN and CAB debated at some length the financial state of the industry.

Various witnesses argued the relative merits of using different indices to assess the industry's financial status. Some witnesses preferred using earnings before interest, depreciation and taxes (EBIDT) because it is not influenced by the age of fixed assets, the capital structure or accounting techniques. Others claimed a role for net earnings after tax (EAT) or earnings before interest and taxes (EBIT). EBIDT appears to be a more stable figure than EAT or EBIT; having said this, the Board considers that all these figures can provide useful information in determining a user's financial status. Furthermore, the conclusions they lead to appear to be similar on the whole.

First, it is clear that the radio industry has experienced hard times in the last several years. Profitability has deteriorated. Mr. Ronald Osborne, President and Chief Executive Officer of Maclean Hunter Limited, submitted that the profit levels are no longer sufficient to attract new investment.⁵ This is in stark contrast with the situation as it appeared to the

tendance.⁴ Encore une fois, la Commission est d'avis que la preuve ne permet pas d'établir clairement l'effet du relâchement des exigences portant sur le contenu. Certes, la déréglementation abolit les barrières empêchant une plus grande utilisation de musique; cela étant dit, les stations MA, incapables de produire un son de même qualité que celui offert par les stations MF, pourraient réduire leur utilisation de musique, particulièrement dans les grands marchés.

La SOCAN a aussi prétendu que, toutes choses étant égales par ailleurs, l'usage moyen de musique par les stations assujetties au taux le plus élevé se doit d'avoir augmenté du fait que la Commission a établi un taux distinct pour les petits utilisateurs. Il s'agit là d'une tautologie. Cet énoncé de fait n'est toutefois pertinent que si le taux plus élevé se voulait le reflet d'une moyenne pour l'industrie qu'il y aurait lieu d'ajuster à chaque fois que la structure tarifaire est modifiée. La Commission ne perçoit pas ce taux de cette façon. Elle a établi deux taux afin de refléter un changement dans la conduite de certains utilisateurs. Elle croit que le taux de 3,2 pour cent est un prix juste pour les utilisateurs qui y sont assujettis et ce, même une fois que le taux inférieur a été établi. Tout ajustement, le cas échéant, devra être fonction d'autres facteurs.

La Commission a établi par le passé que la capacité de payer est un facteur, parmi tant d'autres, dont on peut tenir compte dans l'établissement du prix de la musique. La SOCAN et l'ACR se sont donc penchées pendant un certain temps sur la situation financière de l'industrie.

Les témoins ont débattu du caractère plus ou moins pertinent de différents indices lorsqu'il s'agit de déterminer l'état des finances de l'industrie. Certains proposent d'utiliser les revenus avant intérêts, dépréciation et impôts (RAIDI) parce que l'âge des actifs immobilisés, la structure en capital ou les méthodes comptables n'influent pas sur ce chiffre. D'autres soutiennent que les revenus nets après impôts (RAI) ou les revenus avant intérêts et impôts (RAII) ont aussi leur rôle à jouer. Le RAIDI semble plus stable que le RAI ou le RAI; la Commission croit cependant que tous ces chiffres peuvent offrir de l'information utile lorsque vient le temps de se pencher sur la santé financière d'un utilisateur. Qui plus est, il semble qu'on puisse tirer dans l'ensemble des conclusions similaires de l'utilisation de l'un ou l'autre de ces chiffres.

Premièrement, l'industrie de la radio a clairement connu une période difficile au cours des dernières années. Sa profitabilité a diminué. M. Ronald Osborne, président et premier dirigeant de la société *Maclean Hunter*, a soutenu que les rendements ne suffisent plus à attirer de nouveaux investisseurs.⁵ Cela diffère grandement de la situation telle qu'elle était apparue en 1987 à la Commission d'appel du droit

Copyright Appeal Board in 1987, when it perceived that "the industry is continuing to expand".

Second, it appears that the deterioration of the industry's profitability has halted. However, the industry has not regained the health of its golden years. It also remains to be seen whether its fortunes are improving or whether profits have merely stopped falling. Mr. Kirk, an investment analyst with Burns Fry Research, offered the opinion that the industry has bottomed out, is starting to improve, and will experience further growth over the next few years.⁶ However, his answers during cross-examination brought out the difficulty of determining at this point in time whether profit in the industry is truly at a minimum, or whether this is merely an inflection point.⁷ The patient's health has stabilized; this does not tell us whether or when it will recover.

Third, the deterioration in the industry's performance has occurred for reasons that have nothing to do with the rates being paid for the performance of music. Furthermore, nothing in the evidence convinced the Board that the industry is less able to pay for its music than it was five or ten years ago.

On another issue, Professor Liebowitz pointed out that the ratio of the cost of performing rights to the cost of other production inputs has dropped. He asserted that in a free market music payments would grow at the same rate as other programming costs. He stated that in order for music performance rights to represent the same share of programming expenses as they did in 1972, the rate would have to be raised to 3.74 per cent.⁸ SOCAN asked that the rate be increased accordingly. The Board rejects this approach for two reasons.

First, it is necessarily true that if music royalties are linked to revenues they will grow at a rate different from that of other programming costs unless these other costs also faithfully track revenues.⁹ This is an inevitable result of the pricing formula put forward by the music societies some thirty years ago, and adopted by this Board and its predecessor ever since. The Board could establish a tariff based on profits, costs or any other rational variable. Of course, any alternative pricing strategy would introduce its own set of problems. Furthermore, this is not what SOCAN is proposing.

d'auteur, qui énonçait que «l'industrie est toujours en expansion».

Deuxièmement, il semble que la situation se soit stabilisée, sans que l'industrie ait retrouvé la santé de ses plus belles années. Par ailleurs, on ne saurait dire si son sort est en train de s'améliorer, ou si les profits ont simplement cessé de chuter. M. Kirk, analyste en investissements auprès de la firme *Burns Fry Research*, a émis l'opinion que l'industrie a atteint son niveau le plus bas, qu'elle commence à s'améliorer et qu'elle connaîtra une certaine croissance au cours des prochaines années.⁶ Ses réponses au contre-interrogatoire n'en ont pas moins fait ressortir à quel point il est difficile à ce moment d'établir si les profits de l'industrie ont vraiment atteint leur niveau le plus bas, ou s'il ne s'agit que d'un simple répit dans une tendance qui ira en s'accroissant.⁷ Le fait que le malade soit stable ne nous dit pas s'il guérira ou quand cela surviendra.

Troisièmement, la perte de rendement de l'industrie a sa source dans des causes qui n'ont rien à voir avec le prix qu'elle paie pour la musique qu'elle exécute. Qui plus est, rien dans la preuve ne convainc la Commission que l'industrie est moins en mesure de payer pour cette musique qu'elle l'était il y a cinq ou dix ans.

Le professeur Liebowitz a par ailleurs fait ressortir la baisse du rapport entre le coût des droits d'exécution et celui des autres intrants de production. Il a soutenu que dans un marché libre, les droits musicaux croîtraient au même rythme que les autres coûts de programmation. Pour que les droits d'exécution de la musique représentent la même part des dépenses de programmation qu'en 1972, il faudrait selon lui augmenter le taux à 3,74 pour cent.⁸ La SOCAN a demandé à ce que le taux soit ajusté à l'avenant. La Commission n'entend pas procéder de cette façon et ce pour deux motifs.

Premièrement, il est évident que les redevances pour la musique fluctueront de façon différente des autres coûts de programmation si elles sont fonction des revenus, à moins que ces autres coûts calquent eux aussi les fluctuations des revenus.⁹ Ce résultat découle nécessairement de la formule tarifaire mise de l'avant par les sociétés il y a plus de trente ans, et retenue depuis par cette Commission et celle qui l'a précédée. On pourrait établir un tarif qui soit fonction de profits, des coûts ou de toute autre variable pertinente. L'introduction d'une nouvelle stratégie de prix entraînerait son propre bagage de difficultés. Qui plus est, ce n'est pas ce que la SOCAN demande à la Commission de faire.

Second, in order to link music royalties and other programming expenses, one must assume that in a free market, the relative share of production inputs does not change significantly over time. That assumption is explicitly contradicted in Professor Liebowitz's own report.¹⁰ In the period he selected, total programming expenses grew by 494 per cent, but growth rates for individual inputs ranged from 55 per cent to 1112 per cent. The market for none of these is regulated.¹¹

The Board is also unconvinced by the evidence presented by CAB in support of a rate reduction.

CAB stated that radio air play promotes the sale of recordings. It argued that it is in the interest of creators to have their work played and therefore, this should be taken into account in setting the tariff. In the Board's view, this is but one case of a symbiotic relationship between different industries, with no direct bearing on the price.

CAB also argued that since Canadian stations have access to the same repertoire as American stations, they should pay a rate no higher than that in the United States.¹² Indeed, it added that the differences between the Canadian and American markets were such that Canadian stations should pay a lower rate. Rates paid in the United States and in other countries are always interesting and can be useful; they are, however, only one part of the puzzle for setting rates in Canada, where conditions may be different.¹³ In the case at hand, conditions in the Canadian and American markets are significantly different, if only because most of the American regime is articulated around a consent decree. We explain later why the Board finds that this is sufficient to distinguish the Canadian and American markets in the context of the reasons for the commercial television tariff.¹⁴

CAB finally argued that the Board should take into account the financial and non-financial contributions made by the Canadian radio industry to artists. Stations are required to play music qualifying as Canadian content for 30 per cent of their broadcast day. Other conditions favourable to Canadian artists are set out in various licence conditions. Contributions include cash payments to organizations such as the Foundation to Assist Canadian Talent on Records (FACTOR) and its francophone equivalent, MUSICACTION. Further cash contributions (talent searches, music competitions, etc.) bring the total to ten million dollars. Finally, CAB valued contributions in kind (free air time for concert promotion and new talent launching, lending of facilities for music recording) at some fourteen million dollars.

Deuxièmement, l'établissement d'un lien entre les redevances pour la musique et les autres coûts de programmation suppose qu'on tienne pour acquis que dans un marché libre, la part relative des intrants de production reste à peu près toujours la même. Le rapport déposé par le professeur Liebowitz contredit expressément cette hypothèse.¹⁰ Durant la période utilisée par le témoin pour ses calculs, les dépenses totales de programmation ont augmenté de 494 pour cent, mais le taux de croissance des divers intrants non réglementés a varié de 55 pour cent à 1112 pour cent.¹¹

La Commission n'est pas convaincue non plus par la preuve présentée par l'ACR au soutien d'une réduction de taux.

L'ACR souligne que la diffusion d'un enregistrement sert à en promouvoir la vente. Elle soutient que les créateurs trouvent leur intérêt à la diffusion de leurs œuvres et que, par conséquent, il faudrait en tenir compte dans l'établissement du tarif. La Commission est d'avis qu'il s'agit là d'un cas parmi d'autres de rapport symbiotique entre deux industries, sans lien direct avec le prix.

L'ACR a aussi soutenu que les stations canadiennes, ayant accès au même répertoire que les stations américaines, ne devraient pas payer plus cher que ces dernières pour leur musique,¹² allant même jusqu'à prétendre que compte tenu des différences de marché entre le Canada et les États-Unis, les stations canadiennes devraient payer moins cher. Le prix américain, comme les autres prix étrangers, présente toujours un certain intérêt, et peut s'avérer utile; il ne s'agit toutefois que d'un élément pouvant servir à établir un prix pour le Canada, où les conditions peuvent être différentes.¹³ Dans l'espèce, les conditions des marchés canadien et américain sont fort différentes, ne serait-ce que parce que le régime américain est fondé sur un *consent decree*. La présente décision expose les motifs qui amènent la Commission à conclure que cela suffit à établir une distinction entre les marchés canadien et américain dans la section traitant du tarif applicable à la télévision commerciale.¹⁴

L'ACR a enfin soutenu que la Commission devrait tenir compte de l'apport en espèces et en nature fourni aux artistes par l'industrie de la radio. Les stations doivent jouer de la musique dont le contenu canadien répond aux normes durant 30 pour cent de leur temps d'antenne. Plusieurs autres conditions de licence établissent des conditions favorables aux artistes canadiens. Les contributions en espèces comprennent les sommes payées à des organismes tels la *Foundation to Assist Canadian Talent on Records* (FACTOR) et son pendant francophone, MUSICACTION. D'autres contributions en espèces (recherche de talents, concours de musique, etc.) portent leur total à dix millions de dollars. Enfin, l'ACR évalue à quatorze millions de dollars les contributions en nature: temps d'antenne gratuit pour la promotion de concert ou le lancement de nouveaux

The manner in which the radio and music industries provide mutual support has been outlined by CAB in previous proceedings before the Copyright Appeal Board. Again, such symbiosis is not unusual between market sectors. This does not mean that these contributions should be discounted, especially since a large part of these contributions benefit performers rather than composers.¹⁵ Any contributions are already factored into the financial picture of the industry; no further account ought to be taken of them.

C. CHANGING THE PERIOD USED TO DETERMINE A STATION'S STATUS AS A LOW USER

The parties also agree to determine the low-user status monthly. This is the same period as that used to establish the royalties. The Board agrees.

D. THE BURDEN OF ESTABLISHING LOW-USER STATUS

SOCAN's request that the station claiming to be a low-user of music bear the burden of establishing its status is not a new one. It was discussed during the 1992 hearing. Objectors disagree with any wording that would create a reverse onus on a station; they add that in view of SOCAN's right of audit, it is unlikely that a station would misrepresent its true use of music to SOCAN.

This issue requires the Board to carefully balance the rights and obligations of SOCAN and of radio stations, to minimize the burden imposed on each of them. SOCAN should feel confident that the low-user rate is not being abused, but the reporting requirements should not be such that those entitled to it hesitate to pay that rate.

talents canadiens, prêt d'équipements pour fins d'enregistrement.

L'ACR avait déjà souligné durant des audiences précédentes devant la Commission d'appel du droit d'auteur la façon dont les industries de la radio et de la musique se soutiennent mutuellement. Encore une fois, une telle symbiose existe souvent dans les rapports de marchés. Cela ne veut pas dire qu'il faille escompter ces contributions, d'autant plus qu'une large part de celles-ci profite aux exécutants plutôt qu'aux compositeurs.¹⁵ Ces contributions ayant déjà été portées au bilan financier de l'industrie, n'y a pas lieu d'en tenir compte davantage.

C. CHANGEMENT DE LA PÉRIODE SERVANT À ÉTABLIR LE STATUT DE PETIT UTILISATEUR

Les parties s'entendent par ailleurs pour établir le statut de petit utilisateur à chaque mois, ce qui est la période servant à établir le montant de la redevance. La Commission partage ce point de vue.

D. LE FARDEAU D'ÉTABLIR LE STATUT DE PETIT UTILISATEUR

La demande de la SOCAN à l'effet que la station se disant être un petit utilisateur de musique ait le fardeau d'établir son statut n'est pas nouvelle. Il en fut question lors des audiences de 1992. Les opposants s'objectent à toute formulation qui entraînerait un renversement du fardeau de la preuve; ils ajoutent que compte tenu du droit de vérification dont dispose la SOCAN, il est peu probable qu'une station tente de camoufler l'usage véritable qu'elle fait de la musique.

Cette question exige que la Commission maintienne un équilibre judicieux entre les droits et les devoirs de la SOCAN et des stations de radio, de façon à minimiser le fardeau que chacun devraporter. D'une part, la SOCAN ne devrait pas avoir à craindre que le statut de petit utilisateur soit réclamé à tort et à travers; d'autre part, les exigences de rapport ne doivent pas décourager le petit utilisateur de payer un taux auquel il a droit.

Fortunately, current industry practices may provide an answer to this dilemma. CRTC regulations already require that radio stations keep tapes of their last twenty-eight broadcast days. These tapes are an exact picture of a station's daily use of music, and could serve to determine whether a station is entitled to pay the low user rate. However, the period during which they are kept is too short, given that the reference period used in setting the tariff goes back at least sixty days; SOCAN cannot be expected to audit a low-use claim before it is made. Inquiries made with the parties confirmed that keeping these tapes for a period of ninety days would not impose an undue burden on those paying the lower rate. The only incremental costs associated with this measure would relate to tape purchase and storage costs. This approach seems to offer a good compromise between the parties' positions.

E. PRODUCTION MUSIC

The status of production music was debated before the Board during the 1991 and 1992 tariff hearings. Objectors to the 1991 tariff claimed that the performing rights to such music were "cleared" at the source, while SOCAN maintained that this could not occur since all rights were being assigned to it. The evidence regarding the source of production music was fragmentary and confusing, and none demonstrated that production music was less important than feature music to a radio station.

During these hearings, CAB claimed that excluding this material would make the tariff both clearer and easier to administer. It also appeared that SOCAN's internal distribution rules give little weight to this material. Testifying for SOCAN, Mr. Victor Perkins conceded that for the sake of administrative simplicity, no account is taken of a "play" that is shorter than one minute: this covers almost all production music, and almost only that.¹⁶ In its reply argument, SOCAN underlined that it is notoriously difficult to monitor this music.¹⁷

The Board espouses the principle that authors are entitled to compensation for any use of their music. In 1991, however, the difficulties of monitoring production music were not explained to the Board, despite general discussions about monitoring, pools and the problems they entailed. It is now clear that SOCAN's own distribution rules consider it impractical to attempt to account for that music. Under the circumstances, it is eminently practical to grant the objector's request.

Heureusement, les pratiques de l'industrie semblent offrir des éléments de solution. La réglementation du CRTC impose déjà aux stations de radio l'obligation de conserver l'enregistrement de leurs vingt-huit derniers jours de diffusion. Ces enregistrements sont le reflet fidèle de l'utilisation quotidienne de musique d'une station; ils pourraient servir à établir si la station est un petit utilisateur de musique. Cependant, leur période de conservation est trop courte : la période de référence utilisée dans le tarif remonte à quelque soixante jours. On ne peut s'attendre à ce que la SOCAN confirme le statut d'un petit utilisateur avant qu'il prétende l'être. Les parties ont confirmé qu'il ne serait pas démesurément importun d'exiger des petits utilisateurs qu'ils conservent ces enregistrements pour une période de quatre-vingt-dix jours. Les seuls coûts additionnels associés à cette mesure seraient l'achat de rubans et certains frais d'entreposage. Cette façon de procéder semble être un compromis acceptable entre les positions des parties.

E. LA MUSIQUE DE PRODUCTION

Le statut de la musique de production a été débattu lors des audiences portant sur les tarifs de 1991 et 1992. Les opposants au tarif de 1991 soutenaient que les droits d'exécution de cette musique avaient été libérés à la source; pour sa part, la SOCAN affirmait que cela était impossible, puisque ces droits lui sont cédés aux termes du contrat que ses membres signent. La preuve portant sur la provenance de la musique de production était fragmentaire et confuse, aucune preuve ne venant par ailleurs établir que cette musique soit moins importante pour une station.

Au cours de la présente audience, l'ACR a soutenu que le tarif serait plus clair et plus facile à administrer si l'on faisait abstraction de cette musique. Il semble par ailleurs que les règles internes de distribution des argents que la SOCAN reçoit accordent peu d'importance à cette musique. Témoignant pour la SOCAN, M. Victor Perkins a admis que dans un but de simplicité, on ne tenait pas compte des utilisations inférieures à une minute : cette règle englobe presque toute la musique de production, et presque uniquement cette musique.¹⁶ En réplique, la SOCAN a souligné qu'il était particulièrement difficile de vérifier l'usage de cette musique.¹⁷

La Commission adhère au principe voulant que les auteurs aient le droit d'être compensés pour toute utilisation de leur musique. Par contre, en 1991, personne n'avait exposé combien il est difficile de surveiller la musique de production et ce, bien que l'on se soit livré à un débat d'ordre général sur la surveillance de l'utilisation de musique, les cagnottes et les difficultés ainsi soulevées. Les règles de distribution de la SOCAN font clairement ressortir qu'elle considère peu pratique toute tentative de tenir compte de

CONCLUSION

On the whole, the Board finds nothing in the evidence to warrant an adjustment in the rates paid by users of music on radio to the creators of that music. Therefore, the rates payable by commercial radio stations for their use of music shall remain the same. However, the tariff will be modified in two respects. First, it will require that in order to be able to claim a licence at the lower rate, a radio station keep and make available to SOCAN complete recordings of its last ninety broadcast days. Second, it will state expressly that no account is to be taken of production music in determining whether a station qualifies for the low-use tariff.

TARIFF 2.A.1 (COMMERCIAL TELEVISION)

INTRODUCTION

It was in 1951 that the Copyright Appeal Board first set the royalties that commercial television stations pay to licensing bodies for the music they broadcast. From 1951 to 1955, the parties agreed that each station pay a fixed amount. In 1956 and 1957, agreements were reached but no tariff was filed. In 1958, an agreement set a global amount to be shared amongst all stations. Following hearings, the parties asked that the 1959 tariff be set at 2.1 per cent of a station's revenues. Other agreements were arrived at between 1960 and 1977; the rate was maintained at 2.1 per cent at first, and rose incrementally from 2.2 per cent in 1963 to 2.4 per cent in 1974. In 1978, notwithstanding that for the first time, CAB objected to the tariff proposal, the rate was maintained at 2.4 per cent; the same occurred in 1979. An agreement that left the rate at that level from 1980 to 1984 was approved by the Board. CAB has opposed the proposed tariff every year since then. In 1985, the Board kept the 2.4 per cent rate, but capped the royalties at the amount paid out in 1984. The rate was brought down to 2.1 per cent in 1986, and stayed at that level from 1987 to 1989.¹⁸

As the industry has grown, so have the royalty payments, by almost a hundredfold, from \$0.21 million in 1958 to more than \$20 million in 1989.

cette musique. Dans de telles circonstances, il devient éminemment pratique de faire droit à la demande des opposants.

CONCLUSION

Dans l'ensemble, la Commission ne voit rien dans la preuve qui justifie un rajustement des taux payables par les utilisateurs de musique à la radio aux créateurs de cette musique. Par conséquent, les taux payables par les stations de radio commerciale pour leur utilisation de musique resteront les mêmes. Cependant, le tarif est modifié sous deux aspects. Premièrement, on exigera de la station qui soutient être un petit utilisateur qu'elle conserve et mette à la disposition de la SOCAN l'enregistrement complet de ses quatre-vingt-dix derniers jours de diffusion. Deuxièmement, on prévoira expressément qu'il n'est pas tenu compte de la musique de production pour déterminer le statut de petit utilisateur d'une station.

TARIF 2.A.1 (TÉLÉVISION COMMERCIALE)

INTRODUCTION

C'est en 1951 que la Commission d'appel du droit d'auteur a établi pour la première fois les droits que les stations de télévision commerciale versent aux sociétés de gestion pour l'exécution publique de musique sur leurs ondes. De 1951 à 1955, les parties s'entendirent pour que chaque station verse un montant forfaitaire. En 1956 et 1957, des ententes intervinrent mais aucun tarif ne fut déposé. En 1958, une entente établit un montant global pour l'ensemble des stations. Suite à des audiences, les parties demandèrent que le tarif pour 1959 soit établi à 2,1 pour cent des revenus des stations. D'autres ententes intervinrent de 1960 à 1977; d'abord maintenu à 2,1 pour cent, le taux passa progressivement de 2,2 pour cent en 1963 à 2,4 pour cent en 1974. En 1978, l'ACR s'opposa pour la première fois au projet de tarif, qui fut malgré tout maintenu à 2,4 pour cent; il en fut de même en 1979. Une entente entérinée par la Commission maintint le taux à ce niveau de 1980 à 1984. Depuis, l'ACR s'est opposée au projet de tarif à chaque année. En 1985, la Commission maintint le taux de 2,4 pour cent, mais édicta que le montant des droits à verser ne saurait dépasser celui versé en 1984. En 1986, la Commission décida de ramener le taux à 2,1 pour cent, taux qu'elle maintint de 1987 à 1989.¹⁸

Le montant des droits a crû avec l'industrie : de 210 000 \$ qu'ils étaient en 1958, ils sont passés à plus de 20 millions de \$ en 1989.

These reasons cover the years from 1990 to 1993. It is the first time that the Copyright Board has examined Tariff 2.A.1 and set a royalty for music used by commercial television stations. The Board did not do this earlier because of legal proceedings launched against the proposed Tariff 2.A.2, for commercial television networks. An application for leave to appeal the decision of the Federal Court of Appeal on the issue is still pending before the Supreme Court of Canada. The parties nevertheless asked the Board to dispose of Tariff 2.A.1.

CAB filed objections to all the relevant tariffs. Television station operators who had also filed objections stated that they would rely on CAB's evidence. The hearing took twelve days between January 12 and February 4, 1993.

The tariff proposed by SOCAN is identical to the one certified for 1989.¹⁹

For its part CAB suggests that the royalties paid by American stations to American licensing bodies be used as a starting point for computing the appropriate rate. The ratio of their payments to their revenues would be used as the appropriate rate for Canadian stations to pay from their revenues. This total, which is less than half the royalty currently paid, would be adjusted to account for inflation. The share paid by each station would be the same as the share of all television royalties it paid in 1990 in accordance with Tariff 2.A.1.

CAB also asks that a mechanism be devised to allow stations to reduce their royalty obligations if they air programs that do not use music whose rights are administered by SOCAN, or whose rights have otherwise been cleared.

CAB does not contest that music plays a role in television programming, but its counsel did try to demonstrate that this role is less important than that of other inputs, and that its importance had declined since 1958.

PRELIMINARY ISSUES

Two issues were raised that ought to be dealt with at the outset. The first concerns the determination of each party's burden of proof. The second relates to the mandate of the Board. For the sake of convenience, CAB's motion requesting that the hearings be reopened in order to reassess

Les présents motifs portent sur les années 1990 à 1993. C'est la première fois que la Commission du droit d'auteur est appelée à se pencher sur le tarif 2.A.1, pour établir les redevances payables pour la musique utilisée par les stations de télévision commerciale. Cet examen n'a pu avoir lieu plus tôt à cause d'une contestation judiciaire portant sur le projet de tarif 2.A.2, visant les réseaux de télévision commerciale. La décision de la Cour d'appel fédérale dans cette affaire fait l'objet d'une demande de permission d'appel devant la Cour suprême du Canada; les parties ont néanmoins demandé à la Commission de procéder à l'examen du tarif 2.A.1.

L'ACR s'est opposée aux projets de tarif concernés. Les opérateurs de stations de télévision qui avaient fait de même s'en sont remis à la preuve déposée par l'ACR. Les audiences ont duré douze jours, réparties entre le 12 janvier et le 4 février 1993.

Les projets de tarif déposés par la SOCAN sont identiques à celui adopté en 1989.¹⁹

Pour sa part, l'ACR propose d'utiliser comme point de départ le montant des droits versés par les stations américaines aux sociétés de gestion américaines. Le rapport entre leurs redevances et leurs revenus servirait de taux pour les stations canadiennes. Le montant ainsi obtenu, représentant moins de la moitié de ce que les stations payent en ce moment, serait ensuite ajusté pour tenir compte de l'inflation. La fraction que chaque station verserait à la SOCAN serait égale au rapport entre les droits qu'elle a versés en 1990 et le montant total des droits versés au titre du tarif 2.A.1 en 1990.

L'ACR demande aussi la mise en place d'un mécanisme permettant à chaque station de réduire le montant des droits à verser à la SOCAN en fonction du nombre d'émissions contenant uniquement de la musique non protégée ou dont les droits ont été autrement libérés.

L'ACR ne conteste pas le fait que la musique joue un certain rôle en matière de programmation télévisuelle. Son procureur a néanmoins tenté de démontrer que ce rôle était moins important que celui d'autres intrants de production, et que de toute façon son importance avait diminué depuis 1958.

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

Il faut disposer d'entrée de jeu de deux questions soulevées durant les audiences. La première porte sur le fardeau de preuve qui incombe à chacun. La deuxième a trait au mandat de la Commission. Il semble plus approprié d'aborder à la fin des motifs portant sur le présent tarif la

the extent of a broadcaster's liability is disposed of at the end of the reasons for this tariff.

1) The Burden of Proof

SOCAN and CAB each argued that the other should bear the burden of establishing the reasonableness of its own proposal as well as the unreasonableness of the other's. The confusion created by the parties on this point makes some comment on the issue necessary.

SOCAN maintains that the principles underlying the Act require the objector to demonstrate the unreasonableness of the proposed tariff. SOCAN states that it is entitled to have a tariff approved and that, furthermore, while the user must file an objection, nothing requires SOCAN to file an accompanying justification. It finds further support for its position in the fact that, in this case, the tariff has developed progressively under the tutelage of the Copyright Appeal Board.

On the other hand, CAB argues that SOCAN should establish the reasonableness of the proposed tariff, since the Board's role is, first and foremost, "to prevent performing rights societies ... from upsetting the balance of market power which ought to exist between copyright owners and users".²⁰ It also notes that the Board itself requires SOCAN to present its evidence first, and claims that this gives credence to its view that SOCAN has the burden of proof.

Both positions rely too heavily on the ordinary rules of evidence. The Board does not adjudicate disputes between private parties; it is not bound by the rules establishing the burden of proof in civil matters. These principles are at most an element that the Board, being master of its own procedure, takes into account in establishing its own rules.

The Board's constituent statute is of some, if only a little, help in the matter. The Act does not set out who should establish whether or not a proposed tariff is reasonable; it merely sets out a process leading to the certification of a tariff. In doing so, however, it provides several indications to the effect that each participant must take a stance before the Board. Thus, while SOCAN is entitled to some tariff, it cannot expect the Board to rubber-stamp tariffs against which no objections are filed; the Board can ask SOCAN, on its own motion, to provide the underlying rationale for a

requête en réouverture déposée par l'ACR, visant à réévaluer l'ampleur de la responsabilité du télédiffuseur.

1) Le fardeau de la preuve

Tant la SOCAN que l'ACR soutiennent que c'est à l'autre qu'il revient d'établir le caractère raisonnable de sa proposition de tarif ou le caractère déraisonnable de celle de l'autre participant. Compte tenu de la confusion qui semble régner à cet égard, il est nécessaire de s'attarder à cette question.

La SOCAN soutient que l'économie même de la Loi fait en sorte qu'il revient à l'opposant d'établir le caractère déraisonnable du tarif proposé. La SOCAN a le droit de faire établir un tarif; qui plus est, quoique l'utilisateur doit formuler une opposition, rien n'exige que la SOCAN accompagne le projet de tarif d'une justification de sa formule tarifaire. Elle ajoute par ailleurs que dans le cas présent, la formule tarifaire est le résultat d'une évolution progressive dans laquelle la Commission d'appel du droit d'auteur a joué un rôle de premier plan.

Pour sa part, l'ACR maintient qu'il revient plutôt à la SOCAN d'établir le caractère raisonnable du tarif proposé, puisque la Commission existe d'abord et avant tout «pour éviter que la présence des sociétés de perception ... ne vienne déséquilibrer le rapport de forces qui devrait exister entre les titulaires de droits et les usagers».²⁰ Elle souligne le fait que la Commission demande habituellement à la SOCAN de procéder en premier lors des audiences, y voyant un argument au soutien de sa position.

Ces façons de voir reposent de façon excessive sur les règles ordinaires de preuve. La Commission ne tranche pas des litiges entre parties privées. Elle n'est pas liée par les principes gouvernant l'établissement du fardeau de la preuve dans les affaires civiles. Ces principes constituent tout au plus un élément dont la Commission, étant maîtresse de sa procédure, tient compte dans l'établissement de règles qui lui soient propres.

La loi constitutive de la Commission ne vient jeter sur cette question qu'un éclairage diffus. La Loi n'édicte pas à qui il revient d'établir le caractère raisonnable ou non d'un projet de tarif; elle ne fait qu'établir un processus menant à l'homologation. Ce faisant, toutefois, elle fournit certains indices à l'effet que chaque participant doit jouer un rôle actif devant la Commission. Ainsi, si la SOCAN a droit à l'établissement d'un tarif, elle ne peut s'attendre à ce que la Commission approuve automatiquement les tarifs qui ne font pas l'objet d'une opposition; la Commission peut, de son propre chef,

proposed tariff structure; it did so in 1991, when CAPAC and PROCAN merged. At the same time, it would not be practical to ask SOCAN to reinvent the wheel every time a proposed tariff is examined. Long-standing tariffs that have been repeatedly scrutinized can acquire a certain weight.

Therefore, where a tariff proposal is opposed the Board expects each participant to put forward its reasons for proposing or for objecting to the tariff. This is precisely what SOCAN and CAB did during these proceedings. It then falls to the Board to assess the record on its merits, taking into account the evidence filed, the arguments raised by the participants and the relevant policy considerations.

2) The Board's Mandate

In its written argument, CAB also states that the Board's mandate is to set a rate and structure that is "a fair and reasonable approximation of the market price which would have been set had there been a freely functioning market in performing rights"²¹

The Board disagrees with this conclusion. Its mandate is to set tariffs on a "reasonable and suitable" or "rational" basis.²² The Board regulates the balance of market power between copyright owners and users; this does not mean that the royalties must be set by recourse to a freely negotiated price in a non-competitive or even a competitive market. The Federal Court has already enunciated the principle that a "market price" is only one of several possible rational bases for setting a tariff.²³ In any event, it is very difficult to imagine a "freely functioning market" for music performance rights in Canada.

ANALYSIS

1) The Current Tariff Formula

CAB puts forward several reasons for the Board to set aside the current tariff formula. The Board is unpersuaded by these.

demander à la SOCAN qu'elle lui explique ce qui soutient la structure tarifaire proposée, ce qu'elle a fait en 1991, à l'occasion de la fusion de la CAPAC et de la SDE. Cela étant dit, la SOCAN a raison de prétendre qu'il serait peu pratique de lui demander de réinventer la roue à chaque fois qu'un projet de tarif fait l'objet d'un examen. Une formule tarifaire qui existe depuis fort longtemps et qui a fait l'objet d'examen répétés peut acquiescer un certain ascendant.

Par conséquent, dans la mesure où un tarif est contesté, la Commission s'attend à ce que chaque participant fasse valoir les motifs pour lesquels il soutient une formule tarifaire ou s'y oppose : c'est précisément ce qu'ont fait la SOCAN et l'ACR durant ces audiences. Il appartient ensuite à la Commission d'évaluer le dossier à son mérite, compte tenu de l'ensemble de la preuve déposée, des prétentions soutenues par les participants, et des considérations de politique publique pertinentes.

2) Le mandat de la Commission

Dans son argumentation écrite, l'ACR soutient par ailleurs que la structure et le niveau du tarif doivent nécessairement [TRADUCTION] «se rapprocher de façon équitable et raisonnable du prix qui serait établi s'il existait un marché libre pour les droits d'exécution»²¹

La Commission rejette cette proposition. Son mandat est d'établir des tarifs dont le fondement est «raisonnable et convenable» ou encore «rationnel».²² Elle assure un certain équilibre dans les marchés entre les titulaires de droits et les usagers; cela ne veut pas dire qu'elle doive nécessairement établir les droits en fonction d'un prix librement négocié, que ce soit ou non dans un marché concurrentiel. La Cour d'appel fédérale a déjà établi le principe voulant que le «prix du marché» ne constitue qu'une base rationnelle parmi d'autres.²³ De toute façon, il est très difficile de concevoir un «marché libre» des droits d'exécution publique au Canada.

ANALYSE

1) La formule tarifaire actuelle

L'ACR met de l'avant divers arguments qui, selon elle, devraient mener la Commission à mettre de côté la formule tarifaire actuelle. Aucun de ces arguments ne convainc la Commission.

CAB relies first on a study prepared by Coopers & Lybrand; it concludes that there is no correlation between the amount of music used in a television program and the advertising revenues it generates. On this, everyone appears to agree. CAB then argues that the current tariff formula is predicated on such a correlation. The Board does not share this view. The study focuses on individual programs, while the tariff formula is linked to a station's total programming, and the evidence confirms that music use patterns are similar for all stations.

CAB then argues that music is the only input into the production of television programs whose price is linked to revenues. Yet, the evidence is to the contrary; in more than one case, revenue is one of the factors taken into account.²⁴

Finally, CAB refers to the most recent decision of the U.S. Rate Court as evidence in favour of rejecting the current tariff formula.²⁵ The Board gives little weight to this decision for two reasons.

First, the decision rests on the proposition that the American tariff approximates a "free market" price. It then rejects the tariff formula currently in use in Canada, stating that a flat rate is more appropriate than a tariff set as a percentage of revenues.

As noted earlier, it is not necessary that the Canadian tariff approximate a "free-market" price. Even if it were, the Board would not agree with the conclusion of the U.S. Rate Court that a flat rate is more appropriate.

Second, there are important differences between the Canadian and American regimes for setting prices to be paid for the public performance of music that reduce considerably the relevance of American decisions for Canadians.

- (i) The American regime rests on a consent decree between the licensing bodies and the Department of Justice. The decree was the result of an examination undertaken by the Department, under the

L'ACR se fonde d'abord sur une étude effectuée par la firme Coopers & Lybrand et déposée durant l'audience. Cette étude conclut, ce sur quoi tous semblent s'entendre d'ailleurs, qu'il n'existe pas de corrélation entre la quantité de musique utilisée durant une émission et les revenus de publicité qu'elle génère. L'ACR soutient que la formule tarifaire actuelle prend précisément pour acquis l'existence d'une telle corrélation. La Commission ne partage pas ce point de vue. L'étude examine les émissions prises individuellement; pour sa part, la formule tarifaire a pour objet l'ensemble de la programmation d'une station de télévision, la preuve ayant par ailleurs établi que toutes les stations utilisent la musique à peu près de la même façon.

L'ACR soutient ensuite que la musique serait le seul intrant de production télévisuelle dont le prix est fonction des revenus. La preuve est pourtant à l'effet contraire; dans plus d'un cas, les revenus sont un des facteurs dont il est tenu compte dans l'établissement de la compensation.²⁴

L'ACR note enfin que la formule tarifaire canadienne a été spécifiquement rejetée par la juridiction américaine qui établit le prix à payer pour l'exécution publique de musique lorsque les sociétés de gestion et les utilisateurs n'arrivent pas à s'entendre.²⁵ Deux raisons amènent la Commission à accorder peu de poids à cette décision.

Premièrement, la décision est fondée sur la proposition voulant que le prix américain doive se rapprocher d'un prix librement négocié. La décision rejette par la suite la formule tarifaire dont on se sert présentement au Canada, considérant qu'un montant forfaitaire convient davantage qu'une formule fondée sur un pourcentage de revenus.

Comme on l'a déjà mentionné, il n'est pas essentiel que le tarif canadien se rapproche d'un prix librement négocié. En supposant même que cela fût le cas, la Commission ne partagerait pas le point de vue de la juridiction américaine à l'effet qu'un montant forfaitaire convient davantage.

Deuxièmement, il existe, entre les régimes canadien et américain d'établissement du prix à payer pour l'exécution publique de la musique, des différences importantes qui diminuent considérablement la pertinence des décisions américaines pour les fins de la Commission :

- (i) Le régime américain est fondé sur un *consent decree* intervenu entre les sociétés de gestion et le Département de la Justice. Le décret, établi suite à des démarches entreprises par le Départe-

aegis of American antitrust legislation. By contrast, the Canadian regime was established by Parliament, and is an integral part of the legislation governing copyright.

- (ii) In the United States, the agreement between a licensing body and a user is binding; the Rate Court adjudicates only upon request, absent an agreement. In Canada, agreements have no legal status, as was made clear in the 1991 commercial radio decision.²⁶ The Act requires that the Board certify all proposed tariffs, and empowers it to raise issues of its own even in the absence of any objection.
- (iii) The Rate Court has interpreted the word "reasonable" in terms of a market price. In Canada, both the Board and courts of law have stated that a market price is not the only price that may be reasonable.

The Board prefers to rely on the arguments put forward by SOCAN to support the current tariff formula. These are that it is simple, easy to administer and understand, does not require continual reassessment, and automatically accounts for changes in audience, prices, revenues and the number of users. In his testimony for CAB, Mr. Estey agreed that the formula is not irrational and is "self-administering".²⁷

2) The Level of Royalties

CAB also argues that in any event, the royalties paid by Canadian television stations are too high. It notes that, since 1959, the share of station revenues paid out in public performance royalties has decreased considerably in the United States, while it has remained the same in Canada. It maintains that in 1958, when the current tariff was developed, the parties and the Copyright Appeal Board intended that there be a consonance between American and Canadian rates. If that was ever the case, this Board does not intend to rely on such a correlation.

Canadian and American markets appear to have different price structures. For example, Professors Benston and Liebowitz agreed that there is probably a link between composition fees²⁸ and performance rights²⁹ in the long run, if the latter decline (increase), the former probably increase (decline). Therefore, although no evidence was submitted on this, it is reasonable to conclude that the lower level of performing rights in the United States has already resulted in American compo-

ment, est fondé sur la législation antitrust américaine. Le régime canadien est établi par le Parlement, et fait partie intégrante de la législation régissant les droits d'auteur.

- (ii) Aux États-Unis, toute entente intervenue entre les utilisateurs et les sociétés a force de loi : la *Rate Court* intervient uniquement sur demande, à défaut d'entente. Au Canada, les ententes n'ont pas de statut juridique, comme le démontre la décision de 1991 sur la radio commerciale.²⁶ La Loi exige que la Commission homologue tous les projets de tarif, et lui permet de soulever des questions de son propre crû même en l'absence d'oppositions.
- (iii) La *Rate Court* a établi un lien direct entre le mot *reasonable* et le «prix du marché». Au Canada, tant la Commission que les tribunaux judiciaires sont d'avis que ce prix n'est pas le seul qui puisse être raisonnable.

La Commission retient plutôt les arguments mis de l'avant par la SOCAN en faveur de la formule tarifaire actuelle. Elle est simple, facile à administrer et à comprendre, n'a pas à être réévaluée constamment, tient compte automatiquement des variations de prix, d'auditoire, de revenus et du nombre d'utilisateurs. Témoignant pour l'ACR, M. Estey a admis que la formule n'est pas irrationnelle et [TRADUCTION] «s'administre toute seule».²⁷

2) Le montant des droits

L'ACR soutient par ailleurs que le montant de droits qu'acquittent les stations de télévision canadiennes est de toute façon trop élevé. L'ACR souligne que depuis 1959, la part des revenus que les stations américaines versent en droits d'exécution publique a considérablement diminué, alors qu'elle est demeurée la même au Canada. Or, soutient-elle, lors de la mise au point de la formule tarifaire actuelle, en 1958, les parties et la Commission d'appel du droit d'auteur avaient voulu établir une corrélation entre les droits américains et canadiens. En supposant que cela ait été le cas, cette Commission-ci n'entend pas retenir cette corrélation.

Il semble que les marchés canadien et américain présentent des structures de prix fort différentes. Ainsi, les professeurs Benston et Liebowitz se sont entendus pour dire qu'il existe probablement un lien entre les droits de composition²⁸ et les droits d'exécution²⁹ à long terme, si les seconds diminuent, les premiers devraient augmenter, et vice versa. Il y a donc lieu de croire, et ce bien qu'aucune preuve n'ait été déposée à cet égard, que le niveau moins élevé des droits

sition fees being relatively higher than they are in Canada.

CAB did establish that important changes have occurred in the industry since 1959, when the television tariff was set at 2.1 per cent of a station's revenues. Television has developed from radio with pictures into a distinct medium. Taped programs have replaced live broadcasts. The use of existing musical works has declined, while the use of works composed for specific productions has increased. Variety shows no longer play a starring role in programming. However, CAB's own witnesses admitted that these changes occurred long before 1986, when the Copyright Appeal Board set the rate at its present level. The analyses carried out by Messrs. Perkins (for SOCAN) and Potts (for CAB) agree on one point: music use patterns have remained essentially unchanged since 1985.³⁰

The Board feels that comparisons, if any, should be made between the current situation and that in 1986, not in 1959. The Board has read with care the decision of the Copyright Appeal Board in which it set the tariff formula for the year 1986. After considering the record of the current proceedings, it adopts the reasoning and conclusions of the Appeal Board. For one thing, the evidence filed during the current proceedings merely confirms the state of affairs that existed at the time of the 1986 hearings. Any changes that might have occurred since then are either not relevant to the issue, or not significant enough to justify a reduction in the rate. In the Board's view, nothing in the evolution of the industry since 1986 justifies a change in approach.³¹

The industry's financial situation, which has deteriorated since the seventies, has not changed enough since 1986 to warrant a change in the tariff.³² Furthermore, the Board is not persuaded that this deterioration has anything to do with the level of music tariffs. For example, according to the testimony of Professor Liebowitz, the relative burden of performing rights costs, when compared to other production costs, dropped by 50 per cent between 1972 and 1990.³³

d'exécution américains a déjà mené à des droits de composition américains proportionnellement plus importants que ceux versés au Canada.

L'ACR a établi que des changements importants sont intervenus depuis 1959, date à laquelle le tarif a été établi à 2,1 pour cent des recettes d'une station de télévision commerciale. De radio en images, la télévision s'est transformée en médium indépendant. Les émissions préenregistrées ont remplacé les émissions en direct. On fait une utilisation moins importante d'œuvres faisant déjà partie du répertoire, et plus importante d'œuvres commandées pour chaque production. Les émissions de variétés ont perdu le rôle de tout premier plan qu'elles assumaient au tout début. Par ailleurs, les témoins de l'ACR ont admis que ces changements sont intervenus bien avant l'examen du projet de tarif pour 1986, date à laquelle la Commission d'appel du droit d'auteur a établi le taux à son niveau actuel. Les études effectuées par MM. Perkins (pour la SOCAN) et Potts (pour l'ACR) concordent sur un point : la façon dont on utilise la musique est restée la même à toutes fins pratiques depuis 1985.³⁰

La Commission est d'avis que toute comparaison, s'il doit en être faite, devrait se faire par rapport à la situation telle qu'elle existait en 1986, et non en 1959. La Commission a relu attentivement la décision de la Commission d'appel du droit d'auteur établissant la formule tarifaire pour l'année 1986. Après examen du dossier de la présente affaire, elle fait sienne le raisonnement et les conclusions de la Commission d'appel. La preuve déposée durant la présente audience ne vient d'ailleurs que confirmer l'état de faits qui existait à l'époque. Les changements intervenus depuis 1986 sont ou bien non pertinents, ou bien pas assez significatifs pour justifier une réduction du taux. La Commission ne voit rien dans l'évolution de l'industrie depuis 1986 qui puisse justifier un changement d'approche.³¹

La situation financière de l'industrie, qui s'est détériorée depuis les années 70, n'a pas suffisamment changé depuis 1986 pour justifier un correctif.³² Qui plus est, la Commission ne croit pas que cette détérioration soit reliée aux droits d'exécution de la musique. Ainsi, le témoignage du professeur Liebowitz est à l'effet que l'importance relative des droits d'exécution par rapport aux autres coûts de production a diminué de 50 pour cent entre 1972 et 1990.³³

CAB also underlined that composition fees are negotiated while performing rights are regulated. Since one accepts that there is a link between those rights, it might appear preferable to reduce the performing rights so as to allow the market to play a larger part in establishing the total compensation of rights owners.

The Board considers that it would be ill-advised to tamper with the balance that currently exists. It believes with Professor Liebowitz that such a change would create distortions during a transition period that could be very long, with no guarantee of tangible longer term benefits. It finds that the balance of power would be too unfavourable to the rights owners in the Canadian market. Furthermore, such a measure could unduly reduce the importance of the collective management of performing rights, and approach to rights management which is certainly legitimized, and probably encouraged, in the Act.

3) Other Considerations

Several other arguments were raised which the Board did not consider germane to the issues.

The Board does not intend to take account of the fact that the lion's share of royalties paid by television stations are distributed to American authors. This situation exists because of the programming shown by those stations, not because of the tariff set by the Board. Any attempt at modifying the tariff structure so as to favour Canadian authors would go against the "national treatment" rule. It is true that this rule is not to be found as such in the Act, except for retransmission rights.³⁴ The Board is nevertheless of the opinion that such an interpretation better reflects the provisions of the Berne Convention.

In the same vein, although SOCAN's distribution rules may suggest the value that SOCAN places on various types of music, they are not relevant, in and of themselves, in these proceedings. The internal management of the Society is a matter for it and its members.

L'ACR a aussi souligné que les droits de composition sont négociés, alors que les droits d'exécution sont réglementés. Comme il est censé exister un équilibre entre ces droits, il serait préférable, soutient l'ACR, de réduire les droits d'exécution afin de permettre au marché de jouer un rôle plus important dans l'établissement de la rémunération totale des détenteurs de droits.

La Commission est d'avis qu'il serait contre-indiqué de modifier l'équilibre qui existe en ce moment. Partageant en cela l'opinion du professeur Liebowitz, elle croit qu'une telle modification serait accompagnée de distortions pendant une période de transition qui pourrait être fort longue, sans pour autant entraîner de réels bénéfices à long terme. Elle conclut que le rapport de forces serait trop défavorable aux détenteurs de droits dans le marché canadien. De plus, une telle mesure pourrait entraîner une diminution excessive du rôle de la gestion collective des droits d'exécution, gestion dont la Loi reconnaît la légitimité, et qu'elle semble même encourager.

3) Autres arguments

La Commission considère non pertinents un certain nombre d'arguments qui ont été mis de l'avant par les parties.

La Commission n'entend pas tenir compte du fait que la part du lion des droits versés par les stations de télévision sont remis à des auteurs américains. Cet état de choses est fonction de la programmation que les stations diffusent, et non du tarif qu'établit la Commission. Tenter de modifier la structure tarifaire de façon à favoriser les auteurs canadiens irait à l'encontre de la règle du traitement national. Certes, cette règle ne se trouve pas énoncée comme telle dans la Loi, sauf par rapport aux droits de retransmission.³⁴ La Commission est néanmoins d'avis qu'une telle interprétation est davantage conforme aux dispositions de la Convention de Berne.

De même, les règles de distribution des argents que la SOCAN reçoit ne sont pas pertinentes en soi à la présente espèce et ce, bien qu'elles puissent donner une idée de la valeur que la SOCAN attribue à divers types de musique. La gestion des affaires internes de la société relève de celle-ci et de ses membres.

SOCAN's status as a monopoly was raised, but the Board does not find this categorization particularly useful. SOCAN's ability to exert what is called "monopoly power" is circumscribed by the existence of the Board, which the Act sets up to oversee the prices that SOCAN may charge users for the public performance of music.³⁵

4) CAB's Proposed Tariff Formula

The conclusion that the current formula remains reasonable does not end the matter. The Board must also be convinced that it is better than the approach put forward by CAB.

CAB proposed a tariff that includes a flat fee for each station based on a global amount, with an additional "per program" licence fee available in lieu of or in addition to the traditional blanket licence.

a. *Using a Global Amount*

As stated earlier, the Board rejects the flat fee approach. A fixed amount, applied either to each user or to the industry as a whole, has no advantage over the current formula. The amount would have to be continually reassessed. Furthermore, to set a fixed sum, which would then have to be allocated amongst all users, as CAB proposes, would raise great difficulties. It could result in disputes between users as to their shares of the liability. The format was used in 1958 and caused the inconveniences outlined by Mr. Estey in his testimony for CAB. Even in 1958, with fewer users than there are today, the association had difficulties assigning liabilities for an ever-increasing sum among competing television stations.³⁶

b. *Granting a Discount for Programs that Do Not Contain Music Controlled by SOCAN*

CAB proposes a regime where a station can reduce the royalties it pays to SOCAN by clearing the music on at least some of its programs at source. At first glance, this is an attractive proposal. It would seem to lead to at least a modicum of competition. Nevertheless, the Board rejects it. The Board decided earlier against

On a insisté sur le fait que la SOCAN est un monopoleur; la Commission ne croit pas qu'il soit particulièrement utile d'y faire allusion. L'existence même de la Commission empêche la SOCAN de soutirer des prix de monopoles. La Loi a mis sur pied la Commission pour régir les prix que la SOCAN peut exiger de ceux qui exécutent de la musique en public.³⁵

4) La formule tarifaire mise de l'avant par l'ACR

Affirmer que la formule actuelle demeure raisonnable ne suffit pas à clore le débat. La Commission doit être aussi convaincue qu'elle demeure préférable à l'alternative mise de l'avant par l'ACR.

L'ACR propose d'établir le tarif à un montant forfaitaire par station qui soit fonction d'un montant global; elle demande par ailleurs que le diffuseur puisse se prévaloir d'un régime de licence «à la pièce», à la place ou en sus de la licence générale traditionnelle.

a. *L'établissement d'un montant global*

Tel qu'on l'a noté plus tôt, la Commission n'entend pas établir le tarif à un montant forfaitaire. Tout montant fixe, que ce soit pour chaque utilisateur ou pour l'ensemble de l'industrie, n'offre aucun des avantages de la formule actuelle. Il faudrait le réévaluer constamment. Les problèmes que causerait l'établissement, comme le propose l'ACR, d'un montant fixe, dont le paiement devrait être partagé parmi les utilisateurs, sont encore pires. Cette façon de procéder risquerait de causer des litiges entre les utilisateurs quant à l'étendue relative de la responsabilité de chacun. Cette formule fut utilisée en 1958, avec les désavantages que M. Estey, témoignant pour l'ACR, a soulignés. Déjà en 1958, avec moins d'utilisateurs, l'association avait éprouvé des difficultés à diviser une somme toujours grandissante entre des stations de télévision qui étaient par ailleurs en concurrence les unes avec les autres.³⁶

b. *L'octroi d'un escompte pour la programmation dont la musique n'est pas sujette au contrôle de la SOCAN*

L'ACR voudrait qu'une station puisse réduire les versements qu'elle effectue à la SOCAN en libérant les droits d'exécution à la source. De prime abord, cette façon de procéder pourrait sembler intéressante. Elle semblerait permettre une certaine concurrence. La Commission rejette malgré tout la proposition de l'ACR. Les argu-

reducing performing rights fees in favour of composition fees; the same arguments are relevant here. The Board also sees practical difficulties with CAB's proposal, as well as some problems with public policy.

It is not clear that CAB's formula, if implemented, would foster the clearance at source of performing rights. This has not yet been achieved in the United States, where the regime has been in place for some time. Messrs. Rich and Zwaska, testifying for CAB, said that the savings achieved to date spring first and foremost from the possibility of avoiding the licence fees of one or other of the three American collecting bodies.³⁷

The Board did set a reduced tariff for commercial radio stations using little or no protected music. The reason for this is simple: radio stations exhibit considerable variability in their use of music. The record of these proceedings establishes that television stations use music more or less in the same way and in the same amounts.

The specific proposal put forward by CAB also presents peculiar difficulties. The evidence put forward on the operation of the formula was limited. The reasons given for not using the same topping up mechanisms as those used in the United States were also unconvincing.

Finally, the proposed formula rests on unsupported assumptions. CAB does not explain why stations availing themselves of the per program licence should take their discount from 100 per cent, rather than some higher figure. The per-program licence is meant to be a supplement to the blanket licence, not a substitute for it. Discounting the blanket licence from 100 per cent makes the per program licence at least as attractive as the blanket licence for all users: the user necessarily gains, and the creator necessarily loses. Furthermore, it imposes on SOCAN an additional monitoring burden which the users have no incentive to mitigate.³⁸

ments que la Commission a retenus pour ne pas modifier l'équilibre qui existe entre les droits d'exécution et les droits de composition sont pertinents au débat. Cette proposition comporte par ailleurs des difficultés intrinsèques, et soulève en plus des difficultés au niveau de la politique publique.

Il n'est pas certain que la formule mise de l'avant par l'ACR favorise la libération des droits à la source. Cet objectif n'a pas encore été atteint aux États-Unis, où la formule est en place depuis quelque temps déjà. Témoignant pour l'ACR, MM. Rich et Zwaska ont admis que les économies réalisées en vertu de ce régime l'ont été d'abord et avant tout à cause de l'existence de trois sociétés de gestion américaines.³⁷

La Commission a certes établi un tarif réduit pour les stations de radio utilisant peu de musique protégée. La raison en est simple : l'usage de musique protégée varie considérablement d'une station de radio à l'autre. Le dossier de la présente affaire est à l'effet que les stations de télévision utilisent plus ou moins la même quantité de musique protégée et ce, plus ou moins de la même façon.

La proposition précise faite durant la présente audience soulève par ailleurs des difficultés particulières. La preuve soumise quant à la façon dont cette formule pourrait opérer était pour le moins limitée. Les explications données pour justifier de ne pas recourir aux majorations établies aux États-Unis sont aussi peu convaincantes.

Enfin, la formule est fondée sur certaines prémisses qui n'ont pas été justifiées. L'ACR n'explique pas pourquoi les stations qui se prévaudraient de la licence «à la pièce» devraient calculer leur rabais à partir du taux général, plutôt qu'à partir d'un taux plus élevé. Cette licence se veut un accessoire de la licence générale, et non un remplacement pour celle-ci. Si le rabais se calcule à partir du taux général, le régime que l'ACR propose est toujours au moins aussi avantageux que la licence générale et ce, pour tous les usagers : inévitablement, l'usager y gagne et le créateur y perd. Qui plus est, cette façon de procéder impose à la SOCAN un fardeau additionnel de surveillance que les usagers n'ont pas intérêt à mitiger.³⁸

In the final analysis, the Board rejects this approach mainly for reasons of public policy. This approach undermines the character of the blanket licence. It could conceivably create an advantage for American composers, or for those who belong to American societies. Given the structure, size and other characteristics of the Canadian market for performing rights, clearance at source probably would not develop in Canada. Only in the United States are collecting bodies prohibited from obtaining exclusive assignments of rights. Thus, only members of these societies are truly able to enter into agreements to license their own music to Canadian television stations.³⁹ In the Board's opinion, such a result is not called for.

The Board realizes that keeping the present formula effectively prevents the development of a regime for clearing rights at their source. It nevertheless prefers the current approach.

CAB'S MOTION TO REOPEN

MAJORITY OPINION

On July 5, 1993, CAB asked that the Board reopen the television tariff hearings. It wished to argue that in setting the price for a television broadcaster's music performance licence, the Board should not take account of those viewers who receive their local broadcast signals through a retransmitter; it even maintained that the Board was compelled in law not to do so. In an order dated July 22, 1993, the Board asked CAB to file a memorandum setting out in detail all of the arguments in support of its position. The order also stated that if the Board, upon considering CAB's memorandum, and taking as true any factual allegations contained in it, found that the outcome of these proceedings would not be affected, the Board would issue its final decision and SOCAN would not be asked to participate further in the proceedings.

Cela dit, la Commission rejette cette méthodologie d'abord et avant tout pour des motifs de politique publique. Cette façon de procéder minerait le caractère général de la licence. Compte tenu de la structure, de l'importance et des autres caractéristiques du marché canadien des droits d'exécution, il est improbable que la libération à la source des droits se développe effectivement au Canada. Les États-Unis sont le seul pays où les sociétés de gestion ne peuvent obtenir des cessions exclusives de droits. À toutes fins pratiques, leurs membres sont donc les seuls à pouvoir céder leurs droits d'exécution aux stations de télévision canadiennes.³⁹ Il pourrait en résulter un avantage pour les compositeurs américains ou pour ceux qui sont membres des sociétés américaines. La Commission n'entend pas favoriser le développement d'un tel état de faits.

La Commission est consciente qu'en retenant la formule actuelle, elle empêche à toutes fins pratiques la mise sur pied d'un régime de libération des droits à la source. Elle préfère néanmoins la formule actuelle.

LA REQUÊTE EN RÉOUVERTURE DE L'ACR

MOTIFS DE LA MAJORITÉ

Le 5 juillet 1993, l'ACR demandait à la Commission de reprendre les audiences portant sur le tarif télévision. Elle souhaitait soutenir que la Commission, lorsqu'elle établit le prix à payer par une station de télévision pour une licence d'exécution publique de la musique, ne devait ni ne pouvait tenir compte des spectateurs qui reçoivent leurs signaux locaux par le biais d'un retransmetteur. Dans une ordonnance émise le 22 juillet 1993, la Commission demandait à l'ACR de déposer un mémoire énonçant de façon détaillée l'argumentation au soutien de ses prétentions. L'ordonnance précisait que si la Commission, ayant pris en considération le mémoire de l'ACR, et tenant comme avérés les faits qui y étaient allégués, en venait à la conclusion que le résultat de l'affaire ne serait pas affecté, elle publierait sa décision finale, mettant fin du même coup à la participation de la SOCAN au processus.

The Board does not share the conclusions contained in CAB's memorandum. In the Board's view, the arguments put forward by CAB have no bearing on what constitutes a fair price to be paid by broadcasters for the public performance of music they effect when they broadcast a television signal in a local market. The Board finds support for its position in the very decisions that CAB quoted in its argument, as well as in the Parliamentary intent clearly reflected in certain provisions of the Act.

CAB agrees that television broadcasters effect a performance of music.⁴⁰ It also admits to the public character of that performance.⁴¹

The Federal Court of Appeal stated recently that *the transmission of non-broadcast services by [cable operators] ... is a performance in public*.⁴² This statement, which the Board finds equally applicable to the transmission of a broadcast signal by a television station, highlights two further characteristics of a broadcaster's performance.

First, it establishes that the performance occurs at the time of the transmission. As a result, the existence of the performance is not even dependent on anyone viewing the program: "... the fact that the subscriber has to turn on the television set in no way alters the nature of the transmission".⁴³

Second, it confirms that what is effected by a broadcaster is a single performance. This remains so whether or not the transmission of a local broadcast signal by a cable operator constitutes a public performance. Any performance that may be effected by the retransmitter is a separate one, in the same way that the performance effected by a television station in broadcasting a live performance is a performance separate and distinct from the one occurring in the concert hall or the theatre.⁴⁴ This does not affect to the existence of a public performance effected by the broadcaster.

Television broadcasters perform music in public and require a licence from SOCAN. The only remaining issue is the price for that licence.

The Board may set that price according to any reasonable criteria. At this stage, economic considerations become paramount. The nature of the audience and the possible use of the performance to effect further performances become two of several questions that may be taken into account in determining the price to be paid for the performance.⁴⁵

La Commission ne partage pas le point de vue exprimé par l'ACR dans son mémoire. Elle est d'avis que l'argumentation qui sous-tend ce point de vue n'a pas d'effet sur ce qui constitue le prix équitable qu'un diffuseur devrait payer pour l'exécution publique de musique qu'il effectue en diffusant un signal de télévision dans un marché local. Au soutien de ses conclusions, la Commission invoque les décisions mêmes sur lesquelles l'ACR se fonde pour soutenir ses prétentions, ainsi que l'intention législative clairement exprimée dans certaines dispositions de la Loi.

L'ACR ne nie pas qu'un diffuseur exécute de la musique.⁴⁰ Elle admet en outre que cette exécution a un caractère public.⁴¹

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a récemment énoncé le principe voulant que [TRADUCTION] «la transmission de services spécialisés par [un câblodistributeur] ... constitue une exécution en public». ⁴² Cet énoncé, que la Commission croit tout aussi pertinent par rapport à la transmission d'un signal de radiodiffusion par une station de télévision, fait ressortir deux autres caractéristiques de l'exécution effectuée par le diffuseur.

Premièrement, il confirme que c'est lors de la transmission que s'effectue cette exécution. Elle a donc lieu, peu importe qu'il y ait ou non quelqu'un qui regarde l'émission : [TRADUCTION] «... le fait que l'abonné doive allumer son appareil de télévision ne change rien à la nature de la transmission». ⁴³

Deuxièmement, il confirme que le diffuseur se livre à une seule exécution et ce, même si la transmission d'un signal local de radiodiffusion par un câblodistributeur constitue une exécution publique. Cette dernière exécution est distincte de celle effectuée par le diffuseur, au même titre que l'exécution effectuée par la station lorsqu'elle diffuse un spectacle en direct est distincte de celle qui a lieu dans la salle de spectacle.⁴⁴ Cela ne change rien au fait que le diffuseur effectue une exécution publique.

Les diffuseurs exécutent de la musique en public; pour ce faire, ils ont besoin d'une licence de la SOCAN. Cela ayant été établi, il ne reste qu'à déterminer le prix de cette licence.

La Commission peut établir ce prix en fonction des critères raisonnables de son choix. À ce stade de l'examen d'un tarif, ce sont les considérations d'ordre économique qui prennent le dessus. La nature de l'auditoire et le fait qu'un tiers puisse

In the case at hand, the Board is of the opinion that the economic value of music to the broadcaster is properly measured as a proportion of its income. There are at least two reasons for reaching this conclusion.

First, the Board considers that the number of viewers is more important than the technology used in reaching them. Courts have already stated that the Act ought to be applied in a "technology-neutral" fashion.⁴⁶ In a local market, the cable subscriber's choice of viewing a signal "off-air" or on cable has no direct effect on the broadcaster's revenues. Therefore, it is reasonable to account for all the potential audience in setting the financial burden to be borne by the broadcaster.

Second, taking into account all of a television broadcaster's revenues merely reflects practices in other rights markets,⁴⁷ as well as the broadcasters' own pricing policies, neither of which take account of whether the local market audience is reached directly or through the intermediary of a cable operator. The price paid for programming is a function of the total potential audience in the market. Advertising rate sheets and revenues also are a function of the total audience reached, whether viewing is on cable or off-air: broadcasters do not share their advertising revenues with local cable operators. This bolsters the Board's view that the value of SOCAN's repertoire to a broadcaster is not influenced by the share of that broadcaster's viewing captured through cable. Therefore, it finds it reasonable to set the price as a function of the total benefits the broadcaster derives from the use of that repertoire; it even considers that to do so avoids giving television stations a free ride.⁴⁸

Furthermore, this approach is congruent with the retransmission regime set out in the Act, which constitutes "a comprehensive scheme covering the communication of works through the retransmission of signals first transmitted by over-the-air radio and television stations".⁴⁹ Statements that this regime does not "render cable's retransmission of music in local signals non-infringing", or that "retransmitters are not entitled to shelter behind" its provisions for the public performance that may be effected at the same time must be weighed against what appear to

se servir de l'exécution pour se livrer à une autre de son crû ne sont que deux facteurs parmi plusieurs autres dont il peut être tenu compte dans l'établissement du prix à payer pour cette exécution.⁴⁵

Dans l'espèce, la Commission croit approprié d'établir un rapport entre la valeur économique de la musique pour le diffuseur et l'ensemble de ses revenus. Deux motifs, au moins, l'amènent à tirer cette conclusion.

Premièrement, la Commission considère que le nombre total de téléspectateurs importe davantage que la technologie servant à les rejoindre. Les tribunaux judiciaires ont déjà exprimé le souhait que la Loi soit appliquée d'une façon «technologiquement neutre».⁴⁶ Dans un marché local, le choix que l'abonné fait de visionner un signal par l'intermédiaire du câble plutôt qu'au moyen des ondes hertziennes n'a pas d'effet direct sur les revenus du diffuseur. Il est donc raisonnable de tenir compte de tout l'auditoire potentiel dans l'établissement du fardeau financier qui incombe à ce dernier.

Deuxièmement, tenir compte de l'ensemble des revenus du diffuseur, c'est prendre acte des pratiques d'autres marchés,⁴⁷ et de celles des diffuseurs eux-mêmes. Les uns comme les autres ne tiennent aucun compte de la part d'audience qui est rejointe directement, plutôt que par l'entremise du câble. Le prix payé pour la programmation est fonction de l'auditoire potentiel total dans le marché. Le prix de la publicité et les revenus des diffuseurs sont fonction du même facteur, peu importe que le visionnement se fasse ou non par la voie du câble : les diffuseurs ne vont pas jusqu'à partager leurs revenus avec les câblodistributeurs. Cela tend à supporter le point de vue de la Commission à l'effet que la valeur du répertoire de la SOCAN pour un diffuseur ne change en rien du fait que c'est grâce au câble qu'il obtient une partie de sa part d'écoute dans le marché local. Par conséquent, elle en vient à la conclusion qu'il est raisonnable d'établir le prix en fonction de tous les bénéfices que le diffuseur obtient de son usage de ce répertoire; elle est d'avis par ailleurs que ce faisant, on évite de permettre aux stations de télévision de s'enrichir sans cause.⁴⁸

Cette analyse est d'ailleurs en accord avec le régime de retransmission mis sur pied dans la Loi; il s'agit d'un régime complet relatif à la retransmission de signaux que des stations de télévision et de radio transmettent d'abord par la voie des ondes.⁴⁹ L'ACR soutient que malgré l'existence de ce régime, la retransmission de musique sur un signal local constitue un usage protégé, et que les retransmetteurs ne peuvent trouver refuge derrière ces dispositions à l'égard de l'exécution publique qu'ils effectuent simultanément; ces affirmations se heurtent à ce qui

be the clear objectives of that comprehensive scheme and the unambiguous intention of Parliament.

The transmission of a local broadcast signal by a cable operator clearly constitutes a retransmission within the meaning of section 28.01 of the Act. The scheme allows cable operators, under certain conditions, to retransmit local signals, music and all, without charge. To do what CAB suggests would prevent that retransmission from occurring at the conditions set out in the scheme.

In the absence of a compensation scheme for the retransmission of local signals, CAB cannot argue either that there are double payments for the same audience.

The *CCTA* and *CTV* decisions do raise several difficulties in the interpretation of the Act. Both decisions are currently the subject of pending applications for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. If leave is granted, the Court's decision may well require nuancing the Board's conclusions. Having said this, the parties had asked the Board to proceed with the examination of Tariff 2.A.1 even before the decision of the Federal Court of Appeal in *CTV* had been rendered. In the absence of any request from the parties to further delay the disposition of an issue that now goes back more than four years, the Board is of the opinion that the balance of inconveniences is in favour of releasing its decision without any further delay.

Given the approach followed by the Board in reaching its decision, it becomes unnecessary to dispose of the other issues raised by CAB in its memorandum.

ADDITIONAL REASONS DELIVERED BY MEMBER LATRAVERSE

I share my colleagues' point of view on Tariff 2.A.1, and the underlying rationale for their decision.

However, I cannot subscribe to some of the reasons they rely upon to dismiss the arguments put forward by CAB to reopen the matter.

I would reject its attempt to reopen the matter for the following reasons.

First, the request is made too late. Counsel for CAB filed the motion to reopen on July 5, 1993. The hearings had ended on February 4, 1993, and written replies to the parties' arguments had been on file with the Board since April 14, 1993.

semble être les objets clairs de ce régime et l'intention non-ambiguë du Parlement.

Il ne fait aucun doute que le câblodistributeur qui transmet un signal local le retransmet au sens où l'entend l'article 28.01 de la Loi. Le régime prévoit expressément qu'à certaines conditions, le câblodistributeur peut retransmettre les signaux locaux, y compris la musique qu'ils comportent, sans qu'il lui en coûte rien. On ne peut agir dans le sens que l'ACR propose sans empêcher que cette retransmission n'ait lieu aux conditions établies dans le régime.

Vu l'absence d'un régime de compensation pour la retransmission de signaux locaux, l'ACR ne saurait soutenir non plus que la SOCAN reçoit deux paiements pour le même auditoire.

Certes, les arrêts *ACTC* et *CTV* soulèvent plusieurs difficultés d'interprétation de la Loi. Ces deux décisions font présentement l'objet de demandes de permission d'appeler devant la Cour suprême du Canada. Si cette permission est accordée, la décision du Tribunal pourrait fort bien amener la Commission à nuancer ses conclusions. Par ailleurs, tant l'ACR que la SOCAN avaient demandé à la Commission de se pencher sur le tarif 2.A.1 avant même que la décision de la Cour d'appel fédérale ait été rendue. Ni l'une ni l'autre n'ont demandé à la Commission de surseoir au prononcé de sa décision dans une affaire dont les origines remontent à plus de quatre ans. Dans ces circonstances, la Commission croit préférable de rendre sa décision sans plus attendre.

Compte tenu de la façon dont la Commission en arrive à sa décision, il n'est pas nécessaire de traiter des autres questions soulevées dans le mémoire de l'ACR.

MOTIFS SUPPLÉMENTAIRES EXPRIMÉS PAR LE COMMISSAIRE LATRAVERSE

Je partage l'opinion de mes collègues sur le tarif 2.A.1, et les motifs sous-tendant cette décision.

Je ne peux souscrire à certains des motifs qu'ils ont invoqués pour ne pas donner suite à la requête en réouverture de l'ACR.

Je rejetterais cependant la requête en réouverture de l'ACR pour deux motifs.

Premièrement, la requête est tardive. Le procureur de l'ACR l'a présentée le 5 juillet 1993, alors que les audiences étaient terminées depuis le 4 février 1993, et que les répliques écrites à l'argumentation des parties avaient été soumises à la Commission le 14 avril 1993.

In support of his request, counsel for CAB relies mainly on the reasons set out in two decisions for the Federal Court of Appeal, *CCTA* and *CTV*, both issued on January 5, 1993. Hearings before this Board took place between January 12, and February 4, 1993. The arguments set out in counsel's argument, as well as the evidence he referred to, could just as easily have been raised in the context of these hearings or in the period immediately following them. He chose not to do so. Since the tariff we are called upon to examine is annual, CAB remains quite able to raise these issues in the context of the examination of the 1994 tariff, if it finds advisable to do so.

Our role is to set short term tariffs, as in this case a yearly tariff; this tariff also must be set within a reasonable time. CAB did not discharge its burden of convincing the Board that it ought to postpone a decision on this tariff.

Secondly, subsection 28.01(2) of the Act provides that no payment is due for the retransmission of local signals, which does not constitute an infringement of copyright. The only comment offered by CAB on this is as follows:

Given that section 28.01(2) of the Act excuses only the communication of musical works, and not the communication of performances of musical works, it does not apply to render cable's retransmission of music in local signals non-infringing.⁵⁰

There is nothing else in CAB's memorandum to support its statement in this regard. This appears to me to be insufficient.

I do not subscribe to all the conclusions set out by my colleagues for the following reasons.

While there may be no doubt that the transmission of a television signal by a broadcaster constitutes a public performance, the decision of the Federal Court of Appeal in *CCTA* leads one to conclude that the transmission of a signal by a cable operator also constitutes a public performance.

My colleagues conclude that these constitute two separate performances. The first one, by the broadcasters, results in full liability for the payment of royalties, irrespective of the manner of reception. The second, by the cable operators, would result in no liability, thanks to the exemption provided for in subsection 28.01(2) of the Act.

L'ACR fonde sa requête principalement sur les conclusions de deux arrêts de la Cour d'appel fédérale, les arrêts *ACTC* et *CTV*, tous deux rendus le 5 janvier 1993. Les audiences devant la Commission se sont déroulées entre le 12 janvier 1993 et le 4 février 1993. Les arguments et la preuve que le procureur de l'ACR propose de soumettre auraient très bien pu l'être dans le cadre de ces audiences, ou dans les jours qui suivirent. Il ne l'a pas fait. Comme le tarif sur lequel nous sommes appelés à nous prononcer est un tarif annuel, l'ACR pourra très bien le faire l'an prochain, si elle le juge à propos.

Notre rôle est d'établir des tarifs à court terme, dans ce cas-ci un tarif annuel; donc, ce tarif doit être connu dans un délai raisonnable, également à court terme. L'ACR ne s'est pas déchargée d'une façon prépondérante du fardeau de nous démontrer que nous devons surseoir à rendre une décision sur ce tarif.

Deuxièmement, le paragraphe 28.01(2) de la Loi exclut le paiement de droits pour la retransmission de signaux locaux, ne la considérant pas comme une violation du droit d'auteur. Le seul commentaire de l'ACR à ce sujet est le suivant :

[TRADUCTION] Compte tenu que le paragraphe 28.01(2) de la Loi ne vise que la communication d'œuvres musicales, et non celle de l'exécution de telles œuvres, cette disposition ne peut entraîner que la retransmission sur le câble de musique portée sur un signal local ne constitue pas une violation du droit d'auteur.⁵⁰

Il n'y a rien d'autre dans le mémoire de l'ACR pour supporter son affirmation sur ce point. Cela me paraît insuffisant.

Je ne souscris pas à tous les motifs explicités par mes collègues pour les raisons suivantes.

S'il n'y a aucun doute à l'effet que l'émission d'un signal de télévision par un télédiffuseur constitue une exécution publique, la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *ACTC* permet de conclure que la transmission d'un signal par le câblodistributeur constitue également une exécution publique.

Mes collègues décident qu'il s'agit de deux exécutions séparées. L'une, celle des télédiffuseurs, engagerait une responsabilité complète pour le paiement des droits,

My reading of the CCTA decision leads me to believe that these constitute a single performance, delivered to the audience through two different channels. As Létourneau J., notes:

However, if one wants to lay with the subscriber the ultimate responsibility for the materialization of the public performance and therefore the infringement of the copyrights, there is no doubt that, upon a plain and constructive meaning of the word "authorization", the appellant authorizes such materialization by its customers.⁵¹

If this were the case, could one reasonably impose on the broadcaster 100 per cent of the cost of the liability owed to authors, because cable operators enjoy a statutory franchise?

I find no legal text or support to justify such a transfer of liability.

TARIFF 2.B (ONTARIO EDUCATIONAL COMMUNICATION AUTHORITY)

AND

TARIFF 2.C (SOCIÉTÉ DE RADIO-TÉLÉVISION DU QUÉBEC)

SOCAN filed its statement of proposed royalties for 1993 before the Board issued its decision on the TVOntario tariff for 1992. SOCAN's proposal would have set at \$364,696.50 the price TVOntario pays for its use of music; Radio-Québec would have been required to pay \$240,988.45. TVOntario and Radio-Québec filed oppositions to these tariffs. On February 18, 1993, the Board set at \$272,800 TVOntario's royalty for 1992, while Radio-Québec's royalty was set at \$234,080.

SOCAN later filed with the Board agreements between it, TVOntario and Radio-Québec. These agreements request that the Board set the same royalties in 1993 as in 1992.

These agreements reflect the formula used in 1992 to account for price fluctuations; the Board intends to use the same formula this year. Since the increase in the Consumer Price Index from June, 1991 to June, 1992 was less than two per cent, all the amounts used in the 1993 tariff will remain at their 1992 levels. Therefore, the Board certifies

indépendamment du mode de réception; l'autre, celle des câblodistributeurs, n'engagerait aucune responsabilité, vu l'exemption prévue au paragraphe 28.01(2) de la Loi.

Ma lecture de l'arrêt *ACTC* me porte à croire qu'il s'agit d'une même exécution publique, délivrée à l'audience par deux médias différents. Comme l'écrit le Juge Létourneau :

[TRADUCTION] Cela étant dit, si l'on entend faire reposer sur l'abonné l'ultime responsabilité pour la matérialisation de l'exécution publique et par conséquent, de la violation du droit d'auteur, il ne fait aucun doute, si l'on donne au mot «autorisation» une interprétation libérale qui tienne compte de son sens ordinaire, que l'appelant autorise la matérialisation effectuée par l'abonné.⁵¹

Si tel est le cas, est-il raisonnable de décider que le télédiffuseur encourt 100 pour cent du coût de la responsabilité à l'égard des auteurs, parce que les câblodistributeurs jouiraient d'une franchise légale ?

Je ne trouve aucun texte ou support juridique pour justifier ce transfert de responsabilité.

TARIF 2.B (OFFICE DE LA TÉLÉCOMMUNICATION ÉDUCATIVE DE L'ONTARIO)

ET

TARIF 2.C (SOCIÉTÉ DE RADIO-TÉLÉVISION DU QUÉBEC)

Le projet de tarif de la SOCAN pour 1993, qui avait été déposé avant que la Commission ne rende sa décision concernant le tarif de TVOntario pour 1992, aurait porté à 364 696,50 \$ le prix que TVOntario paye pour l'usage qu'elle fait de la musique. Pour Radio-Québec, ce prix aurait été porté à 240 988,45 \$. TVOntario et Radio-Québec se sont opposées à ces tarifs. Le 18 février 1993, la Commission fixait à 272 800 \$ la redevance payable par TVOntario en 1992; la redevance payable par Radio-Québec était fixée à 234 080 \$.

Par la suite, la SOCAN a déposé auprès de la Commission deux ententes intervenues entre elle et TVOntario et Radio-Québec. Ces ententes demandent que les tarifs soient maintenus en 1993 au même niveau qu'en 1992.

Ces ententes sont conformes à la formule dont la Commission s'est servie en 1992 pour tenir compte de l'inflation, formule qu'elle entend utiliser à nouveau cette année. L'augmentation de l'indice des prix à la consommation ayant été inférieure à deux pour cent pour la période allant de juin 1991 à juin 1992, les montants en argent utilisés

Tariffs 2.B and 2.C for 1993 so as to reflect the substance of the relevant agreements.

TARIFF 3 (CABARETS, CAFES, CLUBS, COCKTAIL BARS, DINING ROOMS, LOUNGES, RESTAURANTS, ROADHOUSES, TAVERNS AND SIMILAR ESTABLISHMENTS);

TARIFF 12 (ONTARIO PLACE CORPORATION, CANADA'S WONDERLAND AND OTHER SIMILAR OPERATIONS);

TARIFF 18 (RECORDED MUSIC FOR DANCING);

AND

TARIFF 20 (KARAOKE BARS AND SIMILAR PREMISES)

All these tariffs were the subject of agreements between SOCAN and the objectors for the years 1992 and 1993. Agreements were reached with the Canadian Restaurant and Foodservices Association on Tariffs 3, 18 and 20; with the Hotel Association of Canada on Tariffs 3 and 18; with Ontario Place Association and the Canadian Alliance of Music Presenters on Tariff 12.A; and with Canada's Wonderland on Tariff 12.B. The last two agreements are also intended to apply to the years 1994 and 1995.

The Board asked SOCAN a number of questions concerning differences between Tariff 12.A and 12.B. The explanations supplied by SOCAN were, on the whole, acceptable.

As a result, the Board certifies Tariffs 3, 12, 18 and 20 for 1993 so as to reflect the substance of the agreements.

TARIFF 5.A (EXHIBITIONS AND FAIRS);

TARIFF 13.A (AIRCRAFT);

AND

TARIFF 16 (MUSIC SUPPLIERS)

These proposed tariffs were identical to those certified for 1992. They reflect agreements reached between the persons concerned. No objections were filed. The Board certifies Tariffs 5.A, 13.A and 16 1993 so as to reflect the substance of the agreements.

dans les tarifs pour 1993 resteront les mêmes qu'en 1992. Par conséquent, la Commission certifie les tarifs 2.B et 2.C pour 1993 de façon à donner effet aux ententes en question.

TARIF 3 (CABARETS, CAFÉS, CLUBS, BARS À COCKTAIL, SALLES À MANGER, FOYERS, RESTAURANTS, AUBERGES, TAVERNES ET ÉTABLISSEMENTS DU MÊME GENRE);

TARIF 12 (ONTARIO PLACE CORPORATION, CANADA'S WONDERLAND ET AUTRES ÉTABLISSEMENTS DU MÊME GENRE);

TARIF 18 (MUSIQUE ENREGISTRÉE UTILISÉE À DES FINS DE DANSE);

ET

TARIF 20 (BARS KARAOKÉ ET ÉTABLISSEMENTS DU MÊME GENRE)

La SOCAN a conclu des ententes par rapport à tous ces tarifs pour 1992 et 1993. Des ententes ont été conclues avec l'Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires par rapport aux tarifs 3, 18 et 20; avec l'Association des hôtels du Canada par rapport aux tarifs 3 et 18; avec l'Ontario Place Corporation et la Canadian Alliance of Music Presenters par rapport au tarif 12.A; et avec Canada's Wonderland par rapport au tarif 12.B. Notons que les deux dernières ententes touchent également les années 1994 et 1995.

La Commission a adressé à la SOCAN certaines questions portant sur des différences existant entre les tarifs 12.A et 12.B. Dans l'ensemble, la Commission est satisfaite des éclaircissements que la SOCAN lui a fournis.

La Commission certifie donc, pour 1993, les tarifs 3, 12, 18 et 20 de façon à donner effet aux ententes en question.

TARIF 5.A (EXPOSITIONS ET FOIRES);

TARIF 13.A (AVIONS);

ET

TARIF 16 (FOURNISSEURS DE MUSIQUE)

Les tarifs proposés pour 1993 sont les mêmes que les tarifs approuvés pour 1992. Ils reflètent les ententes intervenues entre les intéressés. Il n'y a eu aucune opposition à ces tarifs. La Commission certifie, pour 1993, les tarifs 5.A, 13.A et 16 de façon à donner effet aux ententes en question.

TARIFF 10 (PUBLIC PARKS, STREETS OR SQUARES)

SOCAN's statements of proposed royalties for 1992 and 1993 asked for increases in the amounts set in this tariff. SOCAN also asked that concerts in parks be subject to Tariff 4 rather than to a separate tariff. The Ontario Recreational Facilities Association (ORFA) filed an objection, which it withdrew on November 9, 1993.

The Board agrees with SOCAN that concerts that used to be covered by this tariff ought to be subject to the general concert tariff. Furthermore, given the price adjustment formula which the Board used in 1992 and is using for all amounts contained in the 1993 tariff, the figures in the certified Tariff 10 for 1992 will be 4.3 per cent higher than those for 1991, and the certified Tariff 10 for 1993 will be identical to that of 1992.

TARIFF 14 (PERFORMANCE OF AN INDIVIDUAL WORK)

SOCAN's statement of proposed royalties for 1993 contained a significant increase for this tariff. However, no objections were filed.

Following a series of inquiries and observations from the Board, SOCAN indicated, in a letter dated October 1, 1993, that it would be content with this tariff remaining the same in 1993 as in 1992. The Board certifies this tariff accordingly.

TARIFF 15.A (BACKGROUND MUSIC)

Given the price adjustment formula which the Board is using for all amounts contained in the 1993 tariff, the certified Tariff 15.A for 1993 will be identical to that of 1992.

TARIFF 15.B (MUSIC ON HOLD)

SOCAN's statements of proposed royalties for 1992 and 1993 asked for the addition of a tariff for the performance of recorded music over a telephone on hold. The royalty payable in 1992 would have been \$91.85 for one trunk line plus \$2 for each additional trunk line. In 1993, these amounts would have raised to \$93.04 and \$2.03. No objections were filed to this tariff for 1992 or for 1993.

TARIF 10 (PARCS, RUES OU PLACES PUBLIQUES)

Les projets que la SOCAN avait déposés pour 1992 et 1993 demandaient d'augmenter les montants qui sont portés à ce tarif. La SOCAN demandait aussi que les concerts exécutés dans les parcs soient assujettis au tarif 4 plutôt qu'à un tarif séparé. L'Ontario Recreational Facilities Association (ORFA) a déposé à l'égard de ce tarif une opposition qu'elle a retirée le 9 novembre 1993.

La Commission est elle aussi d'avis que les concerts qui faisaient jusqu'ici l'objet du tarif 10 devraient être assujettis au tarif applicable aux concerts en général. Par ailleurs, compte tenu de la formule d'ajustement que la Commission avait retenue en 1992 et retient encore pour les montants en argent utilisés dans les tarifs de 1993, les montants portés au tarif 10 en 1992 seront augmentés de 4,3 pour cent par rapport à 1991, et resteront les mêmes en 1993 qu'en 1992.

TARIF 14 (EXÉCUTION D'ŒUVRES PARTICULIÈRES)

Le projet de tarif 14 de la SOCAN pour 1993 comportait des hausses importantes par rapport à 1992. Malgré cela, personne ne s'y est opposé.

La Commission a adressé à la SOCAN des questions ainsi que des commentaires à cet égard. Suite à ces démarches, la SOCAN, dans une lettre en date du premier octobre 1993, a avisé la Commission qu'elle acceptait que le tarif soit maintenu à son niveau de 1992. La Commission certifie donc le tarif à ce niveau.

TARIF 15.A (MUSIQUE DE FOND)

Compte tenu de la formule d'ajustement que la Commission retient pour les montants en argent utilisés dans les tarifs de 1993, le tarif 15.A pour cette année restera le même qu'en 1992.

TARIF 15.B (ATTENTE MUSICALE)

Les projets que la SOCAN avait déposés pour 1992 et 1993 comportaient un nouveau tarif pour l'exécution de musique enregistrée pour fins d'attente au téléphone. La redevance pour 1992 aurait été de 91,85 \$ pour une ligne principale de standard plus 2 \$ pour chaque ligne principale de standard additionnelle; en 1993, elle aurait été de 93,04 \$ et de 2,03 \$ respectivement. Personne ne s'est opposé à ce tarif en 1992 ou en 1993.

The Board addressed several inquiries to SOCAN. It was particularly preoccupied with clarifying the notion of "trunk line" around which the tariff is structured. As a result of these exchanges, SOCAN included a definition of this expression in its statement of proposed royalties for 1994. The Board finds that definition satisfactory and makes use of it in this decision.

On November 3, 1993, SOCAN confirmed that it would be impractical to certify a tariff for 1992 at this late date. As for 1993, the Board sets the base rate at the same level as for the minimum royalty payable under Tariff 15.A, and at \$2 the royalty payable for each additional trunk line.

Claude Majeau
Secretary to the Board

La Commission a demandé à la SOCAN divers suppléments d'information à cet égard. Elle tenait tout particulièrement à clarifier la notion de «ligne de standard principale» qui sert de toile de fond à ce tarif. Suite à ces échanges, la SOCAN a incorporé à son projet de tarif pour 1994 une définition de cette expression. La Commission la trouve acceptable et s'en sert dans la présente décision.

Le 3 novembre 1993, la SOCAN a confirmé le fait qu'il serait peu pratique, compte tenu du temps écoulé, de certifier un tarif pour l'année 1992. Pour l'année 1993, la Commission établit le taux de base au même montant que la redevance minimum payable en vertu du tarif 15.A, et à 2 \$ la redevance payable pour chaque ligne de standard additionnelle.

Le secrétaire de la Commission
Claude Majeau

ENDNOTES

- ¹ For a more complete history of the radio tariffs, see *Copyright Appeal Board 1987 Report* (1987), 15 CPR (3d) 129, at pp. 134-135.
- ² Transcript, pp. 712, 771-772, 800-806.
- ³ Mr. Forsyth, transcript, p. 458; SOCAN-3, p. 21.
- ⁴ Transcript, pp. 432-435; SOCAN-3, p. 20.
- ⁵ Transcript, p. 885.
- ⁶ Transcript, p. 129; SOCAN-2.
- ⁷ Transcript, pp. 243-245.
- ⁸ Transcript, p. 1055.
- ⁹ In the period used by Professor Liebowitz, programming costs grew by 494 per cent and revenues by 405 per cent.
- ¹⁰ SOCAN-4, Table 2, p. 12.
- ¹¹ Interestingly, Professor Liebowitz points out (SOCAN-4, p. 11) that in the relevant period, the increase in revenue was close to the median increase in production costs, with eight inputs growing faster than revenues, and seven growing more slowly.
- ¹² This rate appears to be 2.8 per cent: see CAB-8.
- ¹³ See both retransmission decisions, 1989-1, p. 21 (*p. 18 in this volume*), and 1991-10, p. 22 (*p. 151 in this volume*).
- ¹⁴ See *infra*, at pp. 17-18 (*p. 147 in this volume*).
- ¹⁵ Transcript, pp. 418-419.
- ¹⁶ Transcript, pp. 1166-1168.
- ¹⁷ SOCAN's Reply, p. 6.
- ¹⁸ This information is contained in Exhibit SOCAN-26.

NOTES

- ¹ La décision de la Commission d'appel du droit d'auteur pour l'année 1987, publiée en anglais sous le titre de *Copyright Appeal Board 1987 Report* (1987), 15 CPR (3d) 129, comporte aux pp. 134-135 un historique plus complet de ce tarif.
- ² Transcription, pp. 712, 771-772, 800-806.
- ³ M. Forsyth, transcription, p. 458; SOCAN-3, p. 21.
- ⁴ Transcription, pp. 432-435; SOCAN-3, p. 20.
- ⁵ Transcription, p. 885.
- ⁶ Transcription, p. 129; SOCAN-2.
- ⁷ Transcription, pp. 243-245.
- ⁸ Transcription, p. 1055.
- ⁹ Durant la période qu'a retenue le professeur Liebowitz, les coûts de programmation ont grimpé de 494 pour cent et les revenus de 405 pour cent.
- ¹⁰ SOCAN-4, tableau 2, p. 12.
- ¹¹ Fait intéressant à noter, le professeur Liebowitz souligne (SOCAN-4, p. 11) que pour la période de référence, l'augmentation des revenus suit de près l'augmentation médiane des coûts de production : huit des intrants ont vu leurs prix augmenter plus rapidement que les revenus, cependant que sept ont moins augmenté.
- ¹² Le taux américain semble être de 2,8 pour cent : ACR-8.
- ¹³ Voir les décisions portant sur la retransmission 1989-1, p. 21 (*p. 18 dans ce recueil*), et 1991-10, p. 22 (*p. 151 dans ce recueil*).
- ¹⁴ Voir *infra*, pp. 17-18 (*p. 147 dans ce recueil*).
- ¹⁵ Transcription, pp. 418-419.
- ¹⁶ Transcription, pp. 1166-1168.
- ¹⁷ Réplique de la SOCAN, p. 6.
- ¹⁸ Ces détails se retrouvent dans la pièce SOCAN-26.

- ¹⁹ At the beginning of these hearings, SOCAN requested that the base used in calculating the royalties payable by network affiliate stations be widened. The Board declined to do so: see transcript, pp. 8 to 27, 245 and 246.
- ²⁰ Public performance, file 1990-4, decision of July 31, 1991 [hereafter "Public Performance, 1991"], p. 16 (p. 297 in this volume).
- ²¹ Argument, par. 47.
- ²² *PROCAN v. Canadian Broadcasting Corporation*, supra., at 449 (Heald J.) and 452 (Mahoney J.).
- ²³ *CAPAC v. Canadian Broadcasting Corporation*, supra, at 450 (Mahoney, J.).
- ²⁴ See, for example, the testimony of Mr. Morley, transcript pp. 336 *et seq.*, relating to compensation formulae set in terms of "points". See also the testimony of Mr. Crawley, transcript p. 2208.
- ²⁵ CAB argument, paragraphs 84-86.
- ²⁶ *Public Performance, 1991*, p. 20 (p. 300 in this volume).
- ²⁷ Transcript, pp. 923-924.
- ²⁸ What the parties called "front-end payments".
- ²⁹ What the parties called the "back-end payments".
- ³⁰ Transcript, p. 1934.
- ³¹ In this respect, an important distinction can be drawn with the matter at issue in *PROCAN v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 CPR (3d) 433 (FCA). In that case, Heald J. stated at p. 449 that absent an independent reasonable and suitable basis for a tariff formula, the fact that it had been in place for a long time was not relevant. In the present case, the tariff formula reasonably reflects the price that ought to be set for the relevant use, irrespective of the length of time during which the tariff had been in place.
- ³² See, for example, the testimony of Messrs. McCabe, Scarth and Scapilatti (for CAB) and of Mr. Kirk (for SOCAN), as well as Exhibit CAB-4.
- ³³ Transcript, p. 398.
- ³⁴ See s. 70.63(2).
- ¹⁹ Au début des audiences, la SOCAN a demandé à ce que l'assiette servant à établir les droits payables par les stations affiliées à un réseau soit élargie. La Commission a rejeté cette requête : voir transcription, pp. 8 à 27, 245 et 246.
- ²⁰ Exécution publique, dossier 1990-4, décision du 31 juillet 1991 [ci-après «Exécution publique, 1991»], p. 16 (p. 297 dans ce recueil).
- ²¹ Argumentation, para. 47.
- ²² *PROCAN c. Canadian Broadcasting Corporation*, supra., pp. 449 (Heald J.) et 452 (Mahoney J.).
- ²³ *CAPAC c. Canadian Broadcasting Corporation*, supra, p. 450 (M. le juge Mahoney).
- ²⁴ Voir, par exemple, le témoignage de M. Morley, transcription, pp. 336 et suivantes, sur la rémunération exprimée en termes de «points». Voir aussi le témoignage de M. Crawley, transcription, p. 2208.
- ²⁵ Argumentation de l'ACR, paragraphes 84-86.
- ²⁶ *Exécution publique, 1991*, p. 20 (p. 300 dans ce recueil).
- ²⁷ Transcription, pp. 923-924.
- ²⁸ Ce que les parties ont appelé les *front-end payments*.
- ²⁹ Ce que les parties ont appelé les *back-end payments*.
- ³⁰ Transcription, p. 1934.
- ³¹ À cet égard, il existe une distinction importante entre la présente affaire et celle qui a fait l'objet d'une ordonnance de révision judiciaire dans l'affaire *PROCAN c. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 CPR (3d) 433 (CAF). Dans cette affaire, l'honorable juge Heald avait conclu à la p. 449 qu'en l'absence de fondement rationnel autonome pour une formule tarifaire, le fait que la formule ait existé depuis longtemps ne constitue pas une considération pertinente. Tel n'est pas le cas si la formule tarifaire reflète raisonnablement le prix qui devrait être payé pour l'usage dont il est question, sans égard au fait que le tarif ait été en place depuis un certain temps.
- ³² Voir, entre autres, le témoignage de MM. McCabe, Scarth et Scapilatti (pour l'ACR) et de M. Kirk (pour la SOCAN), ainsi que la pièce ACR-4.
- ³³ Transcription, p. 398.
- ³⁴ Voir l'article 70.63(2).

- ³⁵ This may well be the reason for which the Director of Investigation and Research decided not to oppose the merger of CAPAC and PROCAN.
- ³⁶ Transcript, pp. 922-923.
- ³⁷ Transcript, pp. 1305-1306.
- ³⁸ In the case of the low-use tariff for radio, users accepted a monitoring formula which, in the opinion of the Board, makes the extra monitoring burden much more bearable.
- ³⁹ Theoretically, a composer could choose not to be a member of SOCAN. But this is not realistic.
- ⁴⁰ This is necessarily implied in *CAPAC v. CTV*, [1968] SCR 676, [CAPAC] at 683, where Pigeon J. speaks of "use of the copyright by performing the works through television broadcasts".
- ⁴¹ A broadcaster's transmission is public by nature: see the statement of Federal Court of Appeal in *CTV Television Network v. Canada (Copyright Board)* (1993), 46 CPR (3d) 343 (FCA) [CTV], at 358c-d, with regard to CTV affiliates. By contrast, the transmission by CTV to its affiliates is a private transmission: *CTV*, at 357a-358d. So is the transmission by a non-broadcast service to a retransmitter.
- ⁴² *Canadian Cable Television Association v. Canada (Copyright Board)* (1993), 46 CPR (3d) 359, (FCA) [CCTA] at 371c. [our emphasis]
- ⁴³ *CCTA*, at 371g.
- ⁴⁴ *CCTA*, at 371g. This also disposes of CAB's argument that viewers' choices dictate whether the broadcaster or the retransmitter performs the music contained in a broadcast signal. The very fact that a cable subscriber may be choosing which of two performances to view presupposes that both performances have taken place.
- ⁴⁵ According to the Supreme Court of Canada, the Board, in setting the appropriate royalties, may even take into account revenues derived from activities that are clearly not covered under the Act: see *CAPAC*, at 683.
- ³⁵ Cela explique peut-être le fait que le Directeur des enquêtes ait décidé de ne pas s'opposer à la fusion de la CAPAC et de la SDE.
- ³⁶ Transcription, pp. 922-923.
- ³⁷ Transcription, pp. 1305-1306.
- ³⁸ Par contre, les stations qui utilisent peu de musique protégée ont accepté de se plier à un mécanisme de rapport qui rend le fardeau de surveillance de la SOCAN beaucoup plus supportable.
- ³⁹ En théorie, un compositeur pourrait décider de ne pas adhérer à la SOCAN. Cette hypothèse n'est toutefois pas réaliste.
- ⁴⁰ Cette conclusion découle nécessairement du passage contenu dans l'arrêt *CAPAC c. CTV*, [1968] RCS 676, [CAPAC] à la p. 683, où le juge Pigeon parle en termes de [TRADUCTION] «l'usage fait du droit d'auteur en exécutant les œuvres au moyen d'une diffusion télévisuelle».
- ⁴¹ La transmission effectuée par un diffuseur est publique de par sa nature : voir ce qu'en dit la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *CTV Television Network c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (1993), 46 CPR (3d) 343 (CAF) [CTV], 358c-d, par rapport aux stations affiliées au réseau CTV. Par contre, la transmission effectuée par CTV à ses stations affiliées est privée : *CTV*, 357a-358d. Il en est de même de la transmission entre un service spécialisé et un retransmetteur.
- ⁴² *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)* (1993), 46 CPR (3d) 359, (CAF) [ACTC], 371c. [l'italique est de nous]
- ⁴³ *ACTC*, 371g.
- ⁴⁴ *ACTC*, 371g. Cet énoncé dispose par ailleurs de la prétention voulant que le choix exercé par le spectateur détermine qui du diffuseur ou du retransmetteur exécute la musique portée sur un signal en clair. Pour que l'abonné au câble choisisse, entre deux exécutions, celle qu'il désire regarder, il faut que deux exécutions aient eu lieu.
- ⁴⁵ La Cour suprême du Canada a même laissé entendre que dans l'établissement de redevances, la Commission pourrait tenir compte de revenus découlant d'activités qui sont clairement exclues du champ d'application de la Loi : *CAPAC*, 683.

⁴⁶ See *CAPAC*, at 682-3; *CCTA*, at 368h.

⁴⁷ The Board may take into account market practices in setting the price for music performance licenses: *PROCAN v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 CPR (3d) 433 (FCA), at 450 (per Mahoney J.).

⁴⁸ The Board's decisions on royalties payable by TVOntario, the CBC and Radio-Québec, to which CAB refers at page 13 of its argument, all set prices based on viewing, whether or not that viewing depended on cable.

⁴⁹ *Re Royalties for Retransmission Rights of Distant Radio and Television Signals* (1990), 32 CPR (3d) 97 (Copyright Board), at 139a.

⁵⁰ CAB Memorandum, p. 9.

⁵¹ *CCTA*, at 371h.

⁴⁶ Voir *CAPAC*, 682-3; *ACTC*, 368h.

⁴⁷ La Commission peut tenir compte des pratiques de marchés dans l'établissement du prix de la licence d'exécution publique de musique : *PROCAN c. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 CPR (3d) 433 (CAF), 450 (M. le juge Mahoney).

⁴⁸ Les décisions de la Commission portant sur les redevances à payer par TVOntario, la SRC et Radio-Québec, décisions auxquelles l'ACR fait référence à la page 13 de son argumentation écrite, sont toutes fondées sur la part d'écoute, peu importe que cette part soit dérivée ou non du câble.

⁴⁹ *Re Royalties for Retransmission Rights of Distant Radio and Television Signals* (1990), 32 CPR (3d) 97 (Copyright Board), 139a. La version française de cette décision n'a pas été publiée : la citation se retrouve à la page 60 de la décision (p. 53 dans ce recueil) émise par la Commission.

⁵⁰ Mémoire de l'ACR, p. 9.

⁵¹ *ACTC*, 371h.