

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**Collective Administration of Performing
Rights and of Communications Rights**

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

Copyright Act, subsection 68(3)

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

File: Public Performance of Musical Works

Dossier : Exécution publique d'œuvres musicales

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY SOCAN FOR THE
COMMUNICATION TO THE PUBLIC BY
TELECOMMUNICATION, IN CANADA, OF
MUSICAL OR DRAMATICO-MUSICAL WORKS

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR
LA SOCAN POUR LA COMMUNICATION AU
PUBLIC PAR TÉLÉCOMMUNICATION, AU
CANADA, D'ŒUVRES MUSICALES OU
DRAMATICO-MUSICALES

Tariff No. 24 – Ringtones (2003-2005)

Tarif n° 24 – Sonneries (2003-2005)

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice William J. Vancise
Mrs. Francine Bertrand-Venne
Ms. Brigitte Doucet

M. le juge William J. Vancise
M^e Francine Bertrand-Venne
M^e Brigitte Doucet

Date of Decision

Date de la décision

August 18, 2006

Le 18 août 2006

Ottawa, August 18, 2006

Ottawa, le 18 août 2006

File: Public Performance of Musical Works

Dossier : Exécution publique d'œuvres musicales

**Reasons for the decision certifying SOCAN
Tariff 24 with respect to ringtones for the
years 2003 to 2005**

**Motifs de la décision homologuant le tarif 24
de la SOCAN à l'égard des sonneries pour les
années 2003 à 2005**

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] Cellular telephones are omnipresent; their ringtones are ubiquitous. Ringtones announce to anyone within hearing distance the phone owner's penchant for the theme from *Hockey Night in Canada*, Beethoven's *Für Elise*, *Axel F* from the film *Beverly Hills Cop* or any other music (or sound) of the owner's choosing.

[1] Les téléphones cellulaires sont omniprésents; leurs sonneries résonnent partout. Elles révèlent à tout venant l'attrait du propriétaire pour l'indicatif de *La Soirée du hockey*, *Für Elise* de Beethoven, *Axel F*, thème du film *Le flic de Beverly Hills*, ou toute autre pièce musicale (ou effet sonore) de son choix.

[2] Ringtones are the bane of funeral parlours, theatres, courthouses and hearing rooms. They are also extremely popular. In 2003, they generated worldwide sales of USD 3.5 billion or about 10 per cent of the global music market. That revenue was expected to rise to USD 5.2 billion in 2008.

[2] Au salon funéraire, au théâtre, au palais de justice ou dans une salle d'audience, les sonneries sont un fléau. Elles n'en sont pas moins immensément populaires. En 2003, on en a vendu pour 3,5 milliards de dollars américains à travers le monde; c'est environ 10 pour cent de l'ensemble du marché de la musique. Ce montant passerait à 5,2 milliards de dollars américains en 2008.

[3] Most ringtones use music. Those who own the right to communicate music have asked the Board to set a tariff for that use. For their part, wireless carriers and the recording industry contend that transmitting a ringtone does not involve a communication to the public by telecommunication within the meaning of the *Copyright Act*¹ and that as a result, no royalty is payable.

[3] La plupart des sonneries font appel à la musique. Les titulaires du droit de communiquer cette musique demandent à la Commission d'établir un tarif pour son utilisation. Pour leur part, des entreprises de télécommunications sans fil et l'industrie du disque prétendent que la transmission d'une sonnerie ne fait pas intervenir une communication au public par télécommunication au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*¹ et que dès lors, aucune redevance ne peut être exigée.

[4] These reasons address those issues.

[4] Dans les présents motifs, nous tranchons ces questions.

II. CONTEXT

[5] A ringtone is the sound (or sounds) that a cellular telephone plays to warn the subscriber that there is an incoming call. More often than not, that sound is an excerpt of a musical work.

[6] Musical ringtones currently come in three forms. Two of them provide synthesized music (hence our later references to “synthesized ringtones”). Monophonic ringtones play one note at a time; polyphonic ringtones play from four to sixteen “voices” at the same time, resulting in a more realistic re-creation of the work. The most recent and most popular ringtones are mastertones, also known as truetones, ringtones, or mastertunes. These allow users to download and play excerpts (or clips) taken from the original sound recording of a musical work.

[7] In Canada, the person who delivers a ringtone that uses a musical work requires a licence to reproduce and, according to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), to communicate that work. The person who delivers a mastertone that uses that same work also needs licences to reproduce the performer’s performance and the sound recording; if SOCAN is correct, that person must also pay an equitable remuneration for the communication of the sound recording. This decision deals only with the communication of the musical work.

[8] Communicating a musical work to the public by telecommunication is an act protected by copyright. Authorizing someone else to effect such a communication is also protected. SOCAN, a collective society as defined in section 2 of the *Act*, manages those rights for virtually all

II. CONTEXTE

[5] La sonnerie est le son (ou l’ensemble de sons) que produit un téléphone cellulaire pour avertir l’abonné qu’on cherche à le joindre. Le plus souvent, la sonnerie fait entendre un extrait d’œuvre musicale.

[6] À l’heure actuelle, il existe trois sortes de sonneries musicales. Deux d’entre elles produisent une musique synthétisée (d’où le terme « sonnerie synthétisée » que nous emploierons par la suite). La sonnerie monophonique joue une note à la fois; la sonnerie polyphonique joue simultanément de quatre à seize « voix », offrant une reconstitution plus réaliste de l’œuvre. Les sonneries les plus nouvelles et les plus populaires sont les sonneries dites hifi ou authentiques, connues en anglais sous les noms de *mastertones*, *truetones*, *ringtones* ou *mastertunes*. Ces dernières permettent de télécharger et d’écouter un extrait (ou séquence) de l’enregistrement sonore original d’une œuvre musicale.

[7] Au Canada, celui qui livre une sonnerie utilisant une œuvre musicale doit obtenir une licence permettant la reproduction et, de l’avis de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la communication de l’œuvre. Celui qui livre une sonnerie authentique utilisant cette même œuvre doit aussi obtenir une licence pour la reproduction de la prestation de l’artiste-interprète et de l’enregistrement sonore; si la SOCAN a raison, il doit en plus verser une rémunération équitable pour la communication de l’enregistrement sonore. L’objet de la présente décision se limite à la communication de l’œuvre musicale.

[8] La communication au public par télécommunication d’une œuvre musicale est un acte protégé par le droit d’auteur, tout comme le fait d’autoriser autrui à effectuer une telle communication. C’est la SOCAN, une société de gestion au sens de l’article 2 de la *Loi*, qui gère

of the world repertoire of music protected by copyright.

[9] Subsection 67.1(2) of the *Act* requires SOCAN to file proposed statements of the royalties it intends to collect for the use of its repertoire. For 2003, SOCAN filed its first proposed tariff for the communication of musical works “incorporated into telephone or other ringtones.” It proposed a rate of 10 per cent of the ringtone supplier’s revenues to a maximum of \$7,500 per calendar quarter. For 2004, it proposed a rate of 10 per cent of the supplier’s revenues subject to a minimum royalty of 10¢ for each ringtone supplied. For 2005, it proposed a rate of 10 per cent of the supplier’s revenues subject to a minimum royalty of 20¢ per ringtone supplied. These proposed tariffs were published in the *Canada Gazette* on May 11, 2002, April 19, 2003 and May 1, 2004 respectively. These reasons deal with SOCAN Tariff 24 for the years 2003 to 2005.²

[10] Potential users and their representatives were advised of their right to object to the statements. Bell Mobility (Bell), the Canadian Wireless Telecommunications Association (CWTA) and Telus Mobility (Telus) (collectively the “Wireless Carriers”) objected to one or more of the proposed statements, as did the Canadian Recording Industry Association (CRIA). Two companies that create, collect and distribute ringtones (or ringtone aggregators) were allowed to intervene, i.e. Moviso and SilverBirch Studios. The first withdrew from the proceedings and the other only filed written representations and did not attend the hearing into this matter. The Society of Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) filed written comments that also reflected the view of the Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA).

ces droits pour ainsi dire l’ensemble du répertoire mondial de la musique protégée par le droit d’auteur.

[9] Le paragraphe 67.1(2) de la *Loi* exige que la SOCAN dépose un projet de tarif des redevances qu’elle compte percevoir pour l’utilisation de son répertoire. Pour 2003, la SOCAN a déposé son premier projet de tarif visant la communication d’œuvres musicales « incorporées au sein de sonneries (téléphoniques ou autres) ». Elle a proposé un taux de 10 pour cent des revenus du fournisseur de sonneries, jusqu’à un maximum de 7 500 \$ par trimestre. Pour 2004, elle a proposé un taux de 10 pour cent, sous réserve d’une redevance minimale de 10 ¢ par sonnerie fournie. Pour 2005, elle a proposé un taux de 10 pour cent et une redevance minimale de 20 ¢ par sonnerie. Les tarifs proposés ont été publiés dans la *Gazette du Canada* du 11 mai 2002, 19 avril 2003 et 1^{er} mai 2004 respectivement. Les présents motifs traitent du tarif 24 de la SOCAN pour les années 2003 à 2005.²

[10] Les utilisateurs éventuels et leurs représentants ont été informés de leur droit de s’opposer aux projets de tarif. Bell Mobilité (Bell), l’Association canadienne des télécommunications sans fil (ACTS) et Telus Mobilité (Telus) (désignées collectivement comme les entreprises de télécommunications sans fil) se sont opposées à au moins un des tarifs proposés, tout comme l’Association de l’industrie canadienne de l’enregistrement (CRIA). Deux entreprises qui créent, collectionnent et distribuent des sonneries (les agrégateurs de sonneries) ont été autorisées à intervenir, soit Moviso et *SilverBirch Studios*. La première s’est désistée de la procédure et la seconde s’est limitée à présenter des observations écrites et n’a pas assisté à l’audience. La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (SODRAC) a déposé des observations écrites qui traduisaient également l’opinion de l’Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA).

III. POSITION OF THE PARTICIPANTS

SOCAN

[11] SOCAN proposed a rate of 10 per cent of a ringtone supplier's revenues. It says it arrived at a rate by relying on the approach used by the Board for setting the *SOCAN-NRCC Pay Audio Services Tariff, 1997-2002*.³

[12] SOCAN has not filed a tariff for the performance that may occur when a ringtone is played in a public setting.

Objectors

[13] The objectors filed a joint statement of case. They concede that downloading a ringtone is a communication by telecommunication but contend that the communication is not a public communication, but a private transaction between a vendor and a purchaser and as such, is not protected by copyright. The Wireless Carriers add that the Board's earlier decisions on the issue of what constitutes a communication "to the public" reflect a misunderstanding of the making available right recognized in recent international copyright treaties that have not been implemented in Canada.

[14] Alternatively, the objectors submit that even if liability does exist, the rate should be no more than 1.5 per cent of the ringtone supplier's revenues. They contend that SOCAN's analysis is based on an incorrect reading of *Pay Audio (2002)* and that SOCAN's proposed tariff is inconsistent with comparable tariffs around the world. In their view, a ringtone transaction primarily engages the reproduction right. The communication is purely incidental or accessory, and the tariff should reflect this.

III. POSITION DES PARTICIPANTS

La SOCAN

[11] La SOCAN propose un taux de 10 pour cent des revenus du fournisseur de sonneries. Elle prétend avoir établi ce taux en se basant sur l'approche retenue par la Commission pour établir le tarif applicable aux services sonores payants.³

[12] La SOCAN n'a pas déposé de tarif pour l'exécution qui peut découler d'une sonnerie jouée dans un lieu public.

Les opposantes

[13] Les opposantes ont déposé un mémoire conjoint. Elles admettent que le téléchargement d'une sonnerie constitue une communication par télécommunication; cependant, elles soutiennent que cette communication n'est pas une communication publique, mais plutôt une transaction privée entre un vendeur et un acheteur et qu'à ce titre, elle n'est pas protégée par le droit d'auteur. Les entreprises de télécommunications sans fil ajoutent que les décisions antérieures de la Commission sur la question de ce qui constitue une communication « au public » trahissent une mauvaise compréhension du droit de mise à disposition reconnu dans des traités internationaux récents en matière de droit d'auteur, traités qui n'ont pas été mis en œuvre au Canada.

[14] Subsidiairement, les opposantes sont d'avis que même si elles sont redevables aux auteurs, le tarif ne devrait pas dépasser 1,5 pour cent des recettes du fournisseur de sonneries. Elles prétendent que l'analyse de la SOCAN repose sur une interprétation erronée de la décision *Services sonores payants (2002)* et que son projet de tarif est incompatible avec les tarifs en vigueur pour ce genre de service ailleurs dans le monde. Elles estiment que la vente d'une sonnerie met surtout en cause le droit de reproduction. La communication est incidente ou accessoire à la transaction, et le tarif devrait en tenir compte.

[15] Finally, the objectors ask that the effective rate applicable to mastertones be lower than that for synthesized ringtones. This lower rate would account for the fact that the higher price charged for mastertones results solely from the addition of non-SOCAN inputs: the original sound recording and the performance embedded in the recording. In their opinion, SOCAN should not share in these incremental revenues. Consequently, either the rate base should be reduced or the royalty rate should be discounted.

IV. EVIDENCE

[16] The purpose of SOCAN's evidence was to demonstrate that downloading a ringtone involves a communication to the public by telecommunication and that the appropriate proxy for determining the tariff is the Pay Audio Tariff.

[17] Mr. Michael Sone, Consultant, presented a study by NBI/Michael Sone Associates that provided an overview of the Canadian ringtone industry. The report dealt with the methods, technologies and licensing issues associated with the ringtone market. It addressed such topics as marketing approach, handset type, potential addressable market, similarities and differences between the downloading methods used by various service providers, the activity levels, as well as providing a detailed insight into the role played by the major aggregators in deriving ringtone and music libraries.

[18] Mr. Tom Jurenka, Partner, presented a report prepared by Disus Inc. on the technical aspects of ringtone transmissions and provided further insight into ringtone transmission and use. His testimony largely confirmed the description of what happens on the Internet, which the Board provided in an earlier decision.⁴

[15] Enfin, les opposantes demandent que le taux effectif applicable aux sonneries authentiques soit moins élevé que celui pour les sonneries synthétisées. Ce taux moindre se justifierait du fait que le prix plus élevé des sonneries authentiques est attribuable exclusivement à l'ajout d'intrants qui ne proviennent pas de la SOCAN, à savoir l'enregistrement sonore original et la prestation qui y est incorporée. À leur avis, la SOCAN ne devrait pas recevoir une part de ces recettes supplémentaires. Par conséquent, il faudrait réduire soit l'assiette tarifaire, soit le taux.

IV. LA PREUVE

[16] La SOCAN a cherché à démontrer que le téléchargement d'une sonnerie implique une communication au public par télécommunication et que le modèle de référence approprié pour établir le tarif est celui applicable aux services sonores payants.

[17] M. Michael Sone, consultant, a présenté une étude réalisée par *NBI/Michael Sone Associates*, qui propose un tour d'horizon de l'industrie canadienne des sonneries. Le rapport se penche sur les questions soulevées dans ce marché quant aux méthodes, à la technologie et à l'obtention de droits. Il aborde des sujets comme la stratégie de mise en marché, les genres de combiné, le marché adressable en puissance, les points de ressemblance et de divergence entre les méthodes de téléchargement des divers fournisseurs et les niveaux d'activité. Il fournit aussi des observations détaillées sur le rôle des principaux agrégateurs dans la création des sonneries et des musicothèques.

[18] M. Tom Jurenka, associé, a présenté un rapport préparé par Disus Inc. portant sur les aspects techniques de la transmission de sonneries et a apporté d'autres précisions sur leur transmission et leur utilisation. Son témoignage rejoint en grande partie la description de ce qui se passe sur Internet, consignée dans une décision antérieure de la Commission.⁴

[19] Mr. Paul Spurgeon, SOCAN's Vice-President of Legal Services & General Counsel and Mr. Paul Hoffert, composer, testified about the need for a ringtone tariff, its proposed structure, the importance of music in ringtones, the benefits of ringtones to wireless carriers and the business relationship between carriers and third-party suppliers. Mr. Spurgeon outlined how the tariff proposal submitted by SOCAN was developed and why, in his view, the Pay Audio Tariff was a useful proxy to use in setting a ringtone tariff.

[20] Professor Stanley J. Liebowitz offered his comments on the economic analysis filed by Professor Frank Mathewson on behalf of the objectors. Specifically, he challenged Professor Mathewson's claims that the best available proxy was the price paid for the communication of ringtones in foreign markets, that the Pay Audio Tariff was a poor proxy for the ringtone tariff, and that the amount paid for mastertones should be no higher than the average amount paid for other ringtones.

[21] For their part, the objectors relied on the testimony of four representatives of the wireless telephony industry, one economist, the representative of one ringtone aggregator and three representatives of the recording industry.

[22] The panel representing the wireless telephony industry consisted of Messrs. Robert Blumenthal, Vice-President Products and Services, Telus Mobility; Upinder Saini, Senior Director for Wireless Internet Services, Rogers Wireless; Peter Barnes, President and CEO, CWTA; and Ken Truffen, Director of Data Marketing and Business Development, Bell Mobility. This panel provided an overview of the industry in Canada and of the development of the

[19] Les témoignages de MM. Paul Spurgeon, vice-président, services juridiques, et chef du contentieux et Paul Hoffert, compositeur, ont porté sur la nécessité d'établir un tarif pour les sonneries, la structure envisagée pour le tarif, l'importance de la musique dans les sonneries, les retombées de ce marché pour les entreprises de télécommunications sans fil et les relations commerciales entre ces dernières et les tiers fournisseurs. M. Spurgeon a expliqué comment le projet de tarif de la SOCAN avait été mis au point et pourquoi, selon lui, le tarif applicable aux services sonores payants constitue un modèle de référence utile pour établir le tarif sous examen.

[20] Le professeur Stanley J. Liebowitz a commenté l'analyse économique déposée par le professeur Frank Mathewson pour le compte des opposantes. Plus précisément, il conteste les prétentions du professeur Mathewson portant que le meilleur point de départ est le prix payé pour la communication des sonneries dans les marchés étrangers, que le tarif applicable aux services sonores payants n'est qu'un piètre indicateur pour établir la valeur du tarif pour les sonneries et que le montant versé pour les sonneries authentiques ne devrait pas être supérieur au montant moyen acquitté pour les autres sonneries.

[21] Quant aux opposantes, elles ont présenté les témoignages de quatre représentants de l'industrie de la téléphonie sans fil, d'un économiste, du représentant d'un agrégateur de sonneries et de trois représentants de l'industrie du disque.

[22] Le panel des témoins de la téléphonie sans fil était composé de MM. Robert Blumenthal, vice-président – produits et services, de Telus Mobilité; Upinder Saini, directeur principal des services Internet sans fil chez Rogers Sans-fil; Peter Barnes, président et chef de la direction de l'ACTS; et Ken Truffen, directeur général – développement des services de données chez Bell Mobilité. Ces témoins ont offert un aperçu de l'industrie au Canada et de l'évolution du marché

Canadian ringtone market. Among other things, the panel explained that the staged introduction of ringtones in Canada was mandated by the network capability as well as the memory capacity of handsets available to handle data and to play original music.

[23] Professor Frank Mathewson analysed the economic aspects of SOCAN's proposed tariff, described some economic approaches available to set the royalties for a ringtone tariff and commented on a number of benchmarks we might use to identify a range of possible outcomes. His conclusions were that the pay audio market was too dissimilar to the ringtone market to constitute a useful benchmark, that the foreign licence fees paid for the use of music in ringtones offered a more reliable benchmark, and that the effective rate for mastertones should be lower than for other ringtones to reflect the fact that the higher price for mastertones is driven by factors that have nothing to do with the use of SOCAN's repertoire.

[24] Mr. Alex Crookes, Chief Technology Officer of M-Qube, described the company's function as aggregator. Its clients are companies that offer ringtones, whether they be wireless carriers or third-party ringtone suppliers such as MuchMusic. Mr. Crookes described how content is acquired and ringtones are created. The aggregator must identify the strongest part of the melody of a tune and then create the files that will be offered to wireless carriers. For synthesized ringtones, in-house musicians use a MIDI⁵ format to create the electronic transcription of music to be offered as ringtones to wireless carriers. For mastertones, an original digital representation of a song is converted into a number of different formats suitable for reproduction on a cell phone.

canadien des sonneries. Ils ont notamment expliqué que l'introduction progressive des sonneries au Canada a été modulée par les possibilités du réseau et la capacité de mémoire disponible dans les combinés pour stocker les données et pour jouer la musique originale.

[23] Le professeur Frank Mathewson a analysé les aspects économiques du projet de tarif de la SOCAN, décrit certaines approches économiques permettant d'établir les redevances relatives à un tarif pour les sonneries et présenté des observations quant à certains points de référence à partir desquels nous pourrions définir un éventail de résultats possibles. Il a conclu que le marché des services sonores payants était trop différent de celui des sonneries pour constituer une référence valable, que les redevances payées ailleurs dans le monde pour l'utilisation de musique dans les sonneries représentaient un prix de référence plus fiable et que le taux effectif devrait être moins élevé pour les sonneries authentiques que pour les autres, de manière à tenir compte du fait que le prix supérieur des premières résulte de facteurs qui ne sont pas liés à l'utilisation du répertoire de la SOCAN.

[24] M. Alex Crookes, dirigeant principal – technologie chez M-Qube, a exposé le rôle de son entreprise à titre d'agrégateur. Ses clients sont des entreprises qui offrent des sonneries, qu'il s'agisse d'entreprises de télécommunications sans fil ou de tiers fournisseurs de sonneries comme *MuchMusic*. M. Crookes a expliqué le mode d'acquisition du contenu et le processus de création des sonneries. L'agrégateur doit d'abord identifier le thème marquant d'une pièce musicale; il crée ensuite les fichiers qui seront offerts aux entreprises de télécommunications. Pour produire une sonnerie synthétisée, des musiciens employés par M-Qube utilisent un format MIDI⁵ pour produire une transcription électronique de la musique qui sera offerte comme sonnerie à ces entreprises. Quant aux sonneries authentiques, une version numérique originale d'une chanson est convertie en divers formats qui se prêtent à la reproduction dans un cellulaire.

[25] Once ringtones are created, M-Qube places them within its clients' ringtone websites by storing them on servers accessible to consumers. M-Qube has a store front of inventory of binary objects – ringtones – in its repository of content, which can be retrieved for delivery to specific carriers' handsets. M-Qube assists its clients with the technological aspects of ensuring that consumers are able to access the website, select and purchase ringtones, and ensuring that ringtones are then successfully downloaded to the consumer's handset. M-Qube also assists in the billing function technology.

[26] Finally, the recording industry panel composed of Mr. Graham Henderson, President of CRIA; Ms. Christine Prudham, Vice-President, Legal and Business Affairs at Sony BMG Music (Canada) Inc.; and Mr. Marcel Deluca, Vice-President, Business Affairs at Warner Music Canada Ltd., provided an overview of the effect of issues relating to the ringtone industry on the recording industry. They described in some detail the differences between mastertones and synthesized ringtones, as well as the value added to the mastertone by the performance and by the sound recording.

V. TECHNICAL ASPECTS OF RINGTONE DELIVERY

[27] Ringtones were virtually unknown five years ago. In 2003, on approximately 6 million downloads in Canada, ringtones generated approximately \$9.6 million in revenue. The figures for 2004 reveal that the market has expanded dramatically.

[28] A ringtone is a sound excerpt of any kind. The quality of the sound reproduced varies with the technology. Before 2000, handsets on the market only offered products with a limited choice of alternatives to the traditional phone ring. The first generation of ringtones amounted

[25] Une fois les sonneries produites, M-Qube les affiche sur les sites Web de sonneries de ses clients en les stockant sur des serveurs accessibles aux consommateurs. M-Qube dispose, dans son référentiel de contenu, d'une vitrine exposant son inventaire d'objets binaires – des sonneries – qu'il est possible de sélectionner pour qu'ils soient transmis aux combinés qu'utilise l'entreprise de télécommunications. M-Qube offre à ses clients l'assistance technologique requise pour que les consommateurs puissent accéder au site Web, choisir et acheter une sonnerie et faire en sorte qu'ils réussissent ensuite à la télécharger vers leur combiné. M-Qube aide aussi ses clients au chapitre de la technologie de facturation.

[26] Enfin, le panel des témoins de l'industrie du disque composé de M. Graham Henderson, président de la CRIA; M^{me} Christine Prudham, vice-présidente aux affaires juridiques et commerciales chez *Sony BMG Music (Canada) Inc.*; et M. Marcel Deluca, vice-président aux affaires commerciales de *Warner Music Canada Ltd.*, ont offert une vue d'ensemble de l'incidence des questions liées à l'industrie des sonneries sur l'industrie du disque. Ils ont exposé de façon assez élaborée les distinctions entre sonneries synthétisées et authentiques ainsi que la valeur ajoutée que la prestation et l'enregistrement sonore apportent à cette dernière.

V. ASPECTS TECHNIQUES DE LA LIVRAISON DE SONNERIES

[27] Il y a cinq ans, les sonneries étaient un phénomène pratiquement inconnu. En 2003, on en a téléchargé quelque 6 millions au Canada, générant des recettes d'environ 9,6 millions de dollars. Les données pour l'année 2004 révèlent que le marché a connu une croissance fulgurante.

[28] Une sonnerie, c'est un extrait sonore quelconque. La qualité sonore varie selon la technologie. Avant l'année 2000, les combinés offerts sur le marché proposaient un choix limité d'options en remplacement de la sonnerie traditionnelle. Les sonneries de la première

to a few variations of a single synthesized tone that provided combinations of short and long bursts of sound, which was downloaded to a handset and could be converted to music by a synthesizer in the handset. Monophonic ringtones produced a tinny sound reminiscent of a single wind instrument. In 2000, the technology improved to the point that multiple tones, or polyphonics, could be embedded in the phone's chipset.

[29] Mastertones are the next generation of musical ringtones. They allow the use of the actual recorded version of the musical work. They are a compressed version of an extract of the original sound recording that is converted to an audio file and then downloaded to a handset.

[30] Manufacturers produce handsets that have the ability to download additional ringtones from the websites of wireless carriers or those of affiliated third-parties. Purchasing and using a ringtone is easy, although the technology behind it is quite sophisticated and complicated. The cell phone subscriber gains access to a ringtone supplier's website using the wireless browser in the subscriber's handset or using a personal computer. The wireless carriers' websites require the necessary links to guide the user through the ringtone catalogue for each type of handset. Next, the website needs to be WAP or SMS enabled⁶ so that, once ordered and paid for, the ringtone can be "pushed" to the user's handset. Links are also required so that payment can be accepted by credit card or assigned to a subscriber's service bill. Finally, the website must be included in the phone's browser menu, since direct access from the handset is the preferred method for users.

[31] When end users decide to order a ringtone, they access the handset browser and click on the "Ringtones" icon to take them to the carrier's

génération se résument à quelques variations tirées d'un signal unique synthétisé, agencé selon diverses combinaisons de séquences sonores brèves et allongées, et téléchargé vers un combiné doté d'un synthétiseur, qui pouvait transformer le signal en musique. Les sonneries monophoniques produisaient un son métallique rappelant celui d'un instrument à vent jouant en solo. En 2000, la technologie a progressé à un point tel qu'il est devenu possible d'intégrer des sons multiples, ou polyphoniques, dans le jeu de puces du téléphone.

[29] Les sonneries authentiques représentent la génération suivante de sonneries musicales. Elles permettent l'utilisation de la version enregistrée originale de l'œuvre musicale. Il s'agit d'une version compressée d'un extrait de l'enregistrement sonore original, transformé en fichier audio, puis téléchargé vers un combiné.

[30] Les fabricants produisent des combinés capables de télécharger des sonneries additionnelles depuis les sites Web des entreprises de télécommunications sans fil ou de tiers associés. Il est facile d'acheter et d'utiliser une sonnerie, même si la technologie pour ce faire est perfectionnée et complexe. L'abonné accède au site Web du fournisseur de sonneries au moyen du navigateur sans fil qui se trouve dans son combiné ou en utilisant un ordinateur. Les sites Web des entreprises de télécommunications doivent contenir les liens qui guideront l'utilisateur dans le catalogue de sonneries en fonction du type de combiné qu'il possède. Le site doit aussi être doté du protocole WAP ou du SMS⁶ pour permettre la distribution personnalisée de la sonnerie jusqu'au combiné de l'utilisateur, une fois que celle-ci a été sélectionnée et payée. Le site doit aussi disposer de liens permettant le paiement par carte de crédit ou l'inscription de l'achat sur la facture de l'abonné. Enfin, le site doit figurer dans le menu du cellulaire, l'accès direct depuis le combiné étant la méthode de prédilection des abonnés.

[31] L'abonné qui décide de commander une sonnerie consulte le navigateur du combiné et clique sur l'icône « Sonneries », qui le met en

server. There, they are presented with a menu, they make their choice and when payment is accepted the ringtone is delivered directly over the network. Those who wish to order from a computer can gain access to the website, make the selection and once payment is accepted, have the ringtone delivered either to the handset as attachments to SMS messages or downloaded to the computer and then transferred to the handset over a cable, through a wireless modem or using Bluetooth technology.⁷

[32] New phone models drive ringtone popularity. Buzzer tones are dull and not very appealing to the youth market. The arrival of sophisticated polyphonic handsets allowed aggregators to produce ringtones that better recreated the original song. More sophisticated phones with larger memory capacity then allowed aggregators to supply high quality excerpts of actual sound recordings. Further advances now allow consumers to use their handset as a digital audio recorder, download complete sound recordings onto the handset and listen to them at their leisure. Everything indicates that the market for wireless telephony, and with it, the demand for ringtones, will continue to expand so long as fidelity and memory capacity continue to increase.

[33] Cell phone users might prefer to obtain ringtones from a variety of suppliers. In Canada, however, access to ringtones is totally controlled. Handsets play only paid ringtones downloaded in specific formats, provided by wireless carriers or affiliated third-party suppliers. Canadian carriers have learned from the experience of other markets. In Europe, for example, carriers deployed an open, borderless platform to facilitate SMS; that platform was essentially taken over by third-party suppliers. Canadian

communication avec le serveur de l'entreprise de télécommunications. Ce serveur lui présente un menu à partir duquel il fait son choix; lorsque le paiement a été accepté, la sonnerie est livrée directement par le réseau. Les personnes qui préfèrent commander à partir d'un ordinateur peuvent se rendre au site Web, où elles pourront faire leur choix; une fois le paiement accepté, la sonnerie peut être livrée au combiné comme pièce jointe à un message SMS ou encore, téléchargée vers l'ordinateur puis transférée au combiné au moyen d'un câble, d'un modem sans fil ou de la technologie *Bluetooth*.⁷

[32] Les nouveaux modèles de cellulaires stimulent la popularité des sonneries. Les sonneries qui ne produisent qu'un tintement sont ennuyantes et peu attrayantes pour le marché des jeunes. La mise en marché de combinés polyphoniques perfectionnés a permis aux agrégateurs de produire des sonneries offrant une reproduction plus fidèle de l'original. Plus tard, l'arrivée de téléphones plus sophistiqués, dotés d'une plus grande capacité de mémoire, a permis aux agrégateurs de fournir des extraits de grande qualité tirés de l'enregistrement original. Grâce à de nouveaux progrès, les consommateurs peuvent aujourd'hui se servir de leur cellulaire comme enregistreur audionumérique, y télécharger des enregistrements sonores complets et les écouter quand bon leur semble. Tout indique que le marché de la téléphonie sans fil et, partant, la demande pour des sonneries, poursuivront leur expansion tant et aussi longtemps que la fidélité d'enregistrement et la capacité de mémoire continueront de progresser.

[33] Les utilisateurs de cellulaires préféreraient sans doute avoir accès à une gamme plus étendue de fournisseurs de sonneries. Au Canada, cependant, l'accès aux sonneries est entièrement contrôlé. Les combinés jouent uniquement des sonneries achetées puis téléchargées dans des formats précis, offertes par les entreprises de télécommunications ou par des tiers fournisseurs associés. Les entreprises canadiennes ont tiré des leçons de l'expérience d'autres marchés. En Europe, par exemple, les entreprises ont mis en

wireless carriers have taken the approach of ensuring that ringtones that are made available to their clients are legitimate and paid for copies, which are delivered in a secure fashion.⁸ North American wireless carriers control both product and services, with handsets being a perfect example.

[34] Wireless carriers use aggregators to facilitate delivery to their customers. On average, the wireless carriers' revenues are shared about evenly with the aggregators, who are mainly represented in Canada by two companies. Moviso has approximately 75 per cent of the market, while M-Qube has most of the remaining 25 per cent. Moviso provides ringtone content to Bell and Rogers, which now includes Microcell. M-Qube has an exclusive contract to manage the Telus website.

VI. LEGAL ISSUES

[35] During the hearing, we asked the participants to address the following legal issues:

1. Does a ringtone constitute a "substantial part" of a musical work?
2. Is the communication of a ringtone a communication "to the public"?
3. Does playing a ringtone in a public place constitute a performance in public and if so, does the supplier of a ringtone authorize that performance?
4. If the communication of a ringtone is not a communication "to the public", can the Board nevertheless certify Tariff 24 if playing a ringtone in a public place constitutes a performance in public?

place une plate-forme ouverte, non encadrée, afin de faciliter les SMS : des tiers fournisseurs ont pour ainsi dire pris le contrôle de la plate-forme. Les entreprises canadiennes se sont assurées que les sonneries proposées à leurs clients soient des copies légitimes et payées, livrées de façon sécuritaire.⁸ Les entreprises nord-américaines de télécommunications contrôlent tant le produit que les services, les cellulaires en étant un exemple parfait.

[34] Les entreprises de télécommunications sans fil ont recours à des agrégateurs pour faciliter la livraison à leurs clients. En moyenne, à peu de choses près, les recettes des entreprises de télécommunications sans fil sont partagées à parts égales avec les agrégateurs, qui sont principalement représentés au Canada par deux sociétés. Moviso détient environ 75 pour cent du marché, alors que M-Qube détient la quasi-totalité du 25 pour cent restant. Moviso fournit le contenu des sonneries à Bell et à Rogers, qui détient désormais Microcell. Par ailleurs, M-Qube a obtenu un contrat exclusif de gestion du site Web de Telus.

VI. QUESTIONS JURIDIQUES

[35] Durant l'audience, nous avons demandé aux participants de traiter des questions suivantes :

1. Une sonnerie représente-t-elle une « partie importante » d'une œuvre musicale?
2. La communication d'une sonnerie est-elle une communication « au public »?
3. Lorsqu'une sonnerie joue dans un lieu public, y a-t-il exécution en public; si oui, le fournisseur de la sonnerie autorise-t-il cette exécution?
4. Si la communication d'une sonnerie n'est pas une communication « au public », la Commission peut-elle néanmoins homologuer le tarif 24 s'il y a exécution en public lorsqu'une sonnerie joue dans un lieu public?

5. In cases where the ringtone supplier and the user are not both in Canada, when is there a “real and substantial connection?” For example, is the communication of a ringtone in the United States, off an American server, to a Canadian subscriber by a Canadian wireless telephone service supplier a communication in Canada?
6. Insofar as the provision of ringtones might involve the reproduction of a fixation made for a purpose other than that for which the performer’s authorization was given, does the use of a ringtone involve a protected use of a performer’s performance?

[36] Having read the participants’ submissions, we concluded that it is necessary to deal with only two issues to determine whether SOCAN is entitled to collect royalties for the transmission of a ringtone from a supplier to a cell phone user. Those issues are whether a musical ringtone uses a “substantial part” of the musical work, and whether transmitting a ringtone involves a communication “to the public” by telecommunication as contemplated by paragraph 3(1)(f) of the *Act*.

Substantial Part of Musical Work

[37] Copyright includes the sole right to communicate a work “or any substantial part thereof”. A musical ringtone rarely, if ever, uses an entire work. Thus, to attract copyright protection it must, by necessity, use a substantial part of a work.

[38] CRIA “assumed” for the purpose of this hearing, that a musical ringtone uses a substantial part of a musical work. For their part, the Wireless Carriers urged us not to rule on the question, as they did not consider it necessary for

5. Lorsque le fournisseur de sonneries et l'utilisateur ne se trouvent pas tous deux au Canada, à quel moment existe-t-il un « lien réel et important »? Par exemple, la communication d'une sonnerie aux États-Unis, à partir d'un serveur américain, à un abonné canadien par un fournisseur canadien de services de téléphonie sans fil constitue-t-elle une communication au Canada?
6. Dans la mesure où la livraison de sonneries pourrait comporter la reproduction d'une fixation réalisée à une fin autre que celle pour laquelle l'autorisation de l'artiste-interprète a été donnée, l'utilisation d'une sonnerie entraîne-t-elle une utilisation protégée d'une prestation d'artiste-interprète?

[36] Après lecture des observations des participants, nous avons conclu qu'il suffit de répondre à deux questions pour statuer sur le droit de la SOCAN de percevoir une redevance pour la transmission d'une sonnerie par un fournisseur à un utilisateur de cellulaire. Il s'agit de décider si une sonnerie musicale utilise une « partie importante » de l'œuvre musicale et si la transmission d'une sonnerie comporte une communication « au public » par télécommunication aux termes de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi*.

Partie importante d'une œuvre musicale

[37] Le droit d'auteur comporte le droit exclusif de communiquer la totalité « ou une partie importante » de l'œuvre. Les sonneries musicales n'utilisent pour ainsi dire jamais la totalité d'une œuvre. Dès lors, pour faire intervenir la protection du droit d'auteur, il faut nécessairement qu'il y ait utilisation d'une partie importante de l'œuvre.

[38] La CRIA a « tenu pour acquis », aux fins de la présente audience, qu'une sonnerie musicale utilise une partie importante d'une œuvre musicale. Les entreprises de télécommunications, quant à elles, nous ont priés de ne pas statuer sur

the resolution of the issues before it. We agree that the Board, like courts, should generally avoid addressing legal and other issues in the abstract without the benefit of factual records.⁹ Nevertheless, we are of the opinion that the issue needs to be resolved, for two reasons. First, the issue is central to the determination of whether there is a right protected under the *Act*.¹⁰ Second, there is an evidentiary base before us that permits us to decide the issue.

[39] Mr. Truffen testified that wireless carriers are aware that ringtones have been enthusiastically embraced by the 16 to 24 year-old demographic. It is important to this group of individuals to express their individuality and personality. The “cool factor”¹¹ of a musical ringtone identifies an individual with a particular song, artist or type of music such as country or rock, to broadcast certain beliefs and ideas. Consumers expect the ringtone to connect them to that song. The same point was made by Mr. Hoffert when he described the connection that young people have to particular songs. To demonstrate the importance of the musical work to that demographic, he used (and even sang a few bars of) the well-known rock classic “Smoke on the Water”.¹²

[40] A musical ringtone must be able to deliver its message within a 30-second clip. As Mr. Crookes stated: “Unless it sounds like that song by that artist you are not really selling what you claim to be selling.”¹³ Mastertones are marketed to emphasize the performing artist and the song. Aggregators create ringtones that capture the most identifiable elements of the song. Mastertones are created by taking an actual segment of a sound recording after determining “which number of seconds out of that track will be the most appropriate for the market.”¹⁴ Synthesized ringtones are created by drawing out

cette question, dont la résolution n’est pas nécessaire, croient-elles, pour trancher les questions en litige. Nous convenons que la Commission, à l’instar des tribunaux judiciaires, devrait généralement s’abstenir de trancher des questions juridiques et autres dans l’abstrait, sans pouvoir se référer à des faits concrets.⁹ Néanmoins, nous estimons qu’il faut répondre à cette question, pour deux motifs. D’abord, la question est essentielle pour juger s’il existe un droit protégé par la *Loi*.¹⁰ Ensuite, les éléments de preuve dont nous disposons en l’espèce nous permettent de trancher.

[39] M. Truffen a déclaré dans son témoignage que les entreprises de télécommunications sont conscientes de l’engouement des jeunes de 16 à 24 ans pour les sonneries. Ces derniers tiennent beaucoup à exprimer leur individualité et leur personnalité. Ce qui est « branché » dans une sonnerie musicale, c’est qu’elle associe la personne à une chanson, un artiste ou un genre musical particulier comme le country ou la musique rock, ce qui permet de véhiculer certaines convictions, certaines idées.¹¹ Les consommateurs s’attendent à ce que la sonnerie les associe à la chanson. M. Hoffert a repris la même idée lorsqu’il a dépeint le sentiment d’appartenance des jeunes à l’égard de chansons particulières. Pour illustrer l’importance de l’œuvre musicale pour ce groupe d’âge, il a cité l’exemple du fameux classique rock « *Smoke on the Water* », allant même jusqu’à en fredonner quelques mesures.¹²

[40] Une sonnerie musicale doit pouvoir passer un message en 30 secondes ou moins. Comme l’a fait remarquer M. Crookes : [TRADUCTION] « Si la sonnerie ne ressemble pas à cette chanson interprétée par cet artiste, on ne vend pas vraiment ce qu’on prétend vendre. »¹³ La mise en marché des sonneries authentiques met l’accent sur l’artiste-interprète et sur la chanson. Les agrégateurs produisent des sonneries qui font ressortir les éléments les plus distinctifs de la chanson. Les sonneries authentiques sont créées à partir d’un extrait de l’enregistrement sonore original, après qu’on ait déterminé

the strongest part of the melody, whether it is the core or a specific part of the verse, transcribing that portion first into a musical notation and then into a machine-readable format.¹⁵

[41] To determine what constitutes a “substantial part” of a work is subjective and necessarily involves considering a number of factors. We accept that there is no set formula. What is important is whether the substance of the original work was taken or not, as well as the listener’s impression of the work. McKeown puts it this way:

Under the prior definition of “musical work” the question of infringement was not decided by a note-for-note comparison, but on the basis of whether the substance of the original work had been taken or not. The determination was made by the ear as well as the eye. Typically, expert evidence was presented to the court to assist in identifying similarities or differences, although it has been suggested that the determination should be made on the basis of the response of the ordinary reasonable listener.

The absence of a requirement in the current definition of musical work for writing, or other graphical evidence of the work, is consistent with an increased emphasis on the aural impression created by the work.¹⁶

[42] Musical ringtones are created from either a distinct and recognizable element of a song like a melody or a hook, or directly reproduced from a sound recording. They are intended to be “the

[TRADUCTION] « le nombre de secondes de cet extrait répondant le mieux au marché. »¹⁴ Les sonneries synthétisées sont créées en isolant la partie la plus puissante de la mélodie, qui peut être aussi bien le thème central qu’une partie de couplet, et en la transcrivant d’abord en une notation musicale puis en format lisible par machine.¹⁵

[41] La détermination de ce qui constitue une « partie importante » d’une œuvre est un exercice subjectif, qui nécessite forcément l’appréciation d’un certain nombre de facteurs. Nous reconnaissons qu’il n’existe à cet égard aucune formule établie. L’important est de déterminer si la substance de l’œuvre originale a été extraite et de discerner l’impression qu’a laissée l’œuvre sur l’auditeur. L’auteur John McKeown expose :

[TRADUCTION] Sous le régime de l’ancienne définition d’« œuvre musicale », la question de la violation du droit d’auteur n’était pas décidée en fonction d’une comparaison à la note près, mais en examinant plutôt si la substance de l’œuvre originale avait ou non été reprise. Cet examen mettait à contribution tant l’ouïe que la vue. Le plus souvent, une preuve d’expert aidait le tribunal à circonscrire les ressemblances et les différences, même si l’on a fait observer que cette question devait être tranchée en fonction de la réaction de l’auditeur raisonnable ordinaire.

Le fait que la définition actuelle de l’œuvre musicale ne contient aucune exigence quant à l’existence d’une version écrite ou d’une autre représentation graphique de l’œuvre est compatible avec l’importance accrue de l’impression musicale laissée par l’œuvre.¹⁶

[42] Les sonneries musicales sont créées soit à partir d’un élément précis et reconnaissable d’une chanson, comme une mélodie ou un élément accrocheur, soit par la reproduction directe d’un

best representation possible” of the original.¹⁷ The objective is to make the ringtone as obvious as possible to trigger recognition of the song in almost anyone. For example, the theme from *Hockey Night in Canada* can only be recognized and instantly experienced by the listener if the essence (or substance) of the theme is captured.

[43] The notion of “substantial part” was considered in *Canadian Performing Rights Society Ltd. v. Canadian National Exhibition Association*.¹⁸ The Court recognized the importance of the element of distinctiveness:

... it is not merely by comparing the respective lengths of the whole work and of the part played that one is to reach a decision as to whether the part played is a substantial part, and that the fact that in the present case anyone who saw the performance and who was familiar with the work would have known that the elephant was performing to the tune of “Walkin’ My Baby Back Home” is very important, if not conclusive. I have not had the advantage of hearing “Walkin’ My Baby Back Home” played, and I do not know whether there are parts of it that it might be difficult to identify as such; but it does appear that the chorus, or part of the chorus, which one would expect to be quite distinctive, was played and that the part played was recognizable and in fact recognized; and I think that the reasonable finding, upon the evidence available, is that a substantial part of the work was played.¹⁹

[44] Chief Justice Rose followed the English Court of Appeal in *Hawkes and Son (London) Ltd. v. Paramount Film Service Ltd.*,²⁰ a case that involved the playing of twenty seconds of the *Colonel Bogey March*. The Master of the Rolls,

enregistrement sonore. Elles visent à offrir [TRADUCTION] « la meilleure représentation possible » de l’original.¹⁷ Le but recherché consiste à produire une sonnerie qui soit une représentation aussi évidente que possible, de façon à ce que presque tout le monde reconnaisse la chanson. Ainsi, l’auditeur reconnaîtra et ressentira immédiatement le thème de *La Soirée du hockey* seulement si la sonnerie réussit à en recréer l’essence, la substance.

[43] La notion de « partie importante » a été examinée dans la décision *Canadian Performing Rights Society Ltd. c. Canadian National Exhibition Association*.¹⁸ Le tribunal a reconnu l’importance du caractère distinctif :

[TRADUCTION] On ne peut, pour se prononcer sur la question de savoir si la partie jouée représente une partie importante de l’œuvre, se limiter à comparer la durée de l’extrait joué par rapport à la durée de l’œuvre complète; le fait qu’en l’espèce toute personne présente à la représentation et qui connaissait déjà l’œuvre aurait su que l’éléphant exécutait sa prestation au son de « *Walkin’ My Baby Back Home* » est très important, sinon décisif. Je n’ai pas moi-même l’avantage d’avoir entendu jouer « *Walkin’ My Baby Back Home* », et je ne sais donc pas s’il pourrait être difficile d’en reconnaître certaines parties; par contre, il appert qu’on a joué le refrain ou une partie du refrain, qui, peut-on penser, est passablement distinctif, et que cet extrait était reconnaissable et a de fait été reconnu; je crois dès lors que la conclusion raisonnable, suivant la preuve dont je dispose, est qu’une partie importante de l’œuvre a été jouée.¹⁹

[44] Le juge en chef Rose a suivi l’approche adoptée par la Cour d’appel d’Angleterre dans l’arrêt *Hawkes and Son (London) Ltd. c. Paramount Film Service Ltd.*,²⁰ une affaire qui concernait l’exécution de 20 secondes de la

Lord Hansworth, held that 20 seconds was a substantial part of the work because it would be recognized by any person. Lord Justice Slesser in a concurring judgment described it as “a substantial, a vital, and an essential part which is there reproduced.”²¹

[45] Although quantity is not determinative, it is still an important factor. A typical musical work lasts between 3 and 5 minutes; the melody may last at most a minute, the “hook” even less. The typical ringtone uses about 30 seconds of a work, which is clearly a substantial part of that work.

[46] In our opinion, a musical ringtone constitutes a substantial part of a musical work. If there were no substantial part of the musical work reproduced, there would be little or no incentive to the consumer to purchase it. There would, therefore, be little economic motivation for a wireless carrier to offer a ringtone from an unsubstantial and therefore unrecognizable portion of a musical work.

The Meaning of “to the Public”

[47] This brings us to the fundamental issue. Unless the transmission of a ringtone involves a communication by telecommunication “to the public”, we have no jurisdiction to fix the tariff submitted by SOCAN.

[48] The method by which a ringtone is transmitted from a wireless carrier’s computer to a consumer’s telephone has already been described and can be summarized as follows. First, the ringtone is transcribed into a variety of digital audio formats that can be played on the subscribers’ handset. Second, the files are uploaded to a host server or website where the subscriber has access to them. Third, the

Colonel Bogey March. Le maître des rôles, lord Hansworth, avait conclu que 20 secondes constituait une partie importante de l’œuvre parce que n’importe qui la reconnaîtrait. Dans une décision concordante, lord Slesser a déclaré que [TRADUCTION] « une partie importante, vitale et essentielle a été reproduite en l’occurrence. »²¹

[45] Si la quantité n’est pas déterminante, elle demeure néanmoins un facteur important. Règle générale, une œuvre musicale dure de trois à cinq minutes, le refrain au plus une minute, l’élément accrocheur encore moins. La plupart des sonneries utilisent environ 30 secondes d’une œuvre, ce qui est manifestement une partie importante de cette œuvre.

[46] Nous sommes d’avis qu’une sonnerie musicale utilise une partie importante d’une œuvre musicale. Si une partie importante de l’œuvre musicale n’était pas reproduite, le consommateur ne serait que peu ou pas intéressé à faire l’acquisition de la sonnerie. Les entreprises de télécommunications sans fil n’auraient donc qu’une faible motivation économique à proposer une sonnerie reproduisant une partie négligeable et, partant, non reconnaissable d’une œuvre musicale.

Signification du terme « au public »

[47] Reste la question fondamentale. À moins que la transmission d’une sonnerie ne comporte une communication « au public » par télécommunication, nous n’avons pas compétence pour homologuer le tarif que la SOCAN propose.

[48] La méthode par laquelle une sonnerie est transmise depuis l’ordinateur de l’entreprise de télécommunications sans fil jusqu’au téléphone du consommateur a été décrite plus tôt et peut se résumer de la façon suivante. La sonnerie est transcrite en une série de formats audio adaptés aux combinés des abonnés. Les fichiers sont téléchargés vers un serveur-hôte ou un site Web auquel l’abonné aura accès. Il consulte la

subscriber browses the selections available. Fourth, the subscriber chooses and purchases the ringtone. Fifth, the ringtone is downloaded into the cell phone's memory. Once the subscriber selects the file containing the ringtone as the incoming call ringer, the cell phone is programmed to sound out the ringtone each time someone calls.

[49] The delivery of a ringtone fits the category of "unicast pull mode"²² where the information is transmitted over the Internet only when the user makes a request and pulls at which point the information is "cast" towards the single recipient. Before this can occur, however, it must be possible to have access to the work over the Internet. There are therefore two stages involved in the process. First, the wireless carrier posts the ringtone on a server to which subscribers have access. Second, the ringtone is transmitted to the end user, completing the process.

[50] According to SOCAN, the Internet transmission of musical ringtones to cell phones constitutes a communication to the public by telecommunication of musical works within the meaning of the *Act*, while the posting of that ringtone on a website constitutes an authorization to communicate that work. The objectors contend that SOCAN relies entirely on statements made in *SOCAN 22 (1999)*, especially with respect to the issue of what is meant by "to the public", to the distinction between downloading and other forms of Internet music use (e.g. streaming or webcasting) and to the notion of "making available".

[51] The Wireless Carriers concede that downloading a musical ringtone involves a communication of a musical work by telecommunication but not that that communication is "to the public". In their submission, the transmission of a ringtone involves a point-to-point, one-to-one delivery of a

sélection de sonneries, choisit une sonnerie et l'achète. La sonnerie est téléchargée vers la mémoire du cellulaire. Lorsque l'abonné sélectionne le fichier contenant la sonnerie pour signaler qu'on cherche à le joindre, le cellulaire est programmé pour la faire jouer chaque fois qu'il sonne.

[49] La livraison d'une sonnerie relève du « mode d'extraction *monodestinataire* », ²² ce qui signifie que l'information est transmise par Internet seulement lorsque l'utilisateur en fait la demande et extrait l'information; celle-ci est alors envoyée à ce seul destinataire. Avant que cette opération puisse avoir lieu, toutefois, encore faut-il avoir accès à l'œuvre sur Internet. Le procédé comporte donc deux étapes : d'abord, l'entreprise de télécommunications rend la sonnerie disponible sur un serveur auquel l'abonné a accès; ensuite, la sonnerie est transmise à l'utilisateur final, à sa demande, ce qui complète l'opération.

[50] Selon la SOCAN, la transmission par Internet de sonneries musicales à des cellulaires constitue une communication au public par télécommunication d'œuvres musicales au sens de la *Loi*, alors que le fait d'afficher une sonnerie sur un site Web constitue une autorisation de communiquer l'œuvre. Les opposantes font valoir que la position de la SOCAN s'appuie entièrement sur des énoncés formulés dans la décision *SOCAN 22 (1999)*, particulièrement en ce qui concerne la signification du terme « au public », la distinction entre le téléchargement et d'autres formes d'utilisation de la musique sur Internet (p. ex., diffusion en flux, webdiffusion) et la signification de l'expression « mettre à disposition ».

[51] Les entreprises de télécommunications sans fil admettent que le téléchargement d'une sonnerie musicale comporte la communication d'une œuvre musicale par télécommunication, mais elles nient que cette communication soit faite « au public ». Elles soutiennent que la transmission d'une sonnerie consiste en une

file purchased by a consumer from a carrier's website to a consumer's handset. They assert that the transaction between the consumer and the carrier is nothing more than a private communication; there is no public element in it. CRIA generally agrees with the submissions of the Wireless Carriers on this issue. The Wireless Carriers also contend that the Board erred in *SOCAN 22 (1999)* by placing too much emphasis on the making available right; they rely heavily on the 1993 decision of the Federal Court of Appeal in *Canadian Cable Television Association v. Canada (Copyright Board)*²³ to support that position. CRIA takes no position with respect to the second issue.

[52] In *CCTA (1993)*, the Federal Court of Appeal adopted the principle set out in *Messenger v. British Broadcasting Co.*²⁴ That case involved an opera played for a few friends in a private studio that was also broadcast to the general public. The Court stated:

[T]he defendants [...] clearly gave a public performance. Instead of gathering the public into a vast assembly room, they set in motion certain ether waves knowing that millions of receiving instruments in houses and flats were tuned to the waves sent forth, and knowing and intending also that acoustic representation of the opera would thereby be given to an enormous number of listeners. If I did not hold this to be a public performance by the defendants I should fail to recognize the substance and reality of the matter and also the object and intent of the Copyright Act.²⁵

[53] The Federal Court of Appeal held that the plain and usual meaning of the words "in public"

livraison point à point et d'un expéditeur unique à un destinataire unique, d'un fichier acheté par un consommateur, depuis le site Web du fournisseur jusqu'au combiné du consommateur. Elles affirment que la transaction entre le consommateur et le fournisseur n'est rien de plus qu'une communication privée, ne comportant aucun aspect public. La CRIA partage dans l'ensemble le point de vue des entreprises de télécommunications sur ce point. Ces dernières prétendent en outre que la Commission a commis une erreur dans la décision *SOCAN 22 (1999)* en accordant une trop grande importance au droit de mise à disposition; au soutien de leur position, elles invoquent avec insistance l'arrêt rendu en 1993 par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*.²³ La CRIA n'a exprimé aucune opinion quant à la deuxième question.

[52] Dans l'arrêt *ACTC (1993)*, la Cour d'appel fédérale a fait sien le principe établi dans *Messenger c. British Broadcasting Co.*²⁴ Dans cette affaire, un opéra avait été présenté à l'intention de quelques amis dans un studio privé, mais avait aussi été radiodiffusé au grand public. Le tribunal a statué :

[...] ce que la partie défenderesse a fait constituait manifestement une exécution publique. Au lieu de rassembler le public dans une grande salle, elle a transmis des signaux tout en sachant que des millions d'auditeurs, dans leurs maisons ou leurs appartements, pouvaient les capter et que la reproduction sonore de l'opéra bénéficierait ainsi d'un auditoire considérable, et c'est d'ailleurs ce qu'elle souhaitait. Conclure qu'il ne s'agit pas là d'une exécution publique par la partie défenderesse serait faire abstraction des éléments essentiels et réels de la question ainsi que de l'objet de la *Copyright Act* et de l'intention du législateur.²⁵

[53] La Cour d'appel fédérale a jugé que le sens courant de l'expression « en public » est « de

is “openly, without concealment and to the knowledge of all.”²⁶ The Court also accepted that the words “to the public” are broader than “in public”.²⁷

[54] This is not the first opportunity that the Board has to look at the issue of what constitutes a communication to the public by telecommunication in the context of the Internet. The Board first tackled the issue in *SOCAN 22 (1999)*, a decision that was challenged (and reversed) on issues that are not relevant to this analysis. There, the Board found that Internet transmissions are communications by telecommunication by reason that the transmission of packets of information over the Internet meets the definition of telecommunication in section 2 of the *Act*. One question remained for the Board to decide: does the transmission of data from a host server to the computer of an end user involve a transmission “to the public”?

[55] The Board concluded that it did. It found that such a communication was “to the public” because the music files are made available on the Internet openly and without concealment, with the knowledge and intent that the files be conveyed to all who might have access to the Internet.

[56] We agree in every respect with the findings, analysis and conclusions of the Board, the essence of which are as follows:

Most court decisions dealing with the meaning of “public” in the *Act* addressed the expression “performance in public”, not “to communicate to the public”. Nevertheless, since the Federal Court of Appeal has ruled that the expression “to the public” is broader than “in public”, it can safely be assumed that a telecommunication is to the public every time a performance would be public in

manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous. »²⁶ La Cour a aussi convenu que l’expression « au public » a une portée plus étendue que l’expression « en public ». ²⁷

[54] Ce n’est pas la première fois que la Commission a l’occasion d’examiner ce qui constitue une communication au public par télécommunication dans le domaine de l’Internet. Elle s’est d’abord penchée sur la question dans la décision *SOCAN 22 (1999)*, laquelle a été contestée (et infirmée) sur des points qui sont sans pertinence pour l’analyse de la présente affaire. La Commission avait alors conclu que les transmissions par Internet sont des communications par télécommunication, étant donné que la transmission de paquets de données par Internet répond à la définition de « télécommunication » donnée à l’article 2 de la *Loi*. Il fallait ensuite répondre à la question suivante : la transmission de données d’un serveur hôte à l’ordinateur d’un utilisateur final constitue-t-elle une transmission « au public »?

[55] La Commission a conclu que cette télécommunication est bel et bien « au public » parce que les fichiers musicaux sont rendus disponibles sur Internet de manière ouverte et sans dissimulation, en sachant – en souhaitant, même – que les fichiers seront transmis à quiconque peut avoir accès à Internet.

[56] Nous sommes en tous points d’accord avec les observations, l’analyse et les conclusions de la Commission, dont les points essentiels sont résumés dans les passages suivants :

La plupart des décisions judiciaires concernant le sens du mot « public » employé dans la *Loi* portaient sur l’expression « exécution en public » et non sur les mots « communiquer au public ». Néanmoins, depuis que la Cour d’appel fédérale a décidé que l’expression « au public » est plus large que l’expression « en public », on peut à coup sûr poser comme principe qu’une

similar circumstances. These decisions also make it clear that expressions such as “in public” and “to the public” are to be interpreted by taking a realistic view of the impact and effect of technological developments and in a manner consistent with their plain and usual meaning “that is to say openly, without concealment and to the knowledge of all”.

Consequently, a communication intended to be received by members of the public in individual private settings is a communication to the public. The same holds true of a communication intended only for a segment of the public, whether it be through e-mail, to a newsgroup, a bulletin board service or a service offered on a subscription basis, or of a communication over a network for which access is restricted, as long as the transmission occurs outside a purely domestic setting, and even though only certain members of the public may be willing to pay a fee or take other steps to subscribe to the service.

[...]

Having said this, the person posting a file must intend it to be accessed by some segment of the public, and certainly more than a single recipient, in order for its transmission to constitute a communication to the public. Consequently, an e-mail communication between a single sender and a single recipient is not a communication to the public for the sole reason that it is sent outside the context of a domestic setting.

[...]

[...] To communicate is to convey information, whether or not this is done in a simultaneous fashion. The private or public nature of the communication

télécommunication s’adresse au public chaque fois qu’une exécution serait publique dans des circonstances semblables. Ces décisions indiquent aussi bien clairement que des expressions comme « en public » et « au public » doivent être interprétées suivant une appréciation réaliste des effets de l’essor technologique et d’une manière compatible avec le sens courant de l’expression « c’est-à-dire de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous ».

En conséquence, une communication destinée à être captée par les abonnés individuellement dans leur foyer est une communication au public. Il en va de même d’une communication qui vise à atteindre seulement un segment du public, par courriel ou par le biais d’un groupe de discussion ou d’un service de babillard électronique ou d’un service offert aux abonnés, ou encore d’une communication sur un réseau à accès limité, tant que la transmission a lieu à l’extérieur du cadre purement domestique, et ce même si seulement certaines personnes sont disposées à verser des droits ou à faire d’autres démarches pour s’abonner au service.

[...]

Cela dit, il faut que la personne qui rend disponible un fichier ait eu l’intention qu’un segment quelconque du public, et plus qu’un seul destinataire, y ait accès pour que sa transmission constitue une communication au public. Par conséquent, une communication par courriel entre un seul expéditeur et un seul destinataire ne devient pas une communication au public uniquement parce qu’elle est effectuée hors du cadre domestique.

should be assessed as a function of the intended target of the act. In other words, the time frame within which the communication takes place is irrelevant; a facsimile transmission to ten thousand randomly selected persons is a communication to the public even though the transmission can only occur sequentially.

Musical works are made available on the Internet openly and without concealment, with the knowledge and intent that they be conveyed to all who might access the Internet. Accordingly, a communication may be to the public when it is made to individual members of the public at different times, whether chosen by them (as is the case on the Internet) or by the person responsible for sending the work (as is the case with facsimile transmissions).²⁸

In our opinion, that reasoning is as applicable to the transmission of a ringtone to a user's handset as it is to the transmission of data to a computer considered in *SOCAN 22 (1999)*.

[57] The Wireless Carriers rely on these very statements in support of their position that *SOCAN 22 (1999)* was wrongly decided. They argue first that the Board, in deciding the issue, arrived at a number of conclusions but did not specifically rule that any particular download was or was not a communication to the public. That position misreads the Board's decision. The Board clearly set out its findings under the heading "What do 'Communication',

[...]

[...] Communiquer est faire connaître un renseignement, qu'il y ait simultanéité ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés. Autrement dit, le laps de temps dans lequel la communication a lieu n'est pas pertinent; une transmission par télécopieur à dix mille destinataires choisis au hasard est une communication au public, bien que la transmission ne puisse être que séquentielle.

Les œuvres musicales sont rendues disponibles sur l'Internet de manière ouverte, sans dissimulation, l'intéressé, en connaissance de cause, ayant l'intention qu'elles soient transmises à tous ceux qui peuvent avoir accès à l'Internet. En conséquence, il peut y avoir communication au public quand celle-ci est faite à des personnes du public à des moments différents, que le moment soit choisi par ces dernières (ce qui est le cas sur l'Internet) ou par la personne responsable de l'envoi de l'œuvre (ce qui est le cas pour les transmissions par télécopieur).²⁸

Nous sommes d'avis que ce raisonnement s'applique aussi bien à la transmission d'une sonnerie au combiné d'un abonné qu'à la transmission de données à un ordinateur, examinée dans la décision *SOCAN 22 (1999)*.

[57] Les entreprises de télécommunications sans fil invoquent justement ces énoncés pour soutenir que la décision *SOCAN 22 (1999)* est erronée. En premier lieu, elles avancent que la Commission, dans sa décision, a formulé un certain nombre de conclusions sans se prononcer précisément sur la question de savoir si tel ou tel téléchargement constituait ou non une communication au public. C'est là mal interpréter la décision de la Commission, qui a clairement exposé ses

‘Telecommunication’, ‘Public’ and ‘Musical Works’ Mean in the Context of Internet Transmissions?’²⁹

[58] The contention by the Wireless Carriers that *SOCAN 22 (1999)* did not consider downloading of music does not accord with what the Board decided. There the Board dealt with downloads from the Internet of the same kind we are involved with here for ringtones. As SODRAC correctly pointed out in its comments, the Board did not determine that an uploading or a downloading constitutes a communication, but that between the uploading and the downloading there is a transmission, which is a communication to the public by telecommunication.

[59] The Wireless Carriers also argue strenuously that *SOCAN 22 (1999)*, in its consideration of what constitutes a communication to the public, placed too much reliance on the fact that “[m]usical works are made available openly and without concealment [...]” [our underlining].³⁰ The “making available right” is found in Article 8 of the 1996 *WIPO Copyright Treaty*, which reads as follows:

Article 8 – Right of Communication to the Public

[A]uthors [...] shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. [our underlining]

conclusions sous la rubrique intitulée « Que veulent dire les termes “communication”, “télécommunication”, “public” et “œuvre musicale” dans le contexte des transmissions sur l’Internet? »²⁹

[58] L’affirmation des entreprises de télécommunications sans fil selon laquelle la décision *SOCAN 22 (1999)* n’envisage pas le téléchargement de musique ne concorde pas avec la teneur de la décision. Dans celle-ci, la Commission a examiné la question des téléchargements, depuis l’Internet, de données du même genre que les sonneries en cause dans la présente affaire. Comme l’a fait remarquer avec justesse la SODRAC dans ses observations, la Commission n’a pas décidé qu’un téléchargement en amont ou un téléchargement en aval constitue une communication; elle a disposé qu’entre le premier et le second, il y a une transmission et que cette transmission constitue une communication au public par télécommunication.

[59] Les entreprises de télécommunications sans fil ont aussi clamé que l’analyse des composantes d’une communication au public contenue dans la décision *SOCAN 22 (1999)* accorde une trop grande importance au fait que « [L]es œuvres musicales sont rendues disponibles [...] de manière ouverte, sans dissimulation » [non souligné dans l’original].³⁰ Le droit de mise à disposition est reconnu à l’article 8 du *Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur*, conclu en 1996 :

Article 8 – Droit de communication au public

[L]es auteurs [...] jouissent du droit exclusif d’autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit de manière individualisée. [non souligné dans l’original]

[60] Canada has signed but not ratified the WIPO Treaty. Nowhere in the *Act* is there a mention of a making available right. Still, contrary to what the Wireless Carriers argue, the Board did not confuse the right to communicate with the right to make available. It stated clearly that there can be no communication unless there has been one transmission. The work is not communicated when it is posted but rather when it is transmitted. Indeed, the Supreme Court of Canada has specifically agreed with this finding.³¹

[61] The Wireless Carriers argue that the Board made numerous references to whether a work was made available or could be accessed by a member of the public rather than determining whether communication of the work was to the public as required by paragraph 3(1)(f) of the *Act*. Specifically, the Wireless Carriers point to the following passages:

[...] the person posting a file must intend it to be accessed by some segment of the public, [...] in order for its transmission to constitute a communication to the public.³²

Musical works are made available on the Internet openly and without concealment, with the knowledge and intent that they be conveyed to all who might access the Internet.³³

[...] a work is communicated to the public even if it is transmitted only once, as long as it is made available on a site that is accessible to a segment of the public.³⁴

[62] In our opinion, the Wireless Carriers again misread *SOCAN 22 (1999)*. The Board did not conclude that the rights described in the WIPO

[60] Le Canada a signé le Traité de l'OMPI, mais ne l'a pas ratifié. Le droit de mise à disposition n'est mentionné nulle part dans la *Loi*. Néanmoins, contrairement à ce que prétendent les entreprises de télécommunications sans fil, la Commission n'a pas confondu le droit de communication et celui de mise à disposition. Elle a clairement énoncé qu'il ne saurait y avoir communication s'il n'y a pas eu transmission. L'œuvre n'est pas communiquée au moment où elle est affichée, mais bien au moment où elle est transmise. De fait, la Cour suprême du Canada a expressément manifesté son accord avec cette conclusion.³¹

[61] Les entreprises de télécommunications sans fil soutiennent que la Commission a évoqué à de nombreuses reprises la question de savoir si une œuvre a été rendue disponible ou était accessible à une personne du public plutôt que de se demander si la communication de l'œuvre était une communication au public comme l'exige l'alinéa 3(1)f) de la *Loi*. Elles soulignent particulièrement les passages suivants :

[I]l faut que la personne qui rend disponible un fichier ait eu l'intention qu'un segment quelconque du public [...] y ait accès pour que sa transmission constitue une communication au public.³²

Les œuvres musicales sont rendues disponibles sur l'Internet de manière ouverte, sans dissimulation, l'intéressé, en connaissance de cause, ayant l'intention qu'elles soient transmises à tous ceux qui peuvent avoir accès à l'Internet.³³

[U]ne œuvre est communiquée au public même si elle n'est transmise qu'une seule fois, pourvu qu'elle soit mise à disposition sur un site accessible à un segment du public.³⁴

[62] Nous estimons que là encore, les entreprises de télécommunications sans fil interprètent incorrectement la décision. La Commission n'a

Treaty had somehow been added to the *Act*. In fact, it specifically noted that the Treaty did not apply in Canada. What it did decide was that the person who posts a work on a server, authorizes the communication of that work to the public. In other words, as far as works are concerned, the authorization right already includes the Treaty making available right.³⁵ The expression “making available” as used in *SOCAN 22 (1999)* is not equivalent to the term of art used in the Treaty. It is simply a reference to the fact that a work must be posted on the Internet before it can be transmitted and downloaded to the end user.

[63] The Wireless Carriers contend that the downloading of musical ringtones is a point-to-point, one-to-one delivery of a music file purchased by a consumer and that the communication is private and not a communication to the public. We disagree. Ringtones are uploaded onto a website for the specific purpose of marketing and communicating them to any subscriber who wishes to download the ringtone to a cell phone. The ringtone is marketed to a phone-owning public and placed on a website in a catalogue for communication to members of that segment of the public who buy the product. Wireless carriers offer to sell a musical ringtone to all their subscribers, not to one individual and the fact that a member of the public receives the work in a private setting does not turn what would otherwise be a communication to the public into an individual transaction. This is no different from any other Internet subscription music service accessible to a member of the public.

[64] In *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*,³⁶ the Supreme Court of Canada,

pas conclu que les droits établis dans le Traité de l'OMPI avaient été ajoutés à la *Loi* d'une manière quelconque. Elle a même précisé que le Traité ne s'appliquait pas au Canada. Ce que la Commission a décidé est que la personne qui affiche une œuvre sur un serveur, en autorise la communication au public. En d'autres termes, en ce qui concerne les œuvres, le droit d'autoriser comprend déjà le droit de mise à disposition prévu au Traité.³⁵ L'expression « rendue disponible » employée dans la décision *SOCAN 22 (1999)* n'est pas équivalente à l'expression technique que l'on trouve dans le Traité. La première énonce uniquement le fait qu'une œuvre doit être affichée sur Internet avant de pouvoir être transmise et téléchargée à l'utilisateur final.

[63] Les entreprises de télécommunications sans fil prétendent que le téléchargement d'une sonnerie musicale consiste en la livraison, point à point et d'un expéditeur unique à un destinataire unique, d'un fichier de musique acheté par un consommateur; dès lors, affirment-elles, la communication est privée et ne constitue pas une communication au public. Nous ne sommes pas d'accord. Les sonneries sont affichées sur un site Web dans le but précis d'en faire la mise en marché et de les communiquer à tout abonné qui désire les télécharger vers son cellulaire. Elles sont commercialisées à l'intention d'un marché composé de membres du public possédant un cellulaire et affichées dans le catalogue d'un site Web en vue d'être communiquées aux personnes de ce segment du public qui achètent le produit. Les entreprises de télécommunications sans fil proposent l'achat d'une sonnerie musicale à tous leurs abonnés, pas à un seul; le fait que l'abonné reçoit l'œuvre dans un environnement privé ne transforme pas en transaction personnelle un acte qui, à tous autres égards, est une communication au public. La situation est en tous points semblable à celle de n'importe quel autre service d'abonnement musical accessible sur Internet à toute personne du public.

[64] Dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*,³⁶ la Cour suprême du

the Federal Court of Appeal and the Federal Court all found that the transmission of a single copy of a work by fax to a single individual was not a communication to the public by telecommunication. That is a true point-to-point transaction – one originating from a single point and intended to be received at a single point. The Supreme Court of Canada did, however, find that a series of sequential or repeated transmissions *might* constitute communication to the public. McLachlin C.J. put it this way at paragraph 78:

I agree with these conclusions. The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright. However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case.

[65] Thus, messages with identical content (musical ringtones) sent to different individuals can be a communication to the public even though they are sent individually. On the other hand, messages with different content sent to different individuals may not be a communication to the public if they constitute singular, individual transactions. In all instances, the most determinant factor will be whether the communication is made or not within a “domestic circle”.

[66] Simultaneity is not a prerequisite for a communication to be “to the public”. The Board reached that conclusion in *SOCAN 22 (1999)*. It stated:

4. A communication need not be instantaneous or simultaneous to be a communication to the public.

Canada, la Cour d’appel fédérale et la Cour fédérale ont toutes jugé que la transmission d’une seule télécopie à une seule personne ne constituait pas une communication au public par télécommunication. Voilà un exemple d’une véritable transaction point à point, qui part d’un point unique et qui doit parvenir à un point unique. La Cour suprême a cependant fait remarquer qu’une série de transmissions séquentielles ou répétées *pourrait* constituer une communication au public. La juge en chef McLachlin s’est exprimée comme suit au paragraphe 78 :

Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d’auteur. Toutefois, aucune preuve n’a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l’espèce.

[65] En conséquence, des messages au contenu identique (des sonneries musicales) transmis à différentes personnes peuvent constituer une communication au public même s’ils sont envoyés un par un. Par contre, des messages au contenu différent transmis à différentes personnes peuvent ne pas constituer une communication au public, pour autant qu’il s’agisse de transactions isolées, ponctuelles. Dans tous les cas, le facteur le plus décisif demeure de savoir si la communication se fait ou non à l’intérieur d’un « cadre domestique ».

[66] La simultanéité n’est pas une condition préalable à l’existence d’une communication au public. C’est ce que la Commission a conclu dans *SOCAN 22 (1999)*, déclarant :

4. Il n’est pas nécessaire qu’une communication soit instantanée ou simultanée pour être une communication au public.

[...] To communicate is to convey information, whether or not this is done in a simultaneous fashion. The private or public nature of the communication should be assessed as a function of the intended target of the act. In other words, the time frame within which the communication takes place is irrelevant; a facsimile transmission to ten thousand randomly selected persons is a communication to the public even though the transmission can only occur sequentially.³⁷

The earlier quoted statement of McLachlin C.J. in *CCH Canadian* supports such an interpretation.

[67] The Board also stated that to require simultaneity would run contrary to the requirement to take a realistic view of the input and effect of technological developments. The Board concluded that any interpretation requiring simultaneity must be set aside for reasons of policy. It said:

Such an interpretation must also be set aside because it might render nugatory all Canadian copyright legislation in the world of telecommunications, by putting future advances in interactivity, addressability and transmission on demand outside of the realm of copyright protection. As was pointed out by proponents of Tariff 22, the fact that the Internet is interactive and fully addressable by members of the public who choose to access the work does not change its underlying purpose of allowing the transmission of the work to anyone who is provided with access to the Internet and who wishes to receive the work.³⁸

[68] We agree. Wireless carriers are trying to sell as many copies of every single musical ringtone as possible to maximize sales and profit. They

[...] Communiquer est faire connaître un renseignement, qu'il y ait simultanéité ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés. Autrement dit, le laps de temps dans lequel la communication a lieu n'est pas pertinent; une transmission par télécopieur à dix mille destinataires choisis au hasard est une communication au public, bien que la transmission ne puisse être que séquentielle.³⁷

Cette interprétation trouve appui dans les observations de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *CCH Canadienne* que nous venons de citer.

[67] La Commission a aussi affirmé qu'imposer la simultanéité serait contraire à la nécessité d'adopter une conception réaliste de l'apport et de l'effet des changements technologiques. Elle a conclu que toute interprétation prescrivant la simultanéité devait être écartée pour des raisons de principe. Elle a indiqué :

Une telle interprétation doit également être écartée parce qu'elle pourrait rendre inefficace toute la législation canadienne relative au droit d'auteur dans le monde des télécommunications, en soustrayant à la protection du droit d'auteur toutes les futures réalisations en interactivité, en adressabilité et en transmission sur demande. Comme l'ont souligné ceux qui appuient le tarif 22, le fait que l'Internet soit interactif et pleinement adressable par les personnes du public qui choisissent d'accéder à l'œuvre n'en change pas l'objet sous-jacent qui est de permettre la transmission de l'œuvre à quiconque obtient l'accès à l'Internet et souhaite recevoir l'œuvre.³⁸

[68] Nous abondons dans le même sens. Les entreprises de télécommunications sans fil tentent de vendre le plus grand nombre possible de

intend, indeed they wish for, a series of repeated transactions of the same work to numerous recipients. This, in our opinion, amounts to a communication to the public.

[69] The objectors further argue that unlike streaming, downloading is not audible during the communication; the communication is not available to or accessible by any other person. Downloading does not involve “tapping into” an ongoing communication of a work to multiple people. This argument is based on a false assumption. Streamed music is not audible during the communication; the end user’s computer must first store and arrange in proper order the packets it received before it can play them. We agree with Mr. Jurenka, who stated that the only difference, technically speaking, between the two is the intention of use by the consumer. Both of them are a transmission, and both of them can be “to the public”.

[70] Finally, CRIA contends that the downloading of ringtones is just another form of content delivery just as, for example, email is replacing regular mail. This argument focuses not on the public or private character of the communication, but on the mode of delivery. In this respect, the *Act* is not technologically neutral. The copyright consequences of sending a ringtone over the Internet rather than by mail are different because the *Act* so provides. SOCAN is entitled to a royalty in the first scenario and not in the second not because one form of communication is private and the other public, but because the *Act* protects a communication to the public when it is achieved by telecommunication, but not when it is achieved by ordinary mail.

copies de chaque sonnerie, afin de maximiser ventes et bénéfices. Leur intention, leur souhait même, est d’effectuer une série de transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires. Cette situation, croyons-nous, constitue une communication au public.

[69] Les opposantes ajoutent que contrairement à la diffusion en flux, le téléchargement n’est pas une communication qui peut être entendue; elle n’est rendue disponible à aucune autre personne ni ne lui est accessible. Le téléchargement ne suppose pas un accès à la communication continue d’une œuvre à un grand nombre de personnes. Cet argument est fondé sur une fausse prémisse. La musique pour diffusion en flux ne peut être entendue durant sa communication; l’ordinateur du destinataire doit d’abord stocker et organiser convenablement les paquets qu’il a reçus avant de pouvoir les jouer. Nous partageons l’avis de M. Jurenka, qui a déclaré que la seule différence entre les deux, sur le plan technique, réside en l’intention d’utilisation chez le consommateur. Les deux procédés consistent en une transmission, et chacun peut constituer une transmission « au public ».

[70] Enfin, la CRIA prétend que le téléchargement de sonneries n’est rien de plus qu’une forme particulière de livraison de contenu, au même titre que le courrier électronique, par exemple, remplace le courrier traditionnel. Cet argument porte non pas sur le caractère public ou privé de la communication, mais sur le mode de livraison. Or, en l’occurrence, la *Loi* n’est pas technologiquement neutre. Les conséquences à l’égard du droit d’auteur sont différentes selon que la sonnerie est transmise par Internet ou par courrier ordinaire, parce que la *Loi* est ainsi faite. La SOCAN a droit à une redevance dans le premier cas et pas dans le second, non pas du fait qu’un mode de transmission est privé et l’autre public, mais parce que la *Loi* protège la communication au public effectuée par télécommunication et non celle effectuée par courrier ordinaire.

[71] We therefore conclude that purchasing a musical ringtone over the Internet involves a transmission which constitutes a communication to the public by telecommunication.

VII. SETTING THE TARIFF

[72] In this part, we review closely the various methodologies proposed by the participants, and then set the tariff based on the methodology we prefer.

A. Methodologies Proposed by the Participants

SOCAN

[73] SOCAN would set the royalty payable for the communication right according to the comparison with the reproduction right it says the Board used in *Pay Audio (2002)*. According to SOCAN, in that decision, the Board set the royalty payable for the communication right at 1.5 times the implicit rate payable for the reproduction right in the recording industry. SOCAN believes that the same ratio should be applied to ringtones, given the similarities it says exist between that market and the pay audio market.

[74] SOCAN produced data relating to the rates charged in the ringtone market for the reproduction right. Because some of the data is confidential, SOCAN's calculations cannot be reproduced here. What we can say is that if we were to use those calculations, the 10 per cent rate proposed by SOCAN would be eminently reasonable.

[75] That being said, we do not intend to use the ratio SOCAN proposes, for two reasons. First, that approach is based on a false assumption, according to which in *Pay Audio (2002)*, "SOCAN's 13% rate [...] was established on the

[71] Nous concluons en conséquence que l'achat par Internet d'une sonnerie musicale comporte une transmission qui constitue une communication au public par télécommunication.

VII. ÉTABLISSEMENT DU TARIF

[72] Dans cette partie, nous analysons en détail les différentes méthodologies proposées par les participants, pour ensuite établir le taux selon celle que nous retenons.

A. Les méthodologies proposées par les participants

La SOCAN

[73] La SOCAN établirait la redevance payable pour le droit de communication en se servant de la comparaison avec le droit de reproduction que, selon elle, la Commission a utilisée dans la décision *Services sonores payants (2002)*. Elle soutient que la Commission avait alors établi la redevance payable pour le droit de communication à 1,5 fois le taux implicite payable pour le droit de reproduction dans l'industrie du disque. La SOCAN croit que ce même ratio devrait s'appliquer aux sonneries, étant donné les similitudes qu'elle dit exister entre ce marché et celui des services sonores payants.

[74] La SOCAN a déposé en preuve des données portant sur les prix pratiqués dans le marché des sonneries pour le droit de reproduction. Le caractère confidentiel de certaines données fait en sorte qu'il n'est pas possible de reprendre ici les calculs auxquels la SOCAN s'est livrée. On peut toutefois affirmer que si nous décidions d'utiliser ces calculs, le taux de 10 pour cent que la SOCAN propose serait éminemment raisonnable.

[75] Cela dit, nous n'entendons pas retenir le ratio que la SOCAN propose, pour deux motifs. Premièrement, cette façon de faire est fondée sur une fausse prémisse. La SOCAN soutient que dans la décision *Services sonores payants*

basis that the compensation for SOCAN members should reflect an amount greater than that which they received for their reproduction rights in the sound recordings used by the pay audio services.”³⁹ The Board made no such comparison; the witness who explained SOCAN’s methodology in this instance admitted so much on cross-examination.⁴⁰

[76] Second, as the objectors point out, pay audio services and ringtones are very different products and use music in very different ways. Pay audio services offer their subscribers a continuous broadcast of complete, unaltered selections, organized according to various musical genres. Subscribers cannot find out in advance what they will listen to; what a subscriber wants is to listen continuously to a selected musical genre. Ringtones providers offer an inventory of musical clips that can be obtained individually to be downloaded to a cell phone’s memory; that consumers do not purchase to listen to them continuously. The differences in characteristics mean that pay audio services cannot be regarded as an economic substitute for ringtones, and accordingly cannot be used as a useful proxy.

Objectors

[77] The objectors propose a number of possible methodologies for setting royalty rates. Professor Mathewson prepared a grid for classifying various sources of reference prices, based on three factors: whether they are payment for the same right or the same right in connection with another, whether they relate to the same use of music or a similar use, and whether they are in effect in Canada or elsewhere.

(2002), [TRADUCTION] « le taux de 13 pour cent de la SOCAN [...] a été établi afin que la compensation versée aux membres de la SOCAN reflète un montant plus élevé que celle qu’ils reçoivent pour le droit de reproduction des enregistrements sonores utilisés par les services sonores payants. »³⁹ La Commission ne s’est pas livrée à une telle comparaison; le témoin qui a expliqué la méthodologie de la SOCAN en l’espèce l’a d’ailleurs admis en contre-interrogatoire.⁴⁰

[76] Deuxièmement, comme le soulignent les opposantes, les services sonores payants et les sonneries sont des produits très différents, qui utilisent la musique de manière très différente. Les services sonores payants offrent à leurs abonnés des sélections de pièces complètes, non modifiées, en continu et organisées selon divers genres musicaux. L’abonné n’est pas en mesure de connaître à l’avance quelle pièce il écouterait; son intérêt est de faire l’écoute continue du genre musical qu’il choisit. Les fournisseurs de sonneries offrent un inventaire d’extraits musicaux, disponibles individuellement pour fins de téléchargement vers la mémoire d’un cellulaire, que le consommateur n’achète pas pour en faire l’écoute continue. Ces caractéristiques différentes impliquent que les services sonores payants ne peuvent être considérés comme un substitut économique aux sonneries, et en conséquence ne peuvent servir de modèle de référence utile.

Les opposantes

[77] Les opposantes proposent plusieurs méthodologies possibles pour établir le taux de redevances. Le professeur Mathewson a mis au point une grille qui permet de classer diverses sources de prix de référence en fonction de trois facteurs : selon qu’ils rémunèrent le même droit ou le même droit en relation avec un autre, qu’ils portent sur la même utilisation de musique ou sur une utilisation similaire, et qu’ils sont en vigueur au Canada ou à l’étranger.

[78] Professor Liebowitz, SOCAN's witness, expressed reservations concerning the usefulness of the grid. In his view, it does not take into account important aspects such as the nature of the markets, whether they are regulated or free, and the degree of competition they exhibit.

[79] We do not intend to use the taxonomy of potential sources of benchmark prices developed by Professor Mathewson. We share some of the reservations expressed by Professor Liebowitz in this regard. In addition, even if we assume that this sort of taxonomy is helpful, there is nothing to suggest that the one presented is complete or organizes benchmark prices in the most useful manner.

[80] Professor Mathewson pointed out that the Board has used rates in effect in Canada for the same right or a similar use in the past, whether the rates had been set by the Board or negotiated, as a starting point for setting a new rate. In his opinion, however, there are no rates in Canada for the right to communicate musical works in the ringtone market, or for a similar use, that could provide a useful starting point.

[81] In addition, Professor Mathewson pointed out that the Board has used foreign prices for the same use in the past as a way to validate the rates it certified. He informed us of the rates for the communication and reproduction of ringtones in a number of countries. Some were negotiated, others were established by regulatory authorities. He admitted that it may be dangerous to compare prices charged outside Canada, for one thing because we rarely know all of the factors that played a part in setting those prices.

[82] Professor Mathewson nonetheless maintained that it was possible to find useful benchmarks by making three determinations

[78] Le professeur Liebowitz, témoin de la SOCAN, a exprimé certaines réserves quant à l'utilité d'une telle grille. Selon lui, elle ne tient pas compte de dimensions importantes telles que la nature des marchés, le fait qu'ils soient réglementés ou libres ou le degré de concurrence qu'ils affichent.

[79] Nous n'entendons pas utiliser la taxonomie des sources possibles de prix de référence mise au point par le professeur Mathewson. Nous partageons certaines des réserves que le professeur Liebowitz a exprimées à son égard. Par ailleurs, et même en supposant qu'une telle taxonomie soit utile, rien n'indique que celle qui nous a été présentée soit complète ou encore qu'elle organise les prix de référence de la façon la plus utile qui soit.

[80] Le professeur Mathewson a rappelé que la Commission a déjà utilisé des taux existants au Canada pour le même droit ou pour une utilisation similaire, que ces taux aient été établis par elle ou négociés, comme point de départ pour établir un nouveau taux. Selon lui, toutefois, il n'existe pas au Canada de taux pour le droit de communication d'œuvres musicales dans le marché des sonneries ou pour une utilisation similaire, qui puisse être utile comme point de départ.

[81] Par ailleurs, le professeur Mathewson a souligné que la Commission a déjà eu recours à des taux étrangers pour la même utilisation comme mesure de validation des taux. Il nous a informés des taux en vigueur pour la communication et la reproduction des sonneries dans plusieurs pays. Certains ont été négociés, d'autres ont été établis par réglementation. Il a admis qu'il peut être périlleux de comparer les prix pratiqués à l'étranger, entre autres parce qu'on connaît rarement l'ensemble des facteurs qui les ont entraînés.

[82] Cela dit, il a quand même soutenu qu'on pouvait obtenir des balises intéressantes en se livrant à trois constatations à l'égard des prix

regarding the prices charged in the countries for which figures were available. First, the rate payable for the communication right varies from 1.1 to 5 per cent of a ringtone's retail price. Second, the ratio of the price for the communication right to the price for the reproduction right is between 0.1 and 0.54. Third, the total royalties paid for both rights ranges from 7.7 to 15 per cent. By applying these various factors to information relevant to the Canadian market, some of which is confidential, the objectors conclude that the rate payable in Canada for the communication right in the ringtone market should be between 0 and 5.4 per cent.

[83] Ultimately, the objectors are asking that we set the rate at no more than 1.5 per cent. That rate falls within all three ranges derived from foreign data. It is also similar to the rate found in certain American reference figures that apply in Canada. The objectors regard this comparison to be highly appropriate because, in their submission, it reflects circumstances in a neighbouring market that is probably the largest source of music used in ringtones in Canada.

[84] Professor Liebowitz argues that the foreign rates cannot be used as a starting point because Professor Mathewson's report does not contain sufficient information regarding those rates. Specifically, the report does not explain the extreme variations observed in rates for communication, or the variation in the ratios of communication to reproduction rates. He submits that without an analysis of those variations, it is impossible to determine whether Canada should position itself at the top, the bottom, the middle or completely outside the range. In his submission, it is reasonable to think that if the Canadian rate for reproduction is in the upper (or lower) part of the range for foreign countries, the rate for communication should be in the same position.

pratiqués dans les pays pour lesquels des données ont été présentées. Premièrement, le taux payable pour le droit de communication varie entre 1,1 et 5 pour cent du prix de détail des sonneries. Deuxièmement, le ratio entre les prix payés pour le droit de communication et le droit de reproduction se situe entre 0,1 et 0,54. Troisièmement, le total des redevances versées pour les deux droits varie de 7,7 à 15 pour cent. En appliquant ces divers facteurs à certaines données, parfois confidentielles, pertinentes au marché canadien, les opposantes concluent que le taux payable au Canada pour le droit de communication dans le marché des sonneries devrait se situer entre 0 et 5,4 pour cent.

[83] En bout de piste, les opposantes demandent que nous établissions le taux à au plus 1,5 pour cent. Ce taux se situe dans chacun des trois intervalles obtenus grâce aux données étrangères. De plus, il s'apparente à celui qu'on retrouve dans certaines données de références américaines qui s'appliquent au Canada. Les opposantes trouvent cette comparaison fort pertinente, puisque selon elles, elle reflète l'état d'un marché adjacent, qui constitue probablement la source la plus importante de musique utilisée comme sonneries au Canada.

[84] Le professeur Liebowitz soutient que les tarifs étrangers ne peuvent être utilisés comme point de départ parce que le rapport du professeur Mathewson ne contiendrait pas suffisamment d'informations à leur sujet. En particulier, le rapport n'explique pas la très grande variabilité constatée des taux pour la communication, ni celle des ratios entre les taux pour la communication et les taux pour la reproduction. Sans une analyse de ces variations, il soutient qu'il est impossible de déterminer si le Canada devrait se placer dans le haut, dans le bas, dans le milieu ou complètement à l'extérieur de l'intervalle. Selon lui, il est raisonnable de penser que si le taux canadien pour la reproduction se situe dans le haut (ou dans le bas) de l'intervalle des pays étrangers, le taux pour la communication devrait se situer au même endroit.

[85] We find that in this case the reference prices outside Canada cannot be used as a starting point. Once again, as the Board has frequently stated in earlier decisions,⁴¹ we are of the opinion that the circumstances in which a price is determined are important and must be known to some extent if it is to be used as a starting point. In this case, we do not believe that we have enough information about foreign rates to do this.

[86] We also reject comparisons based on American reference figures, for two reasons. We share the reservations frequently stated by the Board regarding American figures, which need not be repeated here.⁴² Most importantly, we are of the opinion that the figures given in evidence may well undervalue the communication right. The figures come from agreements that relate to a bundle of goods and of services. The agreements show that the communication right was not the primary subject of the negotiations. It is therefore possible that this right was offered at a discount in order to reach a favourable agreement for all of the goods and services involved.

B. The Methodology We Adopt

[87] SOCAN filed agreements that it has signed with third-party ringtone suppliers. Those agreements are experimental, and one of them has been renegotiated downward. We will therefore not use them as reference prices. We are also of the opinion that there is no use of music that is sufficiently similar to its use in ringtones to serve as a starting point.

[88] SOCAN suggested that we set the royalty rate for the communication of musical ringtones by making a comparison with the rate for the reproduction right for those same ringtones. For the reasons given earlier, we rejected the

[85] Nous jugeons qu'en l'instance, on ne peut utiliser comme point de départ les prix de référence provenant de l'étranger. Comme la Commission l'a souligné à maintes reprises dans ses décisions antérieures,⁴¹ nous sommes encore une fois d'avis que les circonstances entourant la détermination d'un prix sont importantes et doivent être connues dans une certaine mesure si on compte l'utiliser comme point de départ. Dans la présente affaire, nous ne croyons pas disposer de suffisamment d'informations quant aux données provenant de l'étranger pour le faire.

[86] Nous rejetons aussi les comparaisons fondées sur les données de référence américaines, pour deux motifs. Nous partageons les réserves que la Commission a maintes fois exprimées à l'égard des données américaines, réserves qu'il ne servirait à rien de répéter ici.⁴² Surtout, nous sommes d'avis que les données versées en preuve sont susceptibles de sous-évaluer le droit de communication. En effet, ces données proviennent d'ententes portant sur un ensemble de biens et de services. Il ressort de ces ententes que le droit de communication n'était pas l'objet principal de la négociation. Il est donc possible qu'on ait offert ce droit à rabais dans le but de conclure une entente favorable pour l'ensemble des biens et services concernés.

B. La méthodologie que nous retenons

[87] La SOCAN a versé au dossier des ententes qu'elle a conclues avec des tiers fournisseurs de sonneries. La nature expérimentale de ces ententes, et le fait que l'une d'elles ait été renégociée à la baisse, nous amènent à ne pas les utiliser comme prix de référence. Nous sommes également d'avis qu'il n'existe pas une utilisation de musique suffisamment similaire à celle qui est faite dans le cas des sonneries pour pouvoir servir de point de départ.

[88] La SOCAN a suggéré que nous établissions le taux de redevances pour la communication de sonneries musicales, en établissant une comparaison avec le taux pour la reproduction pour ces mêmes sonneries. Nous avons rejeté le

comparator that SOCAN proposed. On the other hand we find the approach that SOCAN proposes interesting, if only because it mirrors the approach used by the Board to set the price commercial radio stations pay to reproduce musical works.⁴³ Accordingly, we will first determine the average rate payable for the reproduction of musical works under Canadian commercial agreements that were entered in evidence. We will then establish a ratio of the rate for communication to the rate for reproduction of ringtones and apply that ratio to the average rate for reproduction, in order to set the tariff for the communication right.

[89] In this instance, we could have set nominal rates, expressed as cents per ringtone, for example. We will not, for two reasons. First, the market itself seems to have already made a choice: with one exception, agreements entered in evidence all provide rates expressed as a percentage of revenue rather than as a fixed amount. Second, and more fundamentally, the value of the right we are being asked to determine should not be a constant; instead, it should vary according to the type of ringtones involved. Price variations for different types of ringtones reflect the value of the ringtones and of the underlying rights. Setting a rate expressed as a percentage of the price paid for a ringtone will allow for this variation in the value of the right to be taken into consideration.

(i) Average Rate for Reproduction

[90] Nearly fifty separate commercial agreements relating to ringtones were entered in evidence in this instance.⁴⁴ These agreements vary significantly. They involve collective societies, sound recording makers and music publishers, as well as aggregators and ringtone suppliers. They deal with the communication or reproduction right in musical works, sound recordings and performers' performances,⁴⁵ either separately or

comparateur que la SOCAN propose, pour les motifs que nous avons déjà exposés. Cela dit, nous considérons l'approche que la SOCAN propose intéressante, ne serait-ce que parce qu'elle s'apparente à l'approche que la Commission avait retenue pour établir le droit de reproduction des œuvres musicales par les stations de radio commerciales.⁴³ Par conséquent, nous déterminerons d'abord la moyenne des taux payables pour la reproduction d'œuvres musicales dans le cadre des ententes commerciales canadiennes versées au dossier. Nous déterminerons ensuite un ratio entre le taux pour la communication et le taux pour la reproduction des sonneries que nous appliquerons au taux moyen pour la reproduction afin d'établir le tarif pour le droit de communication.

[89] Dans cette affaire, nous aurions pu établir des taux nominaux, exprimés par exemple en cents par sonnerie. Nous ne le ferons pas, pour deux raisons. Premièrement, le marché lui-même semble avoir déjà fait un choix : à une exception près, les ententes déposées en preuve comportent toutes des taux exprimés en pourcentage des revenus, plutôt qu'un montant fixe. Deuxièmement, de façon plus fondamentale, la valeur du droit que nous sommes appelés à établir ne devrait pas être une constante, mais devrait varier selon le type de sonneries considéré. Les prix des différents types de sonneries sont le reflet de la valeur des sonneries et des droits qui y sont inclus. La fixation d'un taux exprimé en pourcentage du prix des sonneries permet de prendre en compte cette variation de valeur des droits.

(i) La moyenne des taux de reproduction

[90] Près d'une cinquantaine d'ententes commerciales individuelles liées aux sonneries ont été déposées en preuve.⁴⁴ Ces ententes diffèrent considérablement l'une de l'autre. Elles impliquent des sociétés de gestion, des producteurs d'enregistrements sonores, des éditeurs de musique ainsi que des agrégateurs et des fournisseurs de sonneries. Elles portent sur les droits de communication ou de reproduction

together. The terms of the agreements also vary considerably. Still, they contain some useful information.

[91] Fourteen of the agreements provide for specific rates for reproduction activities associated with the use of musical works in creating and downloading ringtones. Generally speaking, the rates are expressed as a percentage of the retail price, with a minimum royalty per ringtone, expressed in cents.

[92] We will disregard two of those agreements. The first does not apply in Canada, and there is enough Canadian data on the record for us to set a rate using only that data. The second relates to an extremely limited repertoire. For the rest, the figures are consistent. Virtually all of the relevant rates fall into clusters that closely reflect the simple average of the rates. There are practically no outliers. The simple average of the rates set in those agreements therefore constitutes a useful starting point. That being said, we find that the minimum prices provided in the agreements would tend to raise the actual average slightly. For those reasons, we find that the average effective rate payable in Canada for the right to reproduce musical works in the ringtone market is around 12 per cent.

(ii) The Communication to Reproduction Ratio

[93] The commercial radio market offers useful parallels to this case. In *CSI - Commercial Radio (2003)*, the Board first addressed the question of a tariff for the reproduction of musical works by commercial radio stations. A number of factors were considered in setting the tariff. Specifically,

d'œuvres musicales, d'enregistrements sonores et de prestations d'artistes-interprètes,⁴⁵ soit individuellement, soit de façon conjointe. Les modalités de ces ententes varient également considérablement. Il est toutefois possible d'en tirer certaines informations utiles.

[91] Au total, 14 de ces ententes prévoient des taux spécifiques pour les activités de reproduction associées à l'utilisation d'œuvres musicales dans le processus de production et de téléchargement de sonneries. De manière générale, les taux de redevances sont exprimés en pourcentage du prix de détail des sonneries, sous réserve d'une redevance minimale par sonnerie, exprimée en cents.

[92] Nous mettons de côté deux de ces ententes. La première ne s'applique pas au Canada; le dossier de la présente affaire contient suffisamment de données canadiennes pour nous permettre d'établir un taux en utilisant seulement ces données. La seconde porte sur un répertoire extrêmement limité. Pour le reste, les données sont cohérentes. Presque tous les taux pertinents se regroupent en grappes qui encadrent de près la moyenne simple de ces taux. Les valeurs aberrantes sont pratiquement inexistantes. La moyenne simple des taux prévus par ces ententes constitue donc un point de départ intéressant. Cela dit, nous concluons que les prix minimums que prévoient les ententes auraient tendance à faire augmenter légèrement la moyenne effective. Pour ces motifs, nous en venons à la conclusion que la moyenne des taux effectifs payables au Canada pour le droit de reproduction des œuvres musicales dans le marché des sonneries se situe autour de 12 pour cent.

(ii) Le ratio entre les taux pour la communication et la reproduction

[93] Le marché de la radio commerciale offre des parallèles intéressants pour la présente affaire. Dans la décision *CSI - Radio commerciale (2003)*, la Commission se penchait pour la première fois sur l'établissement d'un tarif pour la reproduction d'œuvres musicales par ces

the Board had regard to the ancillary nature of the reproduction right in the context of the stations' broadcasting activities. It also had regard to the fact that in the radio broadcasting industry, obtaining a reproduction licence is optional: a radio station can be operated without reproducing musical works. Based on those factors, the Board decided not to set too high a tariff, which would slow down the adoption of new broadcasting technologies. All things considered, the Board set the royalty at 1 per cent, before adjusting it to take into account the portion of the eligible repertoire actually represented by the relevant collectives. One per cent represents about a third of the 3.2 per cent rate that was payable by commercial radio stations at the time for the right to communicate musical works.

[94] In the case at hand, the situation is reversed. First and foremost, a musical ringtone is the reproduction of a clip from a work stored in the subscriber's cell phone. What the subscriber wants is a file (and thus a copy) containing the clip from the work that he or she intends to use as a ringtone. The communication right only allows for the ringtone to be delivered to the subscriber in a particular manner. Other modes of delivery are possible: for example, ringtones could be sold on CD or be loaded at a point of sale. These methods are undoubtedly less effective and more expensive; nonetheless, they exist.⁴⁶ For ringtones, the communication right is therefore ancillary and as such, is worth less than the reproduction right.

[95] For commercial radio stations, the Board established a one-to-three ratio for the right it regarded as ancillary. However, for the reasons that follow, we believe that the ratio of the communication to the reproduction rates must be higher in this case.

stations. Plusieurs facteurs ont été pris en compte dans l'établissement de ce tarif. En particulier, la Commission a tenu compte du caractère accessoire du droit de reproduction dans le cadre des activités de radiodiffusion des stations. Elle a également tenu compte du fait qu'en radiodiffusion, l'obtention d'une licence de reproduction est optionnelle : on peut exploiter une station de radio sans reproduire d'œuvres musicales. Ces facteurs ont amené la Commission à vouloir éviter d'établir un tarif trop élevé, qui agirait comme frein à l'adoption des nouvelles technologies de radiodiffusion. À tout prendre, la Commission a établi la redevance à 1 pour cent, avant de l'ajuster pour tenir compte de la part du répertoire admissible effectivement représenté par les sociétés de gestion concernées. Un pour cent représente environ le tiers du taux de 3,2 pour cent qui était alors payable par la radio commerciale pour pouvoir communiquer des œuvres musicales.

[94] Dans la présente instance, la situation est inversée. Une sonnerie musicale est avant tout la reproduction d'un extrait d'une œuvre emmagasiné dans la mémoire du cellulaire de l'abonné. Ce que ce dernier cherche à obtenir, c'est un fichier (et donc, une copie) contenant l'extrait de l'œuvre qu'il entend utiliser comme sonnerie. Le droit de communication permet uniquement de livrer la sonnerie à l'abonné d'une certaine façon. D'autres modes de livraison sont possibles : par exemple, les sonneries pourraient être vendues sur CD ou encore, être chargées à partir d'une station d'achat. Ces modes de livraison sont sans doute moins efficaces et plus coûteux; il n'en reste pas moins qu'ils existent.⁴⁶ En matière de sonneries, le droit de communication est donc accessoire, et vaut moins que le droit de reproduction.

[95] La Commission avait établi, pour la radio commerciale, un ratio d'un tiers pour le droit qu'elle jugeait accessoire. Nous croyons toutefois, pour les raisons qui suivent, que le ratio entre le taux pour la communication et le taux pour la reproduction doit être plus élevé dans le présent dossier.

[96] Though ancillary and optional in the ringtone market, it is nonetheless extremely profitable to obtain the communication right. It allows the use of an instantaneous electronic delivery technology that greatly facilitates the transaction, and at the same time makes it more accessible and less expensive. The communication right is crucial to the current business model of ringtone suppliers, who would not experience the success they currently enjoy if they stopped using this right.

[97] The suppliers have been using delivery technologies based on the communication right from the outset.⁴⁷ Changing the business model would involve substantial expense. Given the circumstances, the possibility that the tariff we set will significantly reduce the use of these technologies is slim.

[98] On the other hand, while the ringtone market has indeed experienced strong growth, it is still new and therefore potentially unstable. The nature of the product, the prices and the agreements among the various protagonists could all change significantly in the years to come. We must therefore be careful not to set a rate so high that it could become a barrier to the evolution of the market.

[99] For all these reasons, we believe that it is appropriate and reasonable in the circumstances for the value of the communication right to be set at half that of the reproduction right.

(iii) Rate

[100] The 0.5 ratio applied to the 12 per cent average reproduction rate that we retained produces a rate of 6 per cent.

C. Validating our Conclusions

[101] The record of these proceedings contains information that we did not use in setting the

[96] Même s'il est accessoire et optionnel dans le marché des sonneries, il n'en demeure pas moins qu'il est fort profitable d'obtenir le droit de communication. Il permet d'utiliser une technologie électronique instantanée de livraison, qui facilite grandement la transaction tout en la rendant plus accessible et moins coûteuse. Le modèle opérationnel actuel des fournisseurs de sonneries dépend de manière cruciale du droit de communication et ceux-ci ne connaîtraient pas le succès dont ils jouissent maintenant s'ils cessaient d'utiliser ce droit.

[97] Les fournisseurs utilisent les technologies de livraison basées sur le droit de communication depuis qu'ils sont en affaires.⁴⁷ Modifier ce modèle opérationnel entraînerait des coûts importants. Dans ce contexte, la possibilité que le tarif que nous homologuons vienne réduire significativement l'utilisation de ces technologies est mince.

[98] Par contre, le marché des sonneries a beau connaître une forte croissance, il n'en est pas moins nouveau et donc, potentiellement instable. La nature du produit, les prix et les ententes entre les différents protagonistes sont tous susceptibles de changer de manière significative au cours des prochaines années. Nous devons faire preuve de prudence et éviter qu'un taux trop élevé devienne un obstacle à l'évolution du marché.

[99] Pour toutes ces raisons, nous croyons approprié et raisonnable dans les circonstances que la valeur du droit de communication soit établie à la moitié de la valeur du droit de reproduction.

(iii) Le taux

[100] Le ratio de 0,5, appliqué au taux de reproduction moyen de 12 pour cent que nous avons retenu génère un taux de 6 pour cent.

C. Les mesures de validation

[101] Le dossier de la présente affaire contient certaines données que nous n'avons pas utilisées

royalty rate but that can help to confirm our choice.

[102] The agreements that SOCAN has reached in relation to the communication right in the ringtone market and that cannot be used to set the tariff for the reasons stated above, provide an average rate higher than the rate we have adopted.

[103] Certain confidential agreements entered in evidence, relating to rights other than the right to communicate the musical work, provide for [CONFIDENTIAL]. The rate we certify is [CONFIDENTIAL].⁴⁸

[104] The rate that we certify is higher than any foreign rate we were informed of. However, because the average Canadian rate for reproduction is also higher, the result is that the 0.5 ratio of the communication to reproduction rates in Canada falls within the range of the foreign ratios, which was from 0.15 to 0.54.⁴⁹

D. Rate Base

[105] Certain ringtones use something else (voice, sound effect, public domain music) than a work in SOCAN's repertoire. According to the objectors, they account for about 14 per cent of downloads and 11.5 per cent of revenues. The objectors are asking that either those downloads be excluded from the rate base or that the rate to be applied to all download revenues be reduced by 10 per cent. SOCAN said that it preferred the first option. We retain it, especially since during oral argument, the objectors agreed. Having said this, here as in other tariffs containing a similar provision, since it is sometimes possible to clear rights for works in SOCAN's repertoire without getting a SOCAN licence, what will be excluded from the rate base are ringtones for which no SOCAN licence is required.

pour établir le taux de redevances et qui peuvent toutefois servir à nous conforter dans notre choix.

[102] Les ententes que la SOCAN a conclues, qui visent le droit de communication dans le marché des sonneries et qui ne peuvent servir à établir le tarif pour les motifs déjà exposés, prévoient des taux dont la moyenne est plus élevée que le taux que nous avons retenu.

[103] Certaines ententes confidentielles versées au dossier et portant sur des droits autres que le droit de communication de l'œuvre musicale prévoient [CONFIDENTIEL]. Le taux que nous retenons se situe [CONFIDENTIEL].⁴⁸

[104] Le taux que nous retenons est plus élevé que tous les taux étrangers dont nous avons été informés. Toutefois, comme le taux canadien moyen pour la reproduction l'est également, il en résulte que le ratio de 0,5 entre le taux pour la communication et le taux pour la reproduction au Canada, se situe à l'intérieur de l'intervalle des ratios étrangers de 0,15 à 0,54.⁴⁹

D. L'assiette tarifaire

[105] Certaines sonneries utilisent autre chose (voix, effet sonore, œuvre du domaine public) qu'une œuvre du répertoire de la SOCAN. Selon les opposantes, ces sonneries représentent environ 14 pour cent des téléchargements et 11,5 pour cent des revenus. Ils demandent soit d'exclure ces téléchargements de l'assiette tarifaire, soit de réduire de 10 pour cent le taux qui s'appliquerait à l'ensemble des revenus de téléchargement. La SOCAN a dit préférer la première option. Nous la retenons, d'autant plus que durant l'argumentation orale, les opposantes ont exprimé leur accord. Cela dit, ici comme dans les autres tarifs contenant des dispositions similaires, puisqu'il est parfois possible de libérer les droits pour des œuvres faisant partie du répertoire de la SOCAN sans obtenir de licence de cette dernière, on a exclu de l'assiette tarifaire les sonneries pour lesquelles une licence de la SOCAN n'est pas nécessaire.

[106] As proposed by the participants, network usage fees are excluded from the rate base. Those charges are not a measure of the value of the ringtone; rather, they are a measure of the value of the delivery technologies. All the commercial agreements entered in evidence exclude them. Since those charges apply to all transactions carried out over the Internet by cell phone, it is unlikely that this tariff will be an incentive for suppliers to alter to their advantage the ratio of the price of ringtones to network usage fees. The market has been able, to date, to absorb the reproduction royalties currently in effect in the industry, which are higher than the rate we are certifying for communication, and no such distortions have resulted.

E. The Rate for Mastertones

[107] SOCAN is asking that the same rate apply to all ringtones. The objectors contend that different formulas should be applied to synthesized ringtones and mastertones. They argue that applying the same rate to the higher retail price of mastertones would give SOCAN members additional revenues that they should not receive, because the higher price of those ringtones reflects not the contribution of the musical work, but the contribution of the sound recording. The producers provide that added value, and they alone should receive the benefits.

[108] In support of their argument, the objectors say that consumers choose the performer and not the author of the musical work when they purchase a mastertone. We do not share that view. As stated above, when consumers are thinking about purchasing a ringtone, they give as much importance to the musical work, whether or not they know its author, as to the performer.

[109] We are aware that part of the added value of mastertones is attributable to producers and

[106] Tel que proposé par les participants, les frais d'utilisation de réseau sont exclus de l'assiette tarifaire. Ces frais constituent une mesure non pas de la valeur de la sonnerie, mais plutôt de la valeur des technologies de livraison. Toutes les ententes commerciales versées au dossier les excluent. Puisque ces frais s'appliquent à toutes les opérations effectuées sur Internet avec le cellulaire, il est peu probable que le présent tarif incite les fournisseurs à modifier à leur avantage la relation entre le prix des sonneries et les frais d'utilisation de réseau. Le marché a déjà été en mesure d'absorber les taux pour la reproduction actuellement en vigueur dans l'industrie, taux plus élevés que celui que nous homologuons pour la communication, sans pour autant entraîner de telles distorsions.

E. Le taux pour les sonneries authentiques

[107] La SOCAN demande que le même taux s'applique à toutes les sonneries. Les opposantes soutiennent que des formules différentes devraient s'appliquer aux sonneries synthétisées et authentiques. Selon eux, appliquer le même taux au prix de détail plus élevé de ces dernières accorderait aux membres de la SOCAN des revenus supplémentaires qu'ils ne devraient pas toucher, puisque le prix plus élevé de ces sonneries ne reflète pas la contribution de l'œuvre musicale, mais plutôt celle de l'enregistrement sonore. Cette valeur étant ajoutée par les producteurs, ils devraient seuls en recevoir les bénéfices.

[108] Au soutien de leurs prétentions, les opposantes affirment que le consommateur choisit l'artiste-interprète et non l'auteur de l'œuvre musicale lorsqu'il achète une sonnerie authentique. Nous ne partageons pas ce point de vue. Comme nous l'avons déjà souligné, le consommateur qui songe à acheter une sonnerie accorde autant d'importance à l'œuvre musicale, qu'il en connaisse ou non l'auteur, qu'à l'artiste-interprète.

[109] Nous sommes conscients qu'une partie de la valeur ajoutée des sonneries authentiques est

performers. However, as we have done in other cases, we find that authors also contribute to that added value.

[110] The record producers who appeared before us stated that they must collect enough royalties in the ringtone market to enable them to recover part of the cost of producing the sound recording. Certainly, we have to expect that the business decisions made by producers will take into account the revenues they anticipate earning in all markets, including the ringtone market. That being said, the royalties payable to rights holders in musical works cannot be cut simply to enable producers to increase their revenues. This would be contrary to the spirit, if not the letter, of section 90 of the *Act*.⁵⁰

[111] The objectors' argument runs against not only market behaviour, but also their own. Agreements entered in evidence, whether they relate to the communication right or the reproduction right, and to musical works or sound recordings, all set the same rates for both types of ringtones. The same is true of foreign rates. The only two exceptions set higher rates for mastertones. In addition, creating a polyphonic ringtone clearly involves purchasing inputs (such as orchestration costs) that are not needed in a monophonic ringtone. Yet, no one is suggesting that the rate should be different for monophonic and polyphonic ringtones. If the addition of inputs required to produce one type of synthesized ringtone but not the other does not change the royalty rate, then neither should the addition of inputs needed to produce a mastertone but not a synthesized ringtone.

attribuable aux producteurs et artistes-interprètes. Nous considérons toutefois, comme nous l'avons fait dans d'autres instances, que les auteurs participent eux aussi à cette valeur ajoutée.

[110] Les producteurs de disques qui ont comparu devant nous soutiennent qu'ils doivent être en mesure de percevoir suffisamment de redevances dans le marché des sonneries pour leur permettre de récupérer une partie du coût de production de l'enregistrement sonore. Certes, il faut s'attendre à ce que les décisions d'affaires que prennent les producteurs tiennent compte des revenus qu'ils prévoient encaisser dans l'ensemble de leurs marchés, y compris celui des sonneries. Cela dit, il ne saurait être question d'escompter les redevances payables aux titulaires de droits sur les œuvres musicales au seul motif de permettre aux producteurs d'augmenter leurs recettes. Une telle mesure serait contraire à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article 90 de la *Loi*.⁵⁰

[111] Qui plus est, l'argument des opposantes contredit non seulement le comportement des marchés, mais aussi le leur dans la présente instance. Les ententes versées au dossier, qu'elles visent le droit de communication ou de reproduction et qu'elles concernent les œuvres musicales ou les enregistrements sonores, comportent les mêmes taux pour les deux types de sonneries. Les données provenant de l'étranger sont au même effet. Les deux seules exceptions prévoient des taux plus élevés pour les sonneries authentiques. Par ailleurs, il est clair que la création d'une sonnerie polyphonique implique l'achat d'intrants (coûts d'orchestration) dont on n'a pas besoin pour une sonnerie monophonique. Or, personne ne propose que le taux pour les premières soit différent de celui pour les secondes. Si l'ajout d'intrants dû au passage de la monophonie à la polyphonie ne change pas le taux de redevances, l'ajout d'autres intrants pour le passage à la sonnerie authentique ne devrait pas non plus entraîner un tel changement.

[112] The applicable rate and the rate base will therefore be the same for mastertones as for synthesized ringtones.

F. Minimum Royalty

[113] At the outset, SOCAN proposed a minimum royalty of 10¢ per ringtone for 2004 and 20¢ for 2005. It then suggested that the minimum royalty be the same as the royalty to be certified by the Board for a ringtone that costs \$1 to purchase. In SOCAN's submission, such a royalty is necessary in order to deal with ringtones distributed free of charge or bundled with other products in a way that makes it impossible to determine a specific sale price.

[114] The objectors argue that a minimum royalty of 20¢ amounts to assigning a minimum retail price of \$2 to all ringtones. They add that a tariff that included a minimum royalty would amount to a guarantee that SOCAN will be paid for ringtones even when they are free to consumers. In their submission, this would represent a radical change in the Board's philosophy. They suggest, instead, that there be no minimum royalty, or, in the alternative, that it be set very low, whether as a monthly rate or per ringtone, to cover the administrative costs of a SOCAN licence. In their submission, the minimum royalties for SOCAN's existing tariffs have already been set low.

[115] Recently, the Board offered the principle that a minimum royalty should reflect both SOCAN's administrative costs for issuing a licence and the intrinsic value of music.⁵¹ We agree with that principle. Here, the second factor is the reason for certifying a minimum royalty. Although it may be impossible to attach a specific price to a ringtone for any number of reasons, this does not mean that the rights holders are waiving their payment. The intrinsic value of music incorporated into a free ringtone is not nil;

[112] Le taux applicable et l'assiette tarifaire seront donc les mêmes pour les sonneries authentiques que pour les sonneries synthétisées.

F. Une redevance minimale

[113] La SOCAN proposait au départ une redevance minimale de 10 ¢ par sonnerie pour 2004 et de 20 ¢ pour 2005. Elle a ensuite suggéré que la redevance minimale soit la même que la redevance que la Commission homologuera pour une sonnerie vendue à 1 \$. Selon la SOCAN, une telle redevance est nécessaire pour tenir compte des sonneries distribuées gratuitement ou vendues dans un ensemble tel qu'il est impossible d'en déterminer le prix de vente spécifique.

[114] Les opposantes soutiennent qu'une redevance minimale de 20 ¢ revient à imputer un prix de détail plancher de 2 \$ à toutes les sonneries. Elles ajoutent qu'un tarif qui comporterait une redevance minimale constituerait une garantie pour la SOCAN d'être payée pour des sonneries même quand elles sont gratuites pour les consommateurs. À leur avis, cela représenterait un changement radical de philosophie de la part de la Commission. Elles suggèrent plutôt qu'il n'y ait pas de redevance minimale ou dans l'alternative, qu'elle soit établie à un très faible niveau, mensuellement ou par sonnerie, pour couvrir les coûts administratifs d'une licence de la SOCAN. Selon elles, les redevances minimales des tarifs existants de la SOCAN sont déjà établies à de faibles niveaux.

[115] La Commission a récemment énoncé le principe voulant que la redevance minimale soit le reflet à la fois des coûts administratifs de la SOCAN engendrés par la délivrance d'une licence et de la valeur intrinsèque de la musique.⁵¹ Nous sommes d'accord avec ce principe. Dans la présente instance, c'est le second facteur qui nous incite à homologuer une redevance minimale. L'impossibilité d'attacher un prix spécifique à une sonnerie, peu importe la raison, ne signifie pas pour autant que les ayants

a minimum royalty will reflect this. Moreover, all the commercial agreements filed in evidence set a minimum royalty equal to or higher than the royalty that applies to a ringtone that retails for \$1. We will therefore set a minimum royalty of 6¢ per ringtone, which is equal to the royalty that applies to a ringtone sold for \$1. This minimum royalty is approved for 2004 and 2005 only, since SOCAN did not ask for minimum royalties for 2003.

G. Quarterly Cap for 2003

[116] For 2003, SOCAN proposed that royalties be capped at \$7,500 per quarter. SOCAN produced no evidence in this respect, but it appears that it was attempting to take a cautious approach in a ringtone market that was still new at the time. Since it is a temporary measure for a period that has already ended, we retain the cap.

H. Tariff Wording

[117] SOCAN's proposed tariff targeted the "ringtone supplier", which is defined as the person supplying or authorizing the supply of ringtones to subscribers. This targets wireless carriers, third-party suppliers, aggregators and any other content or ringtone provider, so long as they communicate or authorize the communication of a ringtone. More than one person may then be liable for the communication of a ringtone. As the Board stated in *Pay Audio (2002)*, we are of the view that it is not our role to determine responsibility for the payment since SOCAN is entitled to seek payment from anyone of those persons, whether or not the tariff targets one of them. Under such circumstances, the tariff will be "target neutral".

droit renoncent à leur rémunération. La valeur intrinsèque de la musique incorporée à une sonnerie gratuite n'est pas nulle; une redevance minimale permet de la refléter. Qui plus est, toutes les ententes commerciales au dossier contiennent une redevance minimale égale ou supérieure à la redevance qui s'applique à une sonnerie dont le prix au détail est de 1 \$. Nous établirons donc une redevance minimale de 6 ¢ par sonnerie, montant égal à la redevance qui s'applique à une sonnerie vendue à 1 \$. Cette redevance minimale est homologuée seulement pour les années 2004 et 2005, la SOCAN n'en ayant pas demandé pour 2003.

G. Un plafond trimestriel pour 2003

[116] Pour 2003, la SOCAN proposait de plafonner les redevances à 7 500 \$ par trimestre. La SOCAN n'a pas versé de preuve au sujet de ce maximum; il semble toutefois qu'elle cherchait ainsi à adopter une approche prudente face au nouveau marché que constituaient les sonneries à l'époque. Puisqu'il s'agit d'une mesure temporaire pour une période déjà révolue, nous maintenons le plafond.

H. Libellé du tarif

[117] Le projet de tarif de la SOCAN vise le « fournisseur de service de sonneries », défini comme la personne qui fournit ou autorise la fourniture de sonneries à des abonnés. Il vise les entreprises de télécommunications sans fil, les tiers associés, les agrégateurs et tout autre fournisseur de contenu ou de sonneries, pour autant qu'ils les communiquent ou en autorisent la communication. Plus d'une personne pourrait donc être redevable à la SOCAN pour une même communication. Comme la Commission l'a déjà dit dans *Services sonores payants (2002)*, nous considérons qu'il ne nous revient pas de déterminer la responsabilité du paiement puisque la SOCAN a le droit de chercher à obtenir le paiement de chacune de ces personnes, sans égard au fait que le tarif cible l'une ou l'autre. Dans les circonstances, le tarif sera à visée neutre.

[118] As is often the case, the participants' assistance in finalizing the wording of the tariff helped us in arriving at a text that reflected our intentions without raising unforeseen difficulties in its day-to-day application. This now requires only a few comments in addition to those already made with regard to other aspects of the tariff.

[119] First, while we structured the tariff so that a payment is due every time a ringtone is downloaded, the licence includes all uses administered by SOCAN that are directly connected to the sale of ringtones, including ringtone browsing.

[120] Second, we included a definition of ringtone even though, strictly speaking, it was not necessary: we doubt, for example, that anyone would attempt to argue that a mastertone is not a ringtone. A definition will be helpful once the tariff addresses ringbacks as well as ringtones. We thought it preferable to test the proposed definition immediately rather than in the future.

[121] Third, we fleshed out the reporting requirements in an effort to provide SOCAN with enough information to assess the accuracy of licensees' reports and to determine to whom royalties should be distributed. At the same time, we attempted to do so in the least intrusive manner possible from the perspective of the licensees.

[122] Fourth, the tariff contains certain transitional provisions made necessary because the tariff takes effect on January 1, 2003 while it is being certified much later. For example, even though the tariff expires at the end of 2005, it contains a reference to amounts payable before June 30, 2006. This is required because the tariff is being certified after the date it was due to expire, and that users must have a reasonable amount of time after the tariff is finalized to fulfil their obligations pursuant to the tariff.

[118] Comme c'est souvent le cas, l'aide des participants pour finaliser le libellé du tarif nous a permis d'en arriver à un texte qui reflète nos intentions sans soulever de difficultés inattendues dans son application au jour le jour. Il ne reste que quelques commentaires à formuler en plus de ceux qui ont déjà été faits sur d'autres aspects du tarif.

[119] Premièrement, bien que le tarif soit structuré de façon à ce qu'un paiement soit dû à chaque fois qu'une sonnerie est téléchargée, la licence vise tous les usages que la SOCAN administre et qui sont directement associés à la vente de sonneries, y compris le furetage.

[120] Deuxièmement, nous avons inclus une définition de sonnerie même si cela n'était pas strictement nécessaire : nous avons peine à croire, par exemple, qu'on pourrait tenter de soutenir qu'une sonnerie authentique n'est pas une sonnerie. Une définition deviendra utile une fois que le tarif traitera aussi des sonneries pour l'appelant. Nous avons cru préférable de tester maintenant la définition que nous proposons, et non plus tard.

[121] Troisièmement, nous avons ajouté aux exigences de rapport afin que la SOCAN dispose de suffisamment de renseignements pour évaluer la justesse des rapports d'utilisateurs et pour déterminer à qui les redevances devraient être distribuées. Nous avons en même temps cherché à y arriver de la façon la moins intrusive possible du point de vue des titulaires de licences.

[122] Quatrièmement, le tarif contient certaines dispositions transitoires qui sont nécessaires parce que le tarif prend effet le 1^{er} janvier 2003 bien qu'il soit homologué beaucoup plus tard. Ainsi, le tarif, qui prend fin avec l'année 2005, contient néanmoins une mention portant sur des montants payables avant le 30 juin 2006. Cette mention est nécessaire parce que le tarif est homologué après la date à laquelle il prend fin, et que les utilisateurs doivent disposer d'un délai raisonnable après l'homologation du tarif afin de remplir les obligations qu'il leur impose.

[123] Furthermore, a table sets out interest factors or multipliers to be used on sums owed in a given month. The factors were derived using previous month-end Bank Rates covering the period January 2003 to June 2006 as published by the Bank of Canada. We consider that a penalty over and above the interest factor should not be imposed on retroactive payments in this matter, as there was no way for ringtone suppliers to estimate the amounts payable until the tariff was approved. Interest is not compounded. The amount owed for a reporting period is the amount of the approved tariff multiplied by the factor set out for that period.

[124] In the course of consultations about the wording of the tariff, the objectors sought changes to the standard audit clause found in most SOCAN tariffs. We did not make those changes. There is no evidence that SOCAN has misused its audit powers to date. Any risk of misuse is made even more remote by the fact that the tariff essentially concerns past events. This matter should be re-examined in the next proceedings dealing with this tariff.

I. Final Rates and Total Royalties

[125] For 2003 to 2005, we certify the royalty rate at 6 per cent of the price paid by the subscriber for a ringtone for which a SOCAN licence is required, net of any network usage fees. For 2004 and 2005, a minimum royalty of 6¢ per ringtone applies. For 2003, the quarterly royalties are capped at \$7,500 per licensee.

[126] Based on SOCAN's figures, we estimate the amount of the total royalties generated by the tariff to be approximately \$325,000 in 2003,

[123] Par ailleurs, un tableau fournit les facteurs d'intérêts qui seront appliqués aux sommes dues pour les usages effectués durant un mois donné. Les facteurs de multiplication ont été établis en utilisant le taux officiel d'escompte de la Banque du Canada en vigueur le dernier jour du mois précédent, pour la période allant de janvier 2003 à juin 2006, tel qu'il a été publié par la Banque du Canada. Nous estimons que cette affaire ne nécessite pas l'imposition d'une pénalité en sus du facteur d'intérêt pour les paiements rétroactifs puisque les fournisseurs de sonneries n'étaient pas en mesure d'estimer le montant éventuel du tarif homologué par la Commission. L'intérêt n'est pas composé. Le montant dû pour une période donnée est le montant des redevances établi conformément au tarif, multiplié par le facteur fourni pour le mois en question.

[124] Durant les consultations portant sur le libellé du tarif, les opposantes ont demandé des modifications à la clause de vérification habituelle qu'on retrouve dans la plupart des tarifs de la SOCAN. Nous n'avons pas apporté ces changements. Rien ne porte à croire que la SOCAN ait abusé à ce jour de son pouvoir de vérification. Le risque de tels abus est d'autant plus mince que le tarif concerne avant tout des transactions passées. C'est lors des prochaines audiences portant sur le présent tarif que cette question devrait être réexaminée.

I. Les taux finaux et les redevances totales

[125] Pour les années 2003 à 2005, nous homologuons le taux de redevances à 6 pour cent du prix payé par l'abonné pour une sonnerie nécessitant une licence de la SOCAN, net des frais d'utilisation de réseau. Pour les années 2004 et 2005, une redevance minimale de 6 ¢ s'applique pour chaque sonnerie. Pour 2003, les redevances trimestrielles sont plafonnées à 7 500 \$.

[126] En nous basant sur les données de la SOCAN, nous estimons le montant de redevances totales générées par le tarif à près de 325 000 \$

\$950,000 in 2004 and \$1,570,000 in 2005. This estimate does not take into account the impact of the \$7,500 quarterly cap for 2003.

J. Ability to Pay

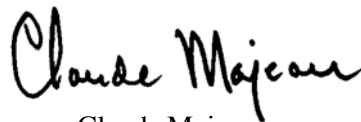
[127] The Canadian ringtone market has grown very quickly in recent years. Mr. Sone estimated the revenues generated by ringtone retail sales in 2004 to be over \$15 million, and predicted that revenues might reach \$30 million in 2006. In addition, the costs associated with the production and sale of ringtones seem to be quite low. Those figures, which were not challenged by the objectors, are indications of a financially sound industry. Moreover, the rate we have set is low enough not to lead to [CONFIDENTIAL] in the ringtone market. In other words, [CONFIDENTIAL] larger than the amount of the royalties that will actually be paid. There should therefore be no consequence on market prices.⁵²

en 2003, 950 000 \$ en 2004 et 1 570 000 \$ en 2005. Cette estimation ne tient pas compte de l'impact du plafond de 7 500 \$ par trimestre pour 2003.

J. La capacité de payer

[127] La croissance du marché canadien des sonneries a été très rapide au cours des dernières années. M. Sone estimait à plus de 15 millions de dollars les revenus générés par la vente au détail de sonneries en 2004, et prévoyait que ces revenus pourraient atteindre les 30 millions de dollars en 2006. Par ailleurs, les coûts reliés à la production et à la vente de sonneries semblent être assez faibles. Ces données, qui n'ont pas été contestées par les opposantes, sont des indications d'un secteur en bonne santé financière. Qui plus est, le taux que nous établissons est suffisamment bas pour ne pas entraîner [CONFIDENTIEL] dans le marché des sonneries. Autrement dit, [CONFIDENTIEL] plus importantes que le montant des redevances qui seront effectivement versées. Il ne devrait donc y avoir aucune conséquence sur les prix pratiqués dans le marché.⁵²

Le secrétaire général,



Claude Majeau
Secretary General

ENDNOTES

1. R.S.C. 1985, c. C-42, hereafter the “Act”.
2. The proposed tariff for 2006 has not been dealt with for two reasons. First, at least one of the objectors to that proposal did not participate in these proceedings. Second, the 2006 proposal deals with ringback tones, and the proceeding for 2003 to 2005 was too far advanced to allow participants to canvass that issue. Ringbacks (also known as “caller ringtones”) are defined by SOCAN as ringtones “which, when activated by an incoming call, result in an acoustic representation of a musical work that is audible to the calling party”.
3. Hereafter the Pay Audio Tariff. The related decision is *SOCAN-NRCC Pay Audio Services for the Years 1997 to 2002* (March 15, 2002), hereafter *Pay Audio (2002)*.
4. *SOCAN - Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17) [Phase I: Legal Issues]* (October 27, 1999), hereafter *SOCAN 22 (1999)*.
5. Musical Instrument Digital Interface (MIDI) is a protocol and set of commands for storing and transmitting information about music. MIDI output devices interpret this information and use it to synthesize music.
6. Wireless Application Protocol (WAP) is an application environment and set of communication protocols for wireless devices designed to enable access to the Internet and advanced technology. Short

NOTES

1. L.R.C. 1985, ch. C-42, ci-après la « Loi ».
2. Deux motifs font en sorte que la Commission n’est pas en mesure de disposer du projet de tarif pour 2006. D’une part, au moins une des opposantes à ce projet n’a pas participé à la présente instance. D’autre part, le projet pour 2006 traite aussi des sonneries d’attente, et la procédure couvrant la période de 2003 à 2005 était trop avancée pour permettre aux participants d’aborder cette question. La sonnerie d’attente (ou « sonnerie pour l’appelant ») est définie par la SOCAN comme une sonnerie « qui donne lieu à une exécution sonore d’une œuvre musicale pour l’appelant, lors d’un appel entrant ».
3. La décision pertinente est *SOCAN-SCGDV - Services sonores payants pour les années 1997 à 2002* (15 mars 2002), ci-après *Services sonores payants (2002)*.
4. *SOCAN - Tarif 22 (Transmission d’œuvres musicales à des abonnés d’un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17) [Phase I : Questions juridiques]* (27 octobre 1999), ci-après *SOCAN 22 (1999)*.
5. L’interface numérique des instruments de musique (MIDI) désigne une norme et un ensemble de commandes qui permettent de stocker et de transmettre de l’information relative à la musique. Les unités de sortie MIDI interprètent cette information et l’utilisent pour synthétiser la musique.
6. Le *Wireless Application Protocol* ou protocole WAP pour les applications sans fil est un environnement d’application et un ensemble de protocoles de communication pour les dispositifs sans fil conçu pour

- Messaging Service (SMS) is a short message sent to or from a mobile phone by a subscriber.
7. Bluetooth technology enables short-range wireless connections between a computer and different peripherals including cell phones.
8. Testimony of Mr. Blumenthal, tr., p. 452.
9. *BMG Canada Inc. v. John Doe*, [2005] 4 F.C.R. 81.
10. See [Board's decision of March 6, 2006](#), re: *Breakthrough Films & Television Inc., Toronto, Ontario*.
11. Testimony of Mr. Truffen, tr., p. 406.
12. Tr., p. 115.
13. Tr., p. 558.
14. Testimony of Mr. Crookes, tr., p. 562.
15. Testimony of Mr. Crookes, tr., p. 556.
16. John McKeown, *Fox: Canadian Law of Copyright and Industrial Designs on Copyright*, 4d (Toronto: Carswell, 2005) at ¶ 21:5(b).
17. Testimony of Mr. Crookes, tr., p. 559.
18. [1934] O.R. 610 (Ont. H.C.).
19. *Ibid.*, at p. 615.
20. [1934] 1 Ch. D. 593 (U.K.C.A.).
21. *Ibid.*, at p. 606.
22. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 17.
- donner un accès indépendant à Internet et à la technologie de pointe. Le service d'envoi de messages courts (SMS) permet à un abonné d'envoyer ou de recevoir un court message à partir d'un cellulaire.
7. La technologie *Bluetooth* permet les connexions sans fil de courte portée entre un ordinateur et différents périphériques, dont les cellulaires.
8. Témoignage de M. Blumenthal, tr., p. 452.
9. *BMG Canada Inc. c. John Doe*, [2005] 4 R.C.F. 81.
10. Voir [décision de la Commission du 6 mars 2006](#), re : *Breakthrough Films & Television Inc., Toronto (Ontario)*.
11. Témoignage de M. Truffen, tr., p. 406.
12. Tr., p. 115.
13. Tr., p. 558.
14. Témoignage de M. Crookes, tr., p. 562.
15. Témoignage de M. Crookes, tr., p. 556.
16. John McKeown, *Fox: Canadian Law of Copyright and Industrial Designs on Copyright*, 4d (Toronto, Carswell, 2005) au ¶ 21:5(b).
17. Témoignage de M. Crookes, tr., p. 559.
18. [1934] O.R. 610 (H.C. Ont).
19. *Ibid.*, à la p. 615.
20. [1934] 1 Ch. D. 593 (C.A. R.-U.).
21. *Ibid.*, à la p. 606.
22. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 17.

23. [1993] 2 F.C. 138 (C.A.), hereafter *CCTA (1993)*.
24. [1927] 2 K.B. 543.
25. *Ibid.* at pp. 548-549.
26. *CCTA (1993)*, at p. 153.
27. *CCTA (1993)*, at p. 148.
28. *SOCAN 22 (1999)*, at pp. 29-30 (footnotes omitted).
29. *SOCAN 22 (1999)*, at pp. 34 *et seq.*
30. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 30.
31. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at ¶ 42.
32. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 29.
33. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 30.
34. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 36.
35. The situation may be quite different with respect to other copyright subject matters.
36. [2004] 1 S.C.R. 339; [2002] 4 F.C.R. 213 (F.C.A.); [2000] 2 F.C. 451 (F.C.T.D.), hereafter *CCH Canadian*.
37. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 30.
38. *SOCAN 22 (1999)*, at p. 31 (footnote omitted).
39. Exhibit SOCAN-1, at ¶ 33.
40. Testimony of Mr. Spurgeon, tr., p. 207.
41. See, for example, *CMRRA/SODRAC Inc. (Commercial Radio Stations) for the Years*
23. [1993] 2 C.F. 138 (C.A.), ci-après *ACTC (1993)*.
24. [1927] 2 K.B. 543.
25. *Ibid.*, aux pp. 548-549.
26. *ACTC (1993)*, à la p. 153.
27. *ACTC (1993)*, aux pp. 148 et 149.
28. *SOCAN 22 (1999)*, aux pp. 29-30 (les renvois ont été omis).
29. *SOCAN 22 (1999)*, aux pp. 34 et suivantes.
30. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 30.
31. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet* [2004] 2 R.C.S. 427, au ¶ 42.
32. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 29.
33. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 30.
34. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 36.
35. La situation peut être tout à fait différente en ce qui a trait aux autres objets du droit d'auteur.
36. [2004] 1 R.C.S. 339; [2002] 4 R.C.F. 213 (C.A.F.); [2000] 2 C.F. 451 (C.F. 1^{re} inst.), ci-après *CCH Canadienne*.
37. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 30.
38. *SOCAN 22 (1999)*, à la p. 31 (renvoi omis).
39. Pièce SOCAN-1, au ¶ 33.
40. Témoignage de M. Spurgeon, tr., p. 207.
41. Voir notamment *CMRRA/SODRAC inc. (Stations de radio commerciales) pour les*

- 2001 to 2004* (March 28, 2003), at p. 11, hereafter *CSI - Commercial Radio (2003)*.
- années 2001 à 2004* (28 mars 2003), à la p. 11, ci-après *CSI - Radio commerciale (2003)*.
42. The most recent example of this is *SOCAN-NRCC Tariff 1.A (Commercial Radio) for the Years 2003 to 2007* (October 14, 2005), at pp. 13 to 15.
42. L'exemple le plus récent étant *SOCAN-SCGDV - Tarif 1.A (Radio commerciale) pour les années 2003 à 2007* (14 octobre 2005), aux pp. 13 à 15.
43. *CSI - Commercial Radio (2003)*.
43. *CSI - Radio commerciale (2003)*.
44. Exhibits SOCAN-7, SOCAN-9 (tabs B-15, C-15, D-15, I and N), SOCAN-13, SOCAN-14 and CWTA-9. Nearly all are confidential, with the exception of SOCAN-7 (experimental licences between SOCAN and some ringtone suppliers) and SOCAN-13 (agreement between CMRRA and M-Qube).
44. Pièces SOCAN-7, SOCAN-9 (onglets B-15, C-15, D-15, I et N), SOCAN-13, SOCAN-14 et CWTA-9. Presque toutes ces ententes sont confidentielles à l'exception des pièces SOCAN-7 (licences expérimentales entre la SOCAN et certains fournisseurs de sonneries) et SOCAN-13 (entente entre CMRRA et M-Qube).
45. The evidence is that sound recording producers bring with them the rights of performers.
45. La preuve au dossier montre que les producteurs d'enregistrements sonores agissent pour le compte des artistes-interprètes.
46. On this point, there is a strikingly close analogy with a radio station that chooses to copy music on a server and pay the relevant royalty, rather than use a less efficient technology such as playing music off CDs.
46. À cet égard, l'analogie est frappante avec la station de radio qui choisit de reproduire la musique sur un serveur et donc de payer la redevance qui en découle, plutôt que de recourir à une technologie moins efficace telle que jouer la musique à partir de CD.
47. Broadcasters, on the other hand, had been in business for a number of years before they needed the reproduction right.
47. Les radiodiffuseurs, par contre, avaient été en affaires durant plusieurs années avant d'avoir besoin du droit de reproduction.
48. In the public version of this paragraph, some information that is necessary to understand the decision was removed because it is of a confidential nature.
48. On a tronqué de la version publique de ce paragraphe certains renseignements qui sont nécessaires à la compréhension de la décision, mais qui sont de nature confidentielle.
49. See Exhibit CWTA-2, table 5, revised - June 27, 2005. Professor Liebowitz corrected the lower limit of the range, making it 0.15: see Exhibit SOCAN-1.C, p. 16.
49. Voir pièce CWTA-2, tableau 5 révisé - 27 juin 2005. Le professeur Liebowitz a corrigé la borne inférieure de l'intervalle la portant à 0,15 : voir pièce SOCAN-1.C, p. 16.

50. Section 90 of the *Act* provides that the remuneration rights granted to performers and makers shall not be construed, of themselves, as prejudicing the amount of royalties that the Board may fix in respect of the rights of authors.
51. See [Board's decision of March 19, 2004](#) dealing with various SOCAN tariffs, at p. 13.
52. See *supra* note 48.
50. L'article 90 de la *Loi* prévoit que les droits à rémunération des artistes-interprètes et des producteurs n'ont pas, par eux-mêmes, d'effet négatif sur la fixation des redevances afférentes aux droits des auteurs.
51. Voir [décision de la Commission du 19 mars 2004](#) portant sur divers tarifs de la SOCAN, à la p. 13.
52. Voir *supra* note 48.