

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**FILES: Public Performance of Music 1994, 1995,
1996, 1997**

Public Performance of Music

Copyright Act, Section 67.2

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

[TARIFF 2.A — COMMERCIAL TELEVISION
STATIONS IN 1994, 1995, 1996 AND 1997]

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Ms. Adrian Burns
Mr. Andrew E. Fenus

Dissenting opinion delivered by:

Michel Héту, Q.C.

Date of the Decision

January 30, 1998

**DOSSIERS : Exécution publique de la musique
1994, 1995, 1996, 1997**

Exécution publique de la musique

Loi sur le droit d'auteur, article 67.2

TARIF DES DROITS À PERCEVOIR POUR
L'EXÉCUTION OU LA COMMUNICATION PAR
TÉLÉCOMMUNICATION, AU CANADA,
D'ŒUVRES MUSICALES OU DRAMATICO-
MUSICALES

[TARIF 2.A — STATIONS DE TÉLÉVISION
COMMERCIALES EN 1994, 1995, 1996 ET
1997]

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

M^{me} Adrian Burns
M. Andrew E. Fenus

Dissidence exprimée par :

Michel Héту, c.r.

Date de la décision

Le 30 janvier 1998

Ottawa, January 30, 1998

Ottawa, le 30 janvier 1998

Files: Public Performance of Music 1994, 1995, 1996, 1997

Dossiers : Exécution publique de la musique 1994, 1995, 1996, 1997

Reasons for the decision certifying Tariff 2.A of SOCAN's Statement of Royalties for the years 1994 to 1997:

Motifs de la décision homologuant le tarif 2.A de la SOCAN pour les années 1994 à 1997 :

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

Pursuant to section 67 of the *Copyright Act* (the *Act*), the Society of Composers, Authors and Publishers of Music of Canada (SOCAN) filed with the Board statements of proposed royalties for the public performance, or the communication to the public by telecommunication, in Canada, of musical or dramatico-musical works for the years 1994 to 1997. These statements were published in the *Canada Gazette* of October 9, 1993, September 24, 1994, September 30, 1995 and October 19, 1996 respectively. At the same time, the Board gave notice to users of their right to file objections to the proposed tariffs.

Conformément à l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur* (la *Loi*), la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé auprès de la Commission des projets de tarifs pour l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales pour les années 1994 à 1997. Ces projets ont été publiés dans la *Gazette du Canada* les 9 octobre 1993, 24 septembre 1994, 30 septembre 1995 et 19 octobre 1996. Par la même occasion, la Commission avisait les utilisateurs de leur droit de s'opposer aux projets.

The Canadian Association of Broadcasters (CAB), the CTV Television Network (CTV) and others filed timely objections to proposed Tariff 2.A (Commercial Television Stations) for each of the years 1994 to 1997. The Board granted intervenor status to the *Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada* (SODRAC), who wished to argue against the Board's ability, in these proceedings, to receive and consider evidence about the fees paid to SODRAC by Quebec television broadcasters.

L'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR), le réseau de télévision CTV (CTV) et d'autres se sont opposés dans les délais prescrits au projet de tarif 2.A, visant les stations de télévision commerciales, pour chacune de ces années. La Commission a permis à la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) d'intervenir afin de s'opposer, pour motif d'incompétence de la Commission, à la production et à l'examen, dans le cadre de la présente affaire, d'une preuve portant sur les redevances que les télédiffuseurs québécois versent à la SODRAC.

The history of Tariff 2.A up to 1989 is set out in the Board's decision of December 6, 1993.¹ For the years 1990 to 1993, CAB had asked that the Board reduce the amount of royalties, change the tariff formula and implement a "per-program licence" (PPL).² CAB also argued that a broadcaster should not pay royalties on account of viewers who received its signal through cable. The Board rejected CAB's arguments and maintained the *status quo ante*. CAB's challenge of the Board's decision before the Federal Court of Appeal was dismissed on October 24, 1994.

La décision de la Commission du 6 décembre 1993 reprend l'historique du tarif 2.A jusqu'en 1989.¹ Pour les années 1990 à 1993, l'ACR avait demandé que la Commission réduise le montant des redevances, modifie la formule tarifaire et offre l'option d'une licence «à la pièce» (la PPL).² L'ACR avait aussi soutenu qu'un radiodiffuseur ne devrait pas verser de redevances à l'égard des spectateurs qui syntonisent la station sur le câble. La Commission a rejeté les prétentions de l'ACR et maintenu le *statu quo*. Le 24 octobre 1994, la Cour d'appel fédérale rejetait la demande de révision judiciaire de la décision de la Commission formulée par l'ACR.

SOCAN's proposed Tariff 2.A for the years 1994 to 1997 targets both television stations and television networks. This approach raised a number of issues which the Board decided to address first. This process led to the Board certifying a tariff applicable to CTV.³ This process also postponed the consideration of the proposed statement as it applied to commercial television stations until late 1996.

The following are the Board's reasons for its decision in respect of Tariff 2.A for the years 1994 to 1997. The hearings dealing with this matter required fourteen days, between April 8 to 24, 1997 and on June 6, 1997. Filing of arguments and replies was completed on July 11, 1997.

II. THE PARTIES' POSITIONS AND ARGUMENTS

SOCAN asks that the Board maintain the *status quo ante*. For its part, CAB wants the rate base to remain a station's "gross income", but asks that the rate be reduced from 2.1 per cent to between 0.86 per cent and 1.63 per cent. CAB also asks for a "modified blanket licence" (MBL) that would allow stations to further reduce the amount of royalties they pay to SOCAN when they air programs for which they do not need a SOCAN licence.

A. SOCAN

In support of its position, SOCAN invokes a number of arguments. First, there is presently a balance between the (unregulated) front-end and (regulated) back-end markets.⁴ It may not be the best balance, but chances of discovering a better one are very low, since this would require more information than the Board would ever be able to collect. It is best to let the front-end market make the small changes required to reflect market conditions. Second, any reduction in the rate would increase the widening gap between performing rights and other creative inputs. Third, the proposed MBL is flawed in principle as well as in practice. It constitutes a frontal assault on the very notion of collective administration, would force composers to either leave SOCAN or seek changes to SOCAN's internal operations and structure, and would favour foreign composers, namely members of

Les projets de tarif 2.A que la SOCAN a déposés pour les années 1994 à 1997 visaient tant les stations que les réseaux, ce qui a soulevé un certain nombre de questions que la Commission a décidé de trancher en premier. Éventuellement, la Commission a homologué un tarif visant CTV.³ Cela a eu pour effet de retarder jusqu'à la fin de l'année 1996 l'examen des projets de tarif en ce qui concerne les stations de télévision commerciales.

Suivent les motifs de la Commission au soutien de sa décision par rapport au tarif 2.A pour les années 1994 à 1997. Le dossier a nécessité la tenue de quatorze journées d'audiences entre les 8 et 24 avril 1997 ainsi que le 6 juin 1997. Le dépôt de l'argumentation écrite a pris fin le 11 juillet 1997.

II. LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

La SOCAN demande à la Commission de maintenir la situation actuelle. Pour sa part, l'ACR voudrait que les «revenus bruts» continuent de servir d'assiette tarifaire mais que le taux passe de 2,1 pour cent à entre 0,86 pour cent et 1,63 pour cent. L'ACR demande aussi la création d'une «licence générale modifiée» (LGM) permettant aux stations de réduire encore davantage les redevances qu'elles versent à la SOCAN si elles diffusent de la programmation pour laquelle elles n'ont pas besoin de licence de la SOCAN.

A. La SOCAN

Au soutien de ses prétentions, la SOCAN avance plusieurs arguments. Premièrement, il existe en ce moment un équilibre entre le marché «en amont», qui n'est pas réglementé, et le marché «en aval», qui l'est.⁴ Cet équilibre n'est peut-être pas optimal, mais il existe peu de chances d'en établir un meilleur : pour ce faire, il faudrait disposer de renseignements que la Commission n'obtiendra jamais. Il est donc préférable de laisser au marché en amont le soin d'opérer les ajustements mineurs permettant de refléter les conditions du marché. Deuxièmement, une réduction du taux, si minime soit-elle, ne fait qu'augmenter l'écart grandissant qui existe entre les droits d'exécution et les autres intrants de production. Troisièmement, la LGM devrait être rejetée pour des motifs pratiques autant que de principe. Elle remet en cause le concept même de gestion collective,

the American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP). The MBL would favour buyout arrangements, as opposed to remuneration for use. The MBL as proposed by CAB would generate unnecessary disputes about reporting and acquisition of rights. Finally, the approach put forward by CAB would encourage cherry-picking: broadcasters would be able to derive large discounts by clearing music in programs which generate important revenues but use little SOCAN music.

B. CAB

For its part, CAB suggests that new market realities, including the increased pace of competition, a new public policy framework and the increased pace of technological and business change, as well as new expert evidence presented to the Board which supplemented and complemented evidence provided in 1993, all combine into a powerful case in support of its request for a reduction in the rate and the introduction of a MBL. A rate reduction would be responsive to new competitive pressures, while the MBL would recognize the ability of producers to deal with music in the up-front markets. Both changes would encourage greater reliance on negotiated arrangements, which in turn would increase the efficiency of the system and benefit Canadian composers as well as broadcasters. CAB also maintains that composers are able to wield effective bargaining power in the front-end markets, if only because they can resort to collective bargaining. Finally, CAB argues that the MBL is totally compatible with collective administration.

CAB also asks that the rate be reduced to specifically account for: the fact that CTV now pays royalties; the fact that CTV affiliates pay royalties on the amounts they receive from CTV; and the fact that television stations in the province of Quebec pay reproduction royalties to SODRAC.

forcerait les compositeurs soit à quitter la SOCAN, soit à provoquer des changements à sa gestion et à ses structures internes, et pourrait avantager des compositeurs étrangers membres de l'*American Society of Composers, Authors and Publishers* (ASCAP). La LGM encouragerait les cessions de droits à forfait plutôt qu'une rémunération qui varie en fonction de l'utilisation de l'œuvre. Telle que formulée par l'ACR, la LGM entraînerait des différends inutiles sur les obligations de rapport et les cessions de droits. Enfin, la formule mise de l'avant par l'ACR encouragerait la pratique du «*cherry-picking*» : les radiodiffuseurs seraient en mesure d'obtenir d'importants escomptes en affranchissant les droits dans la programmation qui rapporte beaucoup mais contient peu de musique gérée par la SOCAN.

B. L'ACR

Pour sa part, l'ACR soutient que des changements dans les conditions du marché, y compris une concurrence qui continue de s'accélérer, un nouveau cadre politique et les changements de plus en plus rapides de la technologie et du milieu des affaires, ajoutés à une nouvelle preuve d'experts qui vient compléter celle présentée en 1993, constituent ensemble un plaidoyer éloquent au soutien de sa demande de réduction du taux et de création de la LGM. Une réduction du taux prendrait acte de nouvelles pressions concurrentielles, et la LGM, de la capacité des producteurs de transiger dans le marché en amont. Chacun de ces changements encouragerait la conclusion d'un plus grand nombre de transactions directes, ce qui rendrait le système plus efficace et bénéficierait tant aux compositeurs canadiens qu'aux radiodiffuseurs. L'ACR soutient aussi que les compositeurs sont en mesure d'exercer leur pouvoir de négociation dans les marchés en amont en ayant recours, entre autres, à la négociation collective. Enfin, l'ACR prétend que la LGM est tout à fait compatible avec la gestion collective.

L'ACR demande aussi des réductions du taux pour tenir compte de trois facteurs : le fait que CTV verse désormais des redevances; le fait que les stations affiliées à CTV versent des redevances sur les montants qu'elles reçoivent du réseau; le fait que les télédiffuseurs québécois versent des droits de reproduction à la SODRAC.

III. EVIDENCE

The following witnesses testified for SOCAN.

Composers Glenn Morley, François Dompierre and Pierre-Daniel Rheault discussed the role of creators, their social importance and the role of performing rights societies. They also spoke to the importance of music in television and to the nature of the relationship between composers, producers and broadcasters.

Messrs. Paul Hoffert, a composer and professor, and Michael Horner, an American film music agent, discussed the differences between the Canadian and American television music industries, the relative bargaining positions of composers and producers, the role of music agencies in the United States and the reasons for their absence in Canada.

Mr. Alexander Crawley, National President, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (ACTRA), gave evidence on the role of collective bargaining in the artistic community and outlined the regime which has evolved in negotiations between performing artists and television producers.

Mr. David Ellis, a communications consultant, provided an overview of the Canadian conventional television broadcasting industry and the regulatory framework within which it operates. For his part, Mr. Tim Casey, a financial analyst, provided an overview of the financial performance of that industry over the last decade and offered a few comments on its short and medium-term perspectives.

Mr. Barry Kiefl, Director of Research for the Canadian Broadcasting Corporation (CBC), provided extensive evidence on the various available viewing data, their evolution over the last decade and the changes in the relative importance of viewing to Canadian conventional television broadcasters over the same period.

III. LA PREUVE

Les personnes suivantes ont témoigné pour la SOCAN.

Les compositeurs Glenn Morley, François Dompierre et Pierre-Daniel Rheault ont parlé du rôle des créateurs, ainsi que de l'importance sociale et du rôle des sociétés de gestion du droit d'exécution. Ils ont aussi traité de l'importance de la musique dans la programmation télévisuelle et de la nature des rapports entre compositeurs, producteurs et télédiffuseurs.

MM. Paul Hoffert, compositeur et professeur, et Michael Horner, agent américain de compositeurs de musique de films, se sont penchés sur les différences entre les industries canadienne et américaine de la musique destinée à la télévision, sur le pouvoir relatif de négociation des compositeurs et producteurs, ainsi que sur le rôle des agences américaines de musique et les motifs qui font en sorte qu'elles n'ont pas d'équivalent canadien.

M. Alexander Crawley, président national de l'*Alliance of Canadian Cinema, Television et Radio Artists* (ACTRA), a parlé du rôle de la négociation collective dans le monde artistique et a décrit le régime qui s'est développé en matière de négociations entre artistes-interprètes et producteurs d'émissions de télévision.

M. David Ellis, expert-conseil en communications, a décrit de façon sommaire l'industrie canadienne de la télédiffusion conventionnelle et le cadre réglementaire dans lequel elle opère. Quant à M. Tim Casey, analyste financier, il a analysé la performance financière de l'industrie au cours des dix dernières années et commenté sur ses perspectives à moyen et à long terme.

M. Barry Kiefl, directeur de la recherche à la Société Radio-Canada (SRC), a longuement témoigné sur les diverses données d'écoute disponibles, sur la façon dont l'écoute télévisuelle a évolué au cours des dix dernières années et sur les changements dans l'importance relative de l'écoute télévisuelle conventionnelle durant cette même période.

The testimony of Mr. Jean-Loup Tournier, *président du directoire, Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (SACEM), related to the collective administration of performing rights at the international level, the role of blanket licensing in those regimes, the rates being practised in various countries and the potential effects of source licensing on composers. Mr. Richard Reimer, ASCAP's Director of Legal Affairs and Managing Attorney, gave evidence on the American regime, the American PPL, the manner in which it came into existence and the difficulties currently raised by its implementation.

Professor Stanley Liebowitz presented SOCAN's economic argument. He testified on the relative appropriateness of SOCAN's proposed tariff and CAB's proposed tariff formula.

Messrs. Victor Perkins and Michael Rock from SOCAN provided evidence on the history of Tariff 2.A and the operations of SOCAN. They also offered their views on CAB's proposals.

The following witnesses testified for CAB.

Mr. Ken Goldstein, a consultant on the economics of mass media, presented an overview of the television broadcasting industry and of its responses to the competitive challenges currently confronting it. Messrs. James Macdonald, Michael McCabe, Peter Miller and Rob Scarth, all of whom work for the CAB or in the broadcasting industry, presented the broadcaster's point of view on the situation and challenges outlined by Mr. Goldstein.

Professors Steven Globerman and William Stanbury presented CAB's economic evidence in support of a change in the *status quo*. They discussed the effects of a lower rate and the introduction of a MBL on the efficiency and equity of the market for television music performing rights.

Mr. Jack Zwaska is Executive Director of the American Broadcasters' Television Music Licence Committee. Mr. Ronald Gertz is president of a corporation which provides per program reporting services to American television stations. They both testified on the evolution of the American television performing rights royalties and the operation of the PPL.

Le témoignage de M. Jean-Loup Tournier, président du directoire de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), a porté sur la gestion collective des droits d'exécution à l'échelle internationale, la place de la licence générale dans ces régimes, les taux pratiqués dans divers pays et l'impact éventuel pour les compositeurs d'un affranchissement des droits à la source. M. Richard Reimer, directeur des services juridiques de l'ASCAP, a offert son point de vue sur le régime américain, la PPL, la façon dont elle a vu le jour et les difficultés d'application qu'elle soulève en ce moment.

Le professeur Stanley Liebowitz a présenté la preuve économique de la SOCAN. Il a offert son point de vue sur les mérites relatifs des formules mises de l'avant par la SOCAN et par l'ACR.

MM. Victor Perkins et Michael Rock de la SOCAN ont décrit l'évolution du tarif 2.A et le fonctionnement de la SOCAN. Ils ont aussi donné leur point de vue sur le mérite de la proposition mise de l'avant par l'ACR.

Les personnes suivantes ont témoigné pour l'ACR.

M. Ken Goldstein, expert-conseil en économie des mass média, a brossé un portrait de l'industrie de la télévision et des façons dont elle réagit aux défis compétitifs auxquels elle fait face. MM. James Macdonald, Michael McCabe, Peter Miller et Rob Scarth, qui travaillent tous pour l'ACR ou dans l'industrie de la télédiffusion, ont offert le point de vue des radiodiffuseurs par rapport aux commentaires formulés par M. Goldstein.

Les professeurs Steven Globerman et William Stanbury ont offert la preuve économique de l'ACR au soutien d'un changement dans la situation actuelle. Ils ont parlé des effets qu'une réduction du taux et la création d'une LGM auraient sur l'efficacité et l'équité du marché des droits d'exécution de la musique à la télévision.

M. Jack Zwaska est directeur général du *Television Music Licence Committee* mis sur pied par les télédiffuseurs américains. M. Ronald Gertz dirige une société qui fournit des services de contrôle/monitorage aux télédiffuseurs américains qui utilisent la PPL. Ils ont traité de l'évolution des droits américains d'exécution de la musique à la télévision et du fonctionnement de la PPL.

Messrs. Tony Scapillati and Robert Fillingham provided explanations and answered questions about CAB's proposed MBL.

Messrs. Paul Gratton, Bill Mustos and André Provencher offered their views on the nature and importance of the Canadian television programming industry and the place of music in that industry. Finally, Mr. Mark Lewis, Ms. Tandy Greer Yull, Ms. Grace Shafran and Mr. Philippe Labelle testified on the evolution in the use of music in television and manner in which television music rights are negotiated. They also spoke about the roles that broadcasters play in their music publishing subsidiaries.

Three witnesses testified at the request of the Board. Ms. Francine Bertrand-Venne and Colette Matteau, testifying for the *Société professionnelle des auteurs et compositeurs du Québec* (SPACQ), explained their view on the role of the *Status of the Artist Act (SAA)*⁵ and its relationship to collective administration of performing rights. Mr. Paul Spurgeon, General Counsel, SOCAN, was asked to address a number of issues pertaining to the legal and contractual relationships between composers, publishers, producers and broadcasters.

IV. PRELIMINARY ISSUE

SODRAC objected to the production in evidence of contracts documenting the amounts paid to SODRAC by two Quebec broadcasters on account of synchronization rights. SODRAC maintains that the information cannot be relevant to setting the price to be paid for other, separate rights and that, as a result, the Board is powerless to order its production.

The Board has stated repeatedly that the price paid for any input by a user of performing rights is *prima facie* relevant to the task of setting a performing rights tariff, if only because this can affect the user's ability to pay. Relevant inputs include components of copyright other than the performing right. The contracts are therefore relevant to the matter at hand. The fact that the Board, having looked at the contracts, may decide to ignore them in setting the final price does not make them any less relevant. The Board must look at them before deciding whether they

MM. Tony Scapillati et Robert Fillingham ont fourni des explications et répondu aux questions portant sur la formule de la LGM mise de l'avant par l'ACR.

MM. Paul Gratton, Bill Mustos et André Provencher ont donné leur point de vue quant à la nature et à l'importance de l'industrie canadienne de la programmation télévisuelle et à la place qu'occupe la musique dans cette industrie. Enfin, M. Mark Lewis, Mme Tandy Greer Yull, Mme Grace Shafran et M. Philippe Labelle ont parlé de la façon dont l'utilisation de la musique a évolué à la télévision et dont les droits musicaux sont négociés dans ce marché. Ils ont aussi traité du rôle joué par les radiodiffuseurs dans leurs filiales d'édition.

Trois témoins ont comparu à la demande de la Commission. Mesdames Francine Bertrand-Venne et Colette Matteau, comparaisant au nom de la Société professionnelle des auteurs et compositeurs du Québec (SPACQ), ont offert leur point de vue quant au rôle de la *Loi sur le statut de l'artiste (LSA)*⁵ et le rapport entre cette loi et la gestion collective des droits d'exécution. M. Paul Spurgeon, avocat général de la SOCAN, a traité d'un certain nombre de questions portant sur la nature des rapports juridiques et contractuels entre compositeurs, éditeurs, producteurs et télédiffuseurs.

IV. QUESTION PRÉLIMINAIRE

La SODRAC s'est opposée à la production de contrats établissant les montants que deux télédiffuseurs québécois lui versent au titre du droit de synchronisation. Elle soutient que ces renseignements ne sauraient être pertinents à l'établissement de redevances devant être versées pour des droits distincts et que, par conséquent, la Commission ne peut en ordonner la production.

À maintes reprises, la Commission a énoncé le principe voulant que le prix payé par un utilisateur de droits d'exécution pour un intrant de production, quel qu'il soit, est présumé pertinent lorsque vient le temps d'établir le montant de ces droits, ne serait-ce que parce que le prix ainsi payé peut avoir un effet sur la capacité de payer de l'utilisateur. Les démembrements du droit d'auteur autres que le droit d'exécution font partie de ces intrants. Les contrats sont donc pertinents à la présente affaire. Le fait que la Commission puisse décider de ne pas en tenir

should have any impact on the final result.

SODRAC's objection to the production of evidence is dismissed.

V. ANALYSIS

A. The Board's Mandate

As was stated when dealing with Tariff 2.A for the period 1990 to 1993, the Board's mandate is:

to set tariffs on a "reasonable and suitable" or "rational" basis. The Board regulates the balance of market power between copyright owners and users; this does not mean that the royalties must be set by recourse to a freely negotiated price in a non-competitive or even a competitive market.⁶

This interpretation of the Board's mandate has now been expressly endorsed by the Federal Court of Appeal.⁷ It bears repeating here for two reasons. First, it disposes once and for all the notion that the Board exists to protect the interests of either users or rights owners, to the exclusion of the others. Second, it flows clearly from this and other decisions that while a price structure that does not reflect market practices may be rational, a price structure that reflects the market is rational.⁸

B. The Rate Base

Both SOCAN and CAB agree that the rate base should remain a station's "gross income" as is currently defined in Tariff 2.A. During the course of the hearings, however, some mention was made of the possibility of using programming costs as the rate base.

In its 1993 decision, when dealing with the commercial radio tariff, the Board set out its reasons against using programming costs as a rate base for that tariff. One of those reasons was that any link between performing rights and other programming expenses whose price is not regulated incorrectly assumes that the relative share of those production inputs does not change

compte n'enlève rien à leur pertinence. Elle doit les examiner avant de déterminer s'ils devraient ou non avoir une influence sur le résultat final.

L'objection de la SODRAC à la production de la preuve est donc rejetée.

V. ANALYSE

A. Le mandat de la Commission

Tel qu'énoncé dans la décision disposant du tarif 2.A pour les années 1990 à 1993, le mandat de la Commission est :

d'établir des tarifs dont le fondement est «raisonnable et convenable» ou encore «rationnel». Elle assure un certain équilibre dans les marchés entre les titulaires de droits et les usagers; cela ne veut pas dire qu'elle doive nécessairement établir les droits en fonction d'un prix librement négocié, que ce soit ou non dans un marché concurrentiel.⁶

La Cour d'appel fédérale a depuis fait sienne cet énoncé du mandat de la Commission.⁷ Il est bon de le reprendre ici, pour deux motifs. Premièrement, il met fin une fois pour toutes aux prétentions voulant que la Commission ait pour mandat de protéger exclusivement les intérêts soit des utilisateurs, soit des titulaires de droits. Deuxièmement, il découle clairement de cette décision et d'autres que si un prix peut être rationnel même s'il n'est pas librement négocié, un prix négocié est toujours un prix rationnel.⁸

B. L'assiette tarifaire

Tant la SOCAN que l'ACR s'entendent pour que les redevances continuent d'être fonction des «revenus bruts» de la station, tels que présentement définis dans le texte du tarif 2.A. Durant les audiences, on a cependant fait allusion à la possibilité d'utiliser à la place les coûts de programmation.

Dans sa décision de 1993, lorsqu'elle traitait du tarif applicable à la radio commerciale, la Commission a expliqué les motifs qui font en sorte que ce tarif ne devrait pas être fonction des coûts de programmation. Entre autres, l'établissement d'un lien entre les redevances pour la musique et les autres coûts de programmation suppose que dans un marché libre, la

significantly over time.⁹ The Board agrees with this line of reasoning, and finds it relevant to the television industry today.

C. The Level of Royalties

The Board agrees with CAB's conclusion that the rate should be lowered. A combination of reasons, rather than any single, compelling argument, leads the Board to believe that the rate is too high in the environment in which Canadian broadcasters currently operate.

1. The Environment Has Changed

The environment in which conventional broadcasters operate today is quite different from what it was 15 or 20 years ago. Most importantly, the competition they face has increased considerably and a new public policy framework has evolved.

a. *Competition*

The environment in which conventional broadcasters operate is more competitive than in the past. Competition has increased at an accelerated rate. The sources of that competition are also more diverse.

Fragmentation has occurred, with the introduction of 19 new Canadian programming pay and specialty services over the last decade alone and 15 Canadian new ones in the Fall. The television advertising pie may be getting slightly larger, but more players are taking a slice out of it.¹⁰ At the same time, new information and entertainment alternatives, including direct broadcast satellites and the ubiquitous Internet, have started to emerge, generating further competition and fragmentation. Nothing indicates that the pace of change may slow down in the years to come; the evidence is to the contrary.

These competitive pressures have taken their toll in at least three respects. First, private conventional television broadcasters lost more than 9 per cent of their audience share between 1991 and 1996.¹¹ Second, the financial performance of the industry has

part relative des intrants de production reste à peu près toujours la même, ce qui est incorrect.⁹ La Commission partage ce point de vue, et le considère tout aussi pertinent par rapport à la situation actuelle de l'industrie de la télévision.

C. Le taux

Tout comme l'ACR, la Commission croit qu'il y a lieu de réduire le taux. Un ensemble de motifs, plutôt qu'un seul argument dirimant, nous amène à conclure qu'il est trop élevé compte tenu de l'environnement dans lequel opèrent les télédiffuseurs canadiens.

1. L'environnement a évolué

Le monde dans lequel les télédiffuseurs conventionnels évoluent aujourd'hui est fort différent de celui d'il y a 15 ou 20 ans. Avant tout, la concurrence à laquelle ils font face a considérablement augmenté et un nouveau cadre politique a émergé.

a. *La concurrence*

Le monde dans lequel évoluent les télédiffuseurs conventionnels est plus concurrentiel que jamais. Cette concurrence croît à une vitesse accélérée et provient de sources de plus en plus diversifiées.

Le marché s'est fragmenté : depuis dix ans, 19 nouveaux services de programmation payante ou spécialisée se sont ajoutés, sans compter les 15 qui ont commencé à diffuser cet automne. L'assiette de la publicité télévisuelle a sans doute augmenté un peu, mais le nombre de ceux qui veulent une part du gâteau est beaucoup plus grand.¹⁰ Au même moment, d'autres sources d'information et de divertissement sont venues s'ajouter, y compris les services de diffusion directe par satellite et l'incontournable Internet, entraînant encore davantage de concurrence et de fragmentation. Rien ne permet de croire, au contraire, que le rythme ralentira dans les années à venir.

Ces pressions concurrentielles ont eu au moins trois effets négatifs. Premièrement, les télédiffuseurs conventionnels privés ont perdu plus de 9 pour cent de leur part d'écoute entre 1991 et 1996.¹¹ Deuxièmement, le rendement de l'industrie a

deteriorated. The industry has not recovered the profitability levels exhibited in the mid-1980's; SOCAN's own expert witness readily admitted that those levels are not being projected for the future.¹² Third, revenue growth is slower for conventional broadcasters than for new players in that market. Thus, over the last five years, air-time sales of conventional broadcasters increased at a compound annual growth rate of 3 per cent; during the same period, air-time sales of specialty services increased at a rate of 14 per cent.¹³

Meanwhile, SOCAN derives direct benefits from this arrival of new players who compete with conventional television broadcasters. For example, SOCAN should receive close to \$9 million in royalties on account of music use on pay and specialty television services in 1995.

Increased competition necessarily brings about a re-examination of all expenses: only in this way can a player in a market remain competitive. In the case of expenses for which the price is set by an outside agency, such as SOCAN royalties, only the regulating agency can carry this re-examination, with the help of the affected players.

Increased competition also affects broadcasters' profitability and, with it, their ability to pay. Ability to pay is a factor which the Board has repeatedly held to be relevant, although not determinant, in deciding what constitutes a fair tariff under all the circumstances.

b. *The Public Policy Framework*

The public policy framework applicable to broadcasters has changed significantly. Most importantly, new Cabinet and Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) policies have resulted in an increasing reliance on market forces and an aggressive encouragement of Canadian programming.¹⁴ This has profoundly affected the environment in which conventional broadcasters operate, as the evidence of Mr. Goldstein and of the CAB panel clearly demonstrated.

diminué. Elle n'est plus aussi profitable qu'elle l'était au milieu des années 1980; même le témoin expert de la SOCAN a admis candidement qu'on ne s'attend pas à de tels niveaux à l'avenir.¹² Troisièmement, les revenus des télédiffuseurs conventionnels croissent plus lentement que ceux des nouveaux arrivants dans le marché : depuis cinq ans, les ventes de temps d'antenne des télédiffuseurs conventionnels ont augmenté à un taux annuel composé de 3 pour cent et celles des services spécialisés, à un taux de 14 pour cent.¹³

Pendant ce temps, la SOCAN tire des bénéfices directs de l'arrivée de nouveaux participants qui font concurrence aux télédiffuseurs conventionnels. Ainsi, la SOCAN devrait percevoir près de 9 millions de dollars en redevances au titre de l'utilisation de musique par les services de télévision payante et les services spécialisés en 1995.

Pour qu'un participant dans un marché où la concurrence augmente puisse demeurer concurrentiel, il lui faut nécessairement réexaminer toutes ses dépenses. Lorsqu'il s'agit de dépenses dont le coût est établi par un tiers, comme c'est le cas pour les redevances que perçoit la SOCAN, seul l'organisme de réglementation, avec l'aide des intéressés, peut se livrer à ce réexamen.

Une concurrence accrue a aussi un impact sur la rentabilité et donc, sur la capacité de payer des télédiffuseurs. Est-il besoin de répéter que la Commission considère la capacité de payer comme étant un facteur pertinent, bien que non déterminant, à l'établissement d'un tarif juste et équitable compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce.

b. *Le cadre politique*

Le cadre politique dans lequel évoluent les radiodiffuseurs a lui aussi évolué de façon dramatique. Avant tout, de nouvelles politiques mises de l'avant par le Cabinet et par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) font en sorte qu'on s'en remet de plus en plus aux forces du marché tout en encourageant de façon agressive la programmation canadienne.¹⁴ Ces mesures ont profondément changé le cadre d'opération des télédiffuseurs conventionnels, comme l'a clairement démontré la preuve déposée par M. Goldstein et par le panel de témoins de l'ACR.

The Board is not bound to take these changes in public policy into account unless required to do so in a directive issued pursuant to the *Act*. Nevertheless, these changes are relevant to the task of setting a fair and equitable tariff, so long as the policies which brought about the changes do not run counter to those which the Board is bound to promote. The Board considers that the relevant Cabinet and CRTC policies are consistent with the Board's constating statute, if only because they define, to a large extent, the "world" within which broadcasters operate. Just as it did in its first retransmission decision,¹⁵ the Board finds that it should keep in mind the relevant areas of public policy, and the changes thereto, in setting the tariff.

2. Americans Pay Less

American broadcasters pay a much smaller share of their revenues for music performing rights. SOCAN challenges the relevance of this fact, without disputing it. Thus, according to SOCAN, the rate is the product of a court ruling, and not, as CAB maintains, of arms' length negotiations. SOCAN also points to the testimony of Professor Liebowitz, who stated that the approach used by the U.S. rate court to derive the rate was "crazy",¹⁶ as an argument to lessen the relevance of the rate.

For three reasons, the Board finds that the fact that American broadcasters pay a smaller share of their revenues than Canadian broadcasters for their music performing rights is relevant. First, over 60 per cent of Canadian broadcasters' royalties are paid on account of revenues generated by American programming primarily prepared for and used in the American market. Moreover, half of all the royalties paid by Canadian broadcasters are distributed to American composers in respect of that same programming. In other words, whether one looks at revenue-generation or distribution, ASCAP and Broadcast Music Inc. (BMI), through SOCAN, provide Canadian broadcasters with anywhere between 50 and 60 per cent of the "music" product they use. The Board finds that players with such an important share of a market must have influence on that market. More importantly, it is not unreasonable to expect that the

La Commission n'est pas obligée de tenir compte de ces changements de politique à moins qu'une directive émise en vertu de la *Loi* l'y oblige. Ces changements n'en sont pas moins pertinents lorsque vient le temps d'établir un tarif juste et équitable, pour autant que les politiques qui les sous-tendent n'aillent pas à l'encontre des objectifs que la Commission doit promouvoir. La Commission est d'avis que les politiques pertinentes du Cabinet et du CRTC sont compatibles avec les objets de sa loi constitutive, ne serait-ce que parce qu'elles définissent dans une large mesure le monde à l'intérieur duquel les radiodiffuseurs opèrent. Tout comme elle l'avait fait dans sa première décision en matière de retransmission,¹⁵ la Commission entend tenir à l'esprit les domaines pertinents de politiques publiques, et les changements qu'on y apporte, lorsque vient le temps d'établir le tarif.

2. Les Américains paient moins cher

Les télédiffuseurs américains versent au titre du droit d'exécution de la musique une part de revenus de loin inférieure à celle que versent leurs collègues canadiens. La SOCAN prétend que ce fait, qu'elle ne conteste pas, n'est pas pertinent. Elle soutient que ce taux est le résultat de décisions de justice et non, comme l'ACR le prétend, de négociations libres. Elle s'appuie aussi sur le témoignage du professeur Liebowitz, qui soutient que la façon dont l'autorité américaine en est arrivée à établir un prix est «saugrenue»,¹⁶ pour mettre en cause la pertinence de ce taux.

La Commission conclut que le fait que les télédiffuseurs américains paient une part plus petite de leurs revenus que les télédiffuseurs canadiens au titre du droit d'exécution de la musique est pertinent, pour trois motifs. Premièrement, plus de 60 pour cent des redevances versées par les télédiffuseurs canadiens le sont à l'égard de revenus provenant de la diffusion d'une programmation américaine produite et utilisée d'abord et avant tout dans le marché américain. Qui plus est, la moitié des sommes ainsi versées sont distribuées à des compositeurs américains suite à la diffusion de cette même programmation. Autrement dit, qu'il s'agisse des sommes que la SOCAN perçoit ou de celles qu'elle distribue, ASCAP et *Broadcast Music Inc.* (BMI), par le truchement de la SOCAN, fournissent aux télédiffuseurs canadiens entre 50 et 60 pour cent de la musique qu'ils utilisent. La Commission conclut que

price paid for a good in its principal market will determine, to an extent, the price paid for the same good in a secondary market.¹⁷ Therefore, the price for American music in the American market can be relevant to the determination of the royalties to be paid for the same music, in the same programs, by similar users, in a secondary market.¹⁸

Second, and whatever its characteristics, the American price can be a relevant consideration, for the mere reason that it exists. That remains true regardless of whether the way it was reached is “better” or “worse”, whether it is the result of negotiations, or whether the manner in which it was derived makes no sense to some economists. A price can be relevant without regard to the manner in which it was originally generated.¹⁹ American border stations and the top U.S. channels are the Canadian broadcaster’s main competitors for audience.²⁰ That, in itself, makes the American price a factor in a global, North American marketplace.

Conversely, this Board cannot simply overlook the fact that “when the current tariff was developed, the parties and the Copyright Appeal Board intended that there be a consonance between American and Canadian rates.”²¹ That correlation can, and should, play a role in setting the rate for the tariff.

3. The Value Broadcasters Derive from SOCAN’s Licence Has Declined over Time

Four years ago, the Board stated the following:

... important changes have occurred in the industry since 1959, when the television tariff was set at 2.1 per cent of a station’s revenues. Television has developed from radio with pictures into a distinct medium. Taped programs have replaced live broadcasts. The use of existing musical works has declined, while the use of works composed for specific productions has increased. Variety shows no longer play a starring role in programming. However, ... these changes

des acteurs contrôlant une part aussi importante de marché doivent nécessairement influencer ce marché. Qui plus est, il n’est pas déraisonnable de tenir pour acquis que le prix payé pour un bien dans son marché principal a une certaine influence sur le prix payé pour ce même bien dans un marché secondaire.¹⁷ Par conséquent, il est raisonnable de tenir compte du prix payé pour la musique américaine dans le marché américain lorsqu’on établit les redevances qui seront versées pour la même musique, incorporée aux mêmes émissions, par des usagers similaires, dans un marché secondaire.¹⁸

Deuxièmement, peu importe ses caractéristiques, le prix américain peut être pertinent au seul motif qu’il existe. Le fait qu’on y soit arrivé d’une façon qui soit ou non optimale, suite ou non à des négociations, ou même d’une façon qui n’a ni queue ni tête pour certains économistes n’y change rien. La pertinence d’un prix n’est pas nécessairement fonction de la façon dont on l’a établi au départ.¹⁹ Les stations américaines situées près de la frontière et les chaînes américaines les plus importantes sont les plus farouches concurrentes des télédiffuseurs canadiens en matière de parts d’écoute.²⁰ Cela suffit à faire du prix américain un facteur dans un marché global nord-américain.

Par ailleurs, la Commission se refuse à fermer les yeux sur le fait que «lors de la mise au point de la formule tarifaire actuelle, en 1958, les parties et la Commission d’appel du droit d’auteur avaient voulu établir une corrélation entre les droits américains et canadiens.»²¹ Cette corrélation peut et doit jouer un rôle dans l’établissement du taux applicable.

3. La valeur de la licence de la SOCAN pour les radiodiffuseurs a diminué avec les années

Il y a quatre ans, la Commission disait ce qui suit :

... des changements importants sont intervenus depuis 1959, date à laquelle le tarif a été établi à 2,1 pour cent des recettes d’une station de télévision commerciale. De radio en images, la télévision s’est transformée en médium indépendant. Les émissions préenregistrées ont remplacé les émissions en direct. On fait une utilisation moins importante d’œuvres faisant déjà partie du répertoire, et plus importante d’œuvres commandées pour chaque production.

occurred long before 1986, when the Copyright Appeal Board set the rate at its present level. ... music use patterns have remained essentially unchanged since 1985.

The Board feels that comparisons, if any, should be made between the current situation and that in 1986, not in 1959. ... the evidence filed during the current proceedings merely confirms the state of affairs that existed at the time of the 1986 hearings. ... nothing in the evolution of the industry since 1986 justifies a change in approach.²²

The Board respectfully disagrees with this previous position. It finds this interpretation restricted and limiting. A valuation of this sort should be set in relation to the whole time during which the tariff has existed. Some account should be taken of changes that occurred incrementally over that whole period in the use of music and, as a result, in the value of SOCAN's licence to broadcasters. The Board also finds that, to date, the account taken of these changes has been insufficient. The reduction in the rate manifests this broader approach.

4. Reducing the Rate May Increase Composers' Revenues

A decrease in the rate paid by broadcasters will not necessarily have negative effects on composers' revenues. This is due to a combination of three factors: Canadian programming spending requirements which the CRTC imposes on broadcasters; the absolute necessity of foreign sales for Canadian programming to be profitable; and the relative importance of foreign revenues to Canadian composers.

Payments to SOCAN are accounted for as part of the broadcasters' Canadian programming expenditures.²³ Therefore, any reduction in the tariff will result in more money being spent on Canadian programming.

Les émissions de variétés ont perdu le rôle de tout premier plan qu'elles assumaient au tout début. ... ces changements sont intervenus bien avant l'examen du projet de tarif pour 1986, date à laquelle la Commission d'appel du droit d'auteur a établi le taux à son niveau actuel. ... la façon dont on utilise la musique est restée la même à toutes fins pratiques depuis 1985.

La Commission est d'avis que toute comparaison, s'il doit en être faite, devrait se faire par rapport à la situation telle qu'elle existait en 1986, et non en 1959. ... La preuve déposée durant la présente audience ne vient d'ailleurs que confirmer l'état de faits qui existait à l'époque. ... La Commission ne voit rien dans l'évolution de l'industrie depuis 1986 justifiant un changement d'approche.²²

Avec égards, la Commission n'est pas d'accord avec cet énoncé. Elle considère cette interprétation trop restrictive et limitative. Une évaluation de ce genre doit être établie en fonction de toute la période durant laquelle le tarif a existé. Il faut tenir compte, d'une façon ou d'une autre, des changements qui se sont produits progressivement durant toute cette période dans la façon dont la musique est utilisée et, par conséquent, dans la valeur que la licence de la SOCAN procure aux radiodiffuseurs. La Commission conclut aussi qu'à ce jour, il n'a pas été suffisamment tenu compte de ces changements. La réduction du taux reflète cette façon plus englobante d'aborder la question.

4. Une réduction du taux pourrait augmenter les revenus des compositeurs

La réduction du taux payé par les télédiffuseurs n'entraînera pas nécessairement une perte de revenus pour les compositeurs et ce, à cause de trois facteurs : les exigences que le CRTC impose aux radiodiffuseurs en matière de dépenses de programmation canadienne; le fait que, pour être rentable, la programmation canadienne doit être vendue à l'étranger; et l'importance grandissante pour les compositeurs canadiens des revenus provenant de l'étranger.

Comme les redevances versées à la SOCAN font partie des dépenses attribuables à la programmation canadienne,²³ une réduction du tarif entraîne nécessairement une augmentation des autres dépenses

That programming, in order to make money, must generate foreign sales.²⁴ In turn, those sales lead to foreign broadcasts, which generate more revenues for the composers. Consequently, a reduction in the rate may very well, in the long term, benefit authors as well as broadcasters.

The record of these proceedings only serves to support this analysis. Foreign revenues in SOCAN's television pool are growing at a much faster pace than other revenues in that pool: in 1995, SOCAN received 75 per cent more foreign television royalties than it did in 1994.²⁵ Mr. Perkins confirmed that SOCAN expected these royalties to continue to grow. In fact, since 1993, SOCAN authors have received more in distribution from affiliated societies than from distributions on account of all domestic uses.²⁶

5. The "Front-End - Back-End" Theory and the Relative Price of Programming Inputs

The Board finds that the alleged balance between the so-called "front-end" and "back-end" markets is irrelevant to the issue at hand. The Board deals with the valuation of music use in television programming only in so far as it concerns the performing right. It is not overly concerned with the interrelationship, if such an interrelationship does exist, between back-end payments and front-end arrangements. To a large extent, any such relationship that might exist is irrelevant to the task of setting a value for the use of the performing right, and certainly not as important as Professor Liebowitz seems to infer. Mechanical rights and composition fees are negotiated without any reference being made to performing rights fees: in this respect, the record of these proceedings casts serious doubts on the Board's statement of 1993 that "there is probably a link between composition fees and performance rights: in the long run, if the latter decline (increase), the former probably increase (decline)." ²⁷ On the contrary, it appears that composition fees are about the same in the United States as they are in Canada.²⁸

de programmation canadienne. Pour être rentable, cette programmation doit absolument être vendue à l'étranger.²⁴ Ces ventes entraînent à leur tour des diffusions à l'étranger, qui génèrent des revenus pour les compositeurs. Par conséquent, une réduction du taux pourrait fort bien bénéficier éventuellement aux auteurs tout comme aux télédiffuseurs.

Le dossier de la présente affaire vient appuyer cette analyse. Dans la cagnotte télévision de la SOCAN, les recettes provenant de l'étranger augmentent beaucoup plus rapidement que les revenus domestiques : en 1995, elles ont augmenté de 75 pour cent par rapport à 1994.²⁵ M. Perkins a confirmé que la SOCAN s'attend à ce que ces recettes continuent d'augmenter. De fait, depuis 1993, les auteurs membres de la SOCAN ont reçu davantage de revenus de l'étranger que ce qu'ils ont reçu à l'égard de toutes les utilisations du droit d'exécution faites au Canada.²⁶

5. Les prétendus rapports entre les marchés en amont et en aval et le prix relatif des intrants de programmation

La Commission conclut que le prétendu équilibre entre les marchés en amont et en aval n'est pas pertinent en l'espèce. La Commission a pour mission d'évaluer la musique utilisée dans la programmation télévisuelle uniquement par rapport au droit d'exécution. Elle ne se préoccupe pas outre mesure du rapport, si rapport il y a, entre les redevances en aval et les ententes en amont. Dans une large mesure, ces rapports, s'ils existent, ne sont pas pertinents lorsque vient le temps d'établir la valeur de l'utilisation du droit d'exécution; en tout cas, ils n'ont certainement pas l'importance que semble leur prêter le professeur Liebowitz. Les droits mécaniques et de composition sont négociés sans égard aux droits d'exécution : d'ailleurs, le dossier de la présente affaire met sérieusement en doute l'affirmation faite par la Commission en 1993 portant qu'«il existe probablement un lien entre les droits de composition et les droits d'exécution : à long terme, si les seconds diminuent, les premiers devraient augmenter, et vice versa.» ²⁷ Il semble, au contraire, que les droits de composition soient les mêmes aux États-Unis qu'au Canada.²⁸

SOCAN argues that there is a widening gap between performing rights and other creative inputs. The Board finds that the gap SOCAN refers to relates to the use of the copyright, not to the provision of the creative services that are used in the production of a program. The Board does not know whether there is a widening gap between music creative services and other production inputs. Nor does it know how the relationship between performing rights and, say, residuals received by ACTRA members has evolved. The record seems to suggest that music is reasonably well compensated in both respects.²⁹

It is important to keep in mind that although music may be pervasive within a television program, it is rarely, if ever, more than an input into a complex entertainment product that comprises other inputs whose drawing power is much more significant. It is the final product that generates the revenues in this medium, not its individual components. Music, as one component in a television program, has benefitted well from this revenue and its significance over valued relative to the final product. This can readily be contrasted with the situation of radio, where music can, and often is, the central input that drives audiences to listen.

6. Conclusion on the Level of Royalties

Overall, the Board has determined that a reduction of the rate in the order of 15 per cent, to 1.8 per cent, is reasonable. As can be seen from Table I, had the Board opted to cap royalties to their 1994 level, this corresponds to the percentage of their revenues broadcasters would have paid in 1996, the last year for which the record contains reliable data. This serves to confirm that the measure of the correction is one which, in the long run, SOCAN is quite capable of absorbing. This is all the more true since, during the relevant period, inflation was very low. The correction, therefore, recognizes the new economic environment while possibly having a positive effect on affected composers and authors.

SOCAN soutient qu'il existe un écart grandissant entre droits d'exécution et autres intrants de programmation. La Commission conclut que l'écart dont la SOCAN parle, concerne l'utilisation du droit d'auteur, et non la prestation du service de création qui sert à la production de l'émission. Nous ne savons toujours pas si un tel écart existe entre cette prestation et les autres intrants de programmation. Nous ne savons pas non plus la mesure dans laquelle le rapport entre les droits d'exécution et les droits de suite versés aux membres de l'ACTRA (par exemple) a pu évoluer. Le dossier de la présente affaire permet de croire que la compensation versée pour la musique est raisonnable à tous ces égards.²⁹

Il faut garder à l'esprit un principe important. La musique a beau être omniprésente dans la programmation télévisuelle, elle n'est jamais qu'un intrant parmi d'autres dans un produit de divertissement complexe. Qui plus est, ces autres intrants sont souvent des facteurs autrement plus importants lorsqu'il s'agit d'établir ce qui attire l'auditoire. Les revenus dans ce médium sont produits par le produit final, pas par ses composantes individuelles. Étant une des composantes de la programmation télévisuelle, la musique a fort bien tiré profit de ces recettes et l'importance qu'on lui accorde par rapport au produit final est exagérée. Par contre, dans le domaine de la radio, la musique peut constituer, et constitue souvent, le facteur qui attire l'écoute.

6. Conclusion quant au niveau des redevances

Compte tenu de tous ces facteurs, la Commission croit qu'une réduction du taux d'environ 15 pour cent, à 1,8 pour cent, est raisonnable. Comme on peut le constater à la lecture du tableau I, on aurait obtenu le même résultat en plafonnant les redevances à leur niveau de 1994 et ce, jusqu'en 1996, qui est la dernière année pour laquelle le dossier contient des données fiables. Il s'agit donc d'une coupure que la SOCAN est tout à fait en mesure d'absorber à plus long terme, d'autant plus que durant la période en question, l'inflation a été très réduite. Cet ajustement reconnaît donc les nouvelles réalités économiques tout en ayant peut-être un impact favorable pour les compositeurs et auteurs qui seront affectés.

TABLE I / TABLEAU I
EFFECTIVE RATE ACHIEVED BY CAPPING ROYALTIES TO THEIR 1994 LEVEL³⁰
TAUX EFFECTIF ATTEINT EN PLAFONNANT LES REDEVANCES À LEUR NIVEAU DE 1994³⁰

Year Année	[1] SOCAN 1994 Revenues From Tariff 2.A [000\$] Revenus de la SOCAN en 1994 provenant du tarif 2.A [000 \$]	[2] SOCAN Actual Revenues From Tariff 2.A [000\$] Revenus réels de la SOCAN provenant du tarif 2.A [000 \$]	[3] Commercial TV Stations Revenues [000\$] [2]÷ 0.021 ³¹ Revenus des stations de télévision commerciales [000 \$] [2]÷ 0,021 ³¹	[4] Percentage of Commercial TV Stations Revenues Paid to SOCAN if Royalties Capped [1]÷ [3] Pourcentage de leurs revenus que les stations de télévision commerciales auraient versé à la SOCAN si les redevances avaient été plafonnées [1]÷ [3]
1994	23,752	23,752	1,131,047.62	0.0210
1995	23,752	26,332	1,253,904.76	0.02
1996	23,752	27,721	1,320,047.62	0.02

D. Other Adjustments to the Royalty Rate

For the following reasons, the Board declines to make any of the other adjustments which CAB requested to the level of royalties. These requests rest on the assumption that broadcasters should be allowed to continue enjoying the benefits of an abnormal situation. The first asks to perpetuate the effects of a legal ruling which created an economic aberration. The other asks that the Board “defuse” the effects of a decision of the Supreme Court of Canada which declared the existence of rights which composers had all along, but which broadcasters chose to ignore.

1. The CTV “Adjustments”

The tariff shall not be reduced to account for the fact that CTV started paying royalties in September 1993. Until then, certain court decisions³² allowed CTV and its affiliates to avoid paying royalties on account of CTV’s advertising revenues. This, given the structure of the commercial television tariff since 1959, provided CTV and its affiliates with an advantage over their competitors: independent stations, as well as other networks (TVA) which complied with the spirit of the tariff, paid royalties on all advertising revenues generated by their

D. Les autres ajustements du taux

Pour les motifs suivants, toutes les autres demandes d’ajustement du taux formulées par l’ACR sont rejetées. Toutes se fondent sur la prémisse que les radiodiffuseurs devraient continuer de jouir des avantages d’une situation anormale. Les premières perpétueraient les effets d’une décision de justice qui a entraîné un aberration économique. La seconde demande à la Commission de «désamorcer» une décision de la Cour suprême déclarative de droits que les compositeurs avaient toujours détenus mais que les radiodiffuseurs avaient choisi de passer sous silence.

1. Les «ajustements» à l’égard de CTV

Le tarif ne sera pas réduit pour tenir compte du fait que CTV verse des redevances depuis le mois de septembre 1993. Auparavant, certaines décisions de justice³² avaient fait en sorte que ni CTV, ni ses stations affiliées n’étaient tenus de verser des redevances à l’égard des revenus du réseau. Compte tenu de la structure du tarif applicable depuis 1959 aux stations de télévision commerciale, cette situation procurait à CTV et à ses stations affiliées un avantage par rapport à leurs compétiteurs : tant les stations indépendantes que les autres réseaux

programming. Having CTV pay royalties on account of its own revenues does not create an imbalance; it gets rid of an anomaly, one that the Board is correcting on its first opportunity to do so.

Moreover, CTV affiliates shall continue to pay royalties on the amounts they receive from the network. While there is little evidence on the record on this issue, a decision must nevertheless be reached. The Board rejects CAB's argument that this will result in double-counting. It prefers SOCAN's position in this respect. In all likelihood, when it agreed to a tariff, CTV took into account the long standing practice of requiring its affiliates (as with CBC affiliates) to pay royalties on the amounts they receive from the network. Indeed, one would think that if CTV, by its agreement, intended to lessen the affiliates' liability, it would have sought from SOCAN some sort of written assurances to that effect.

2. The SODRAC "Adjustment"

The Board also declines to make any adjustment to account for the fact that some Quebec broadcasters now pay royalties to SODRAC for ephemeral copies.

The synchronization right, which includes the right to produce so-called ephemeral copies, is a discrete right and ought not to be confused with the performing right. In these proceedings, the Board's only task is to determine the value of the latter, not of the former. The Board does not regulate the remuneration of the author; yet, factoring the synchronization right into the performing rights tariff in the manner suggested by CAB would amount to precisely that.

Furthermore, the recent adoption, in Bill C-32 (*An Act to amend the Copyright Act*, S.C., 1997, c. 24), of a regime which deals strictly with ephemeral recordings and transfer of format copies lends additional support to the view that the synchronization

(TVA) qui se conformaient à l'esprit du tarif versaient des redevances à l'égard de tous les revenus de publicité attribuables à leur programmation. Le fait que CTV verse des redevances à l'égard de ses propres revenus ne crée pas un déséquilibre, mais dispose d'une anomalie que la Commission corrige à la toute première occasion.

Les stations affiliées à CTV continueront par ailleurs de verser des redevances sur les sommes qu'elles reçoivent du réseau. Bien que nous disposions de peu de preuve à cet effet, il nous faut néanmoins rendre une décision. Contrairement à l'ACR, la Commission ne croit pas qu'il en résultera un double comptage. Nous préférons retenir l'explication de la SOCAN. Il est plus que probable que le réseau, au moment de conclure une entente sur le tarif, ait eu à l'esprit la pratique, établie depuis fort longtemps, voulant que ses stations affiliées (tout comme celles qui sont affiliées à la SRC) paient des redevances sur les montants qu'elles reçoivent du réseau. Nous allons même jusqu'à croire que si CTV avait envisagé que son entente réduirait les obligations de ses stations affiliées, elle aurait obtenu de la SOCAN une confirmation écrite à cet effet.

2. L'«ajustement» à l'égard de la SODRAC

La Commission se refuse aussi à réduire le taux de façon à tenir compte du fait que certains télédiffuseurs québécois versent des redevances à la SODRAC pour les copies éphémères qu'ils effectuent.

Le droit de synchronisation, y compris le droit de faire des copies dites éphémères, est un droit distinct du droit d'exécution; il ne faut pas les confondre. Dans la présente affaire, la Commission a pour tâche d'établir la valeur du second droit, non du premier. Elle ne réglemente pas la rémunération des auteurs; pourtant, c'est précisément ce à quoi on en arrive si l'on tient compte, dans l'établissement du tarif pour l'exécution publique, du prix payé pour le droit de synchronisation de la façon suggérée par l'ACR.

Qui plus est, l'adoption récente, dans le cadre du projet de loi C-32 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C., 1997, ch. 24), d'un régime traitant précisément des enregistrements éphémères et des transpositions de supports ne fait que renforcer le

right has an intrinsic value that is quite distinct from that of other copyrights.³³

Again, the impact of the exercise of other copyrights, in so far as it entails a cost for the production inputs of a user, can affect the user's ability to pay, and is therefore relevant to the task of setting a tariff for those rights specifically within the Board's jurisdiction. In this case, however, the payments to SODRAC, in and of themselves, do not have an impact on the value of the performing rights licence.³⁴ The amounts involved remain undetermined, since the record only discloses the price paid for all synchronization rights, and does not segregate the (necessarily lower) amount that might be attributed to "ephemeral copies". In all probability, these amounts are small enough to have no significant impact on a broadcaster's ability to pay.

E. The Date from which the Rate Reduction Shall Be Effective

For the period from January 1, 1994 to the date of this decision, television stations have been paying according to the terms of the 1993 tariff, pursuant to section 67.3 of the *Act*. These payments were made on an interim basis and the Board has the power to change the rate tariff starting in January 1994. Nevertheless, under the present circumstances, the Board finds several reasons which convince it to apply the reduction only as of January 1, 1997.

First, imposing a reduction as of January 1994 will create serious complications for both broadcasters and composers. Adjustments will be required in respect not only of past payments to SOCAN, but also of past distributions to authors. Any benefits broadcasters may derive from obtaining a refund would be outweighed by the costs of making the required adjustments. Those costs would be money lost to broadcasters as well as authors: in a situation like this one, where no one can be blamed for the delays in reaching a final decision, it would be unfair to let only one of the parties bear the burden of those adjustments.

Second, the 1993 rate had been in place for almost a decade. Under the circumstances, business and accounting practices dictate that decisions be made

point de vue voulant que le droit de synchronisation ait une valeur intrinsèque et distincte de celle des autres démembrements du droit d'auteur.³³

L'exercice de ces autres démembrements, il est vrai, peut affecter la capacité de payer d'un utilisateur, dans la mesure où ils représentent des intrants de production, et donc des coûts, pour cet utilisateur. Il s'agit donc là d'un élément pertinent à l'établissement d'un tarif pour les droits qui relèvent directement de la compétence de la Commission. Dans le cas qui nous intéresse, les versements à la SODRAC n'ont pas, en soi, un impact sur la valeur des droits d'exécution.³⁴ Les montants en jeu ne sont pas connus : le dossier établit le prix payé pour le droit de synchronisation, sans isoler le prix (nécessairement inférieur) qui pourrait être attribué aux «copies éphémères». Il est plus que probable que ces montants sont suffisamment bas pour ne pas avoir d'effet significatif sur la capacité de payer des télédiffuseurs.

E. La date de prise d'effet de la réduction

Entre le 1^{er} janvier 1994 et la date de la présente décision, les télédiffuseurs se sont conformés aux dispositions du tarif de 1993, en application de l'article 67.3 de la *Loi*. Leurs paiements ont été effectués à titre intérimaire et la Commission peut réduire le taux à partir du 1^{er} janvier 1994. Dans les circonstances de l'espèce, plusieurs motifs nous amènent néanmoins à n'appliquer la réduction qu'à partir du 1^{er} janvier 1997.

Premièrement, réduire le taux dès janvier 1994 compliquerait sérieusement les choses tant pour les télédiffuseurs que pour les compositeurs. Il faudrait ajuster non seulement les versements effectués à la SOCAN, mais aussi les montants que les auteurs ont reçus. Les coûts de ces ajustements dépasseraient les bénéfices que les radiodiffuseurs pourraient tirer d'un remboursement. Il faudrait que les radiodiffuseurs supportent eux aussi ces coûts : comme dans ce cas-ci, personne n'est à blâmer pour le temps mis à rendre une décision finale, il serait injuste de faire porter uniquement par les auteurs le fardeau découlant de ces ajustements.

Deuxièmement, le taux en vigueur en 1993 était le même depuis presque une dizaine d'années. Les pratiques financières et comptables exigeaient donc

and reports be filed assuming that the rate would remain constant. There is no need to disrupt past, closed transactions.

Third, the consequences to the broadcasting industry of postponing the rate reduction are relatively minor, while the consequences to SOCAN of reducing the rate all the way back to January 1994 are much more serious. Had the Board decided to grant a reduction earlier than in 1997, it would have opted to introduce it progressively, by capping the royalties at their 1994 level for two years. Such a cap would have generated savings in the order of \$2.6 million in 1995 and \$4 million in 1996.³⁵ As important as these amounts may appear, they represent only 0.2 per cent of the industry's revenues in 1995, and 0.3 per cent in 1996. By contrast, \$2.6 million represent 5 per cent of SOCAN's total distributions and 10 per cent of the television pool distributions in 1995.³⁶ Furthermore, as was stated earlier, any savings to the broadcasters would have been reduced to account for at least part of the significant costs that SOCAN would have incurred as a result of the need to implement important corrections in past collections and distributions.

Fourth, the Board is of the view that the reduction of the rate to 1.8 per cent, combined with the other measure outlined in this decision, will provide broadcasters with long-term benefits that will more than compensate for any shortfall resulting from the reduction taking effect only in 1997.

Fifth, in deciding to set the rate at 1.8 per cent, rather than any other level, the Board took into account the fact that the reduction would apply as of 1997, and not as of 1994.

F. The Modified Blanket Licence (MBL)

1. The Principle

The Board is persuaded that the tariff should expressly enable broadcasters to reduce the amount of royalties they pay to SOCAN when they air programs that do not use music for which they need a SOCAN licence, either because that music is not in SOCAN's repertoire or because the rights have otherwise been

que les décisions d'affaires soient prises, et les rapports déposés, en tenant pour acquis que le taux resterait le même. Il n'est pas nécessaire de revenir sur des transactions passées et fermées.

Troisièmement, si les conséquences d'un retard dans la réduction du taux sont relativement minimes pour l'industrie de la télévision, celles qu'entraînerait pour la SOCAN une baisse du taux à partir de janvier 1994 sont beaucoup plus importantes. Si la Commission avait opté pour appliquer une réduction avant 1997, elle aurait choisi de le faire progressivement, en plafonnant les redevances pour deux ans à leur niveau de 1994. Ce plafonnement aurait entraîné des économies de 2,6 millions de dollars en 1995 et de 4 millions de dollars en 1996.³⁵ Pour importants qu'ils puissent paraître, ces montants ne représentent que 0,2 pour cent des revenus de l'industrie en 1995, et 0,3 pour cent en 1996. Par contre, 2,6 millions de dollars, c'est 5 pour cent de tous les montants distribués par la SOCAN en 1995, et 10 pour cent des distributions pour la cagnotte télévision.³⁶ De plus, comme on l'a déjà dit, les économies réalisées auraient été réduites pour tenir compte, du moins pour partie, des dépenses importantes que la SOCAN aurait dû engager pour effectuer les corrections nécessaires aux perceptions et distributions antérieures.

Quatrièmement, la Commission croit que la réduction du taux à 1,8 pour cent, combinée à l'autre mesure que contient la présente décision, fournira aux radiodiffuseurs des bénéfices à long terme qui compenseront largement le manque à gagner que pourrait entraîner un retard dans l'application de cette réduction.

Cinquièmement, la Commission a tenu compte, en établissant le nouveau taux à 1,8 pour cent plutôt qu'à un autre niveau, du fait que la réduction prendrait effet en 1997 plutôt qu'en 1994.

F. La licence générale modifiée (LGM)

1. Le principe

La Commission est convaincue que le tarif devrait permettre expressément aux télédiffuseurs de réduire le montant des redevances qu'ils versent à la SOCAN s'ils diffusent de la programmation ne contenant pas de musique pour laquelle ils ont besoin de la licence de cette société, que ce soit parce que la musique

cleared. For the following reasons, the Board finds that television broadcasters should have access to a MBL.

First, the Board accepts the evidence of Professors Globerman and Stanbury that the current “all or nothing” institutional arrangements are no longer appropriate to the context in which broadcasters operate. This conclusion is supported by the reasons already set out in section V.C.1. The Board also finds that a licence which enables broadcasters to opt out of the SOCAN licence for certain programs can co-exist with the traditional blanket licence without undermining the blanket protection that the current regime offers.

Second, an important proportion of music used in television programs is composed for that precise purpose: producers already deal with composers for synchronization rights. Since broadcasters are also producers of television shows, this makes it even easier for them to strike deals with composers. All of this leads to a determination in favour of allowing broadcasters to approach composers directly with a view to striking deals in the open market.

Third, the introduction of a MBL will give composers more options for remuneration, including the option of continuing to resort to current institutional arrangements. Continuing the current regime imposes on composers a *one-size-fits-all* approach.

SOCAN puts forward a number of arguments against the introduction of the MBL. The Board is not persuaded by these arguments, for the following reasons.

a. *The MBL is Consistent with Public Policy*

Contrary to what SOCAN maintains, the Board has determined that the MBL is consistent not only with public policy in general, but also with the underlying policies of the *Act*. The MBL does not undermine the

utilisée ne fait pas partie de son répertoire ou que les droits nécessaires ont été affranchis d’une autre façon. Pour les motifs suivants, la Commission conclut que les télédiffuseurs devraient pouvoir opter pour une LGM.

Premièrement, la Commission fait sienne la preuve présentée par les professeurs Globerman et Stanbury portant que la structure institutionnelle actuelle, fondée sur le «tout ou rien», ne convient plus aujourd’hui. Cette conclusion se fonde sur les motifs exposés dans la partie V.C.1. La Commission conclut par ailleurs qu’une licence permettant aux télédiffuseurs de ne pas avoir à payer pour la licence SOCAN à l’égard de certaines émissions peut co-exister avec la licence générale standard sans pour autant mettre en péril la protection de nature universelle qu’offre le présent régime.

Deuxièmement, une part importante de la musique incorporée aux émissions de télévision est composée sur commande; les producteurs font déjà affaire avec les compositeurs pour acquérir le droit de synchronisation. Comme les télédiffuseurs sont aussi producteurs d’émissions de télévision, il leur est d’autant plus facile de conclure des ententes avec les compositeurs. Tous ces facteurs nous amènent à penser qu’il y a lieu de permettre aux télédiffuseurs de faire affaire directement avec les compositeurs dans le but d’en arriver à des ententes librement négociées.

Troisièmement, avec la LGM, les compositeurs peuvent continuer d’avoir recours à la structure institutionnelle actuelle ou opter pour d’autres modes de rémunération. S’en tenir au régime actuel leur impose un modèle de taille unique.

La SOCAN met de l’avant certains arguments à l’encontre de la création de la LGM. La Commission les rejette, pour les motifs suivants.

a. *La LGM est compatible avec la politique publique*

Contrairement à ce que soutient la SOCAN, la Commission conclut que la LGM est compatible non seulement avec la politique gouvernementale en général, mais aussi avec les politiques qui sous-

concept of a blanket licence, since it is itself a blanket licence.³⁷ Composers are not forced to strike deals directly with broadcasters for their performing rights. They can refuse to deal and they can continue to rely on SOCAN to collect royalties. The MBL does not deprive composers of their right to resort to collective administration of their performing rights; only SOCAN itself, by continuing to insist on exclusive assignments, could limit the composers' access to collective administration.

SOCAN also argues that the MBL could hurt Canadian composers by bringing about a bifurcated system in which music in Canadian programs is cleared at source and only foreign music is administered collectively. The Board finds that this overstates the potential impact of the MBL. The *Act* gives composers the option to administer most of their rights, including performing rights, directly or collectively, without taking any account of how foreign composers have decided to manage the same rights. Therefore, a composer's decision to directly manage his or her performing rights in a given market ought not to depend on how foreign composers go about administering their rights in Canada. Moreover, there is nothing fundamentally wrong with the scenario described by SOCAN, should its members decide to take that approach.

SOCAN's expressed fears about a measure which merely allows agreements to be reached is in conflict with its oft-repeated position with respect to the agreements it reaches with users and groups of users. SOCAN often asks that the Board endorse such agreements. In some cases, SOCAN relies on agreements without having filed a tariff.³⁸ Sometimes, it goes so far as to abide by the terms of an agreement even if they are in contradiction with a certified tariff.³⁹ Implementing the MBL merely allows agreements of a different kind to have an impact on the amount of royalties SOCAN is allowed to collect. It is difficult to understand why SOCAN would wish to deny its members the benefit of a transaction mechanism it itself so often uses.

tendent la *Loi*. La LGM ne met pas en péril la notion de licence générale, puisqu'elle est elle-même une licence générale.³⁷ Les compositeurs ne sont pas obligés d'octroyer directement aux télédiffuseurs des licences pour leurs droits d'exécution; ils peuvent refuser de traiter et continuer de s'en remettre à la SOCAN pour percevoir des redevances. La LGM ne prive pas les compositeurs de leur droit d'opter pour la gestion collective de leurs droits d'exécution; seule la SOCAN pourrait restreindre l'accès des compositeurs à la gestion collective, en continuant d'exiger des cessions exclusives du droit d'exécution.

La SOCAN prétend par ailleurs que la LGM nuira aux compositeurs canadiens, puisqu'elle entraînera la mise sur pied d'un système à deux vitesses : la musique incorporée à la programmation canadienne sera affranchie à la source, et seule la musique incorporée à la programmation étrangère verra son droit d'exécution géré collectivement. Cette façon de voir exagère la portée éventuelle de la LGM. La *Loi* permet aux compositeurs de gérer presque tous leurs droits, y compris le droit d'exécution, soit eux-mêmes, soit collectivement, sans devoir tenir compte de la façon dont les compositeurs étrangers ont décidé de gérer ces mêmes droits. Par conséquent, la décision du compositeur de gérer lui-même ses droits d'exécution dans un marché donné ne devrait pas être fonction de la décision de compositeurs étrangers sur la façon dont ils entendent gérer leurs droits au Canada. Qui plus est, il n'y a rien d'intrinsèquement pervers dans le scénario que décrit la SOCAN, pour autant que ses membres décident qu'il devrait en être ainsi.

Les craintes de la SOCAN à l'égard d'une mesure qui ne fait que permettre la conclusion d'ententes a de quoi surprendre lorsqu'on connaît la position, maintes fois répétée, de la SOCAN à l'égard des ententes qu'elle conclut elle-même avec des utilisateurs ou avec certains groupes. La SOCAN demande souvent à la Commission d'avaliser de telles ententes. Parfois, elle s'y conforme sans déposer de tarif.³⁸ Il lui arrive même de respecter les termes d'une entente incompatible avec un tarif que la Commission a homologué.³⁹ La création de la LGM permet simplement à certaines autres ententes, d'un genre différent, d'agir sur le montant des redevances que la SOCAN peut percevoir. On comprend mal pourquoi la SOCAN voudrait empêcher ses membres d'avoir recours à des mécanismes qu'elle utilise constamment.

b. *Broadcasters Will Deal Fairly with Composers*

Relying on the testimony of its composer witnesses, SOCAN also expressed some concern about the ability of composers to deal on an equal footing with broadcasters in front-end negotiations. The Board finds these concerns to be unfounded as a matter of economic theory, and inconsistent with the broadcasters' interest in negotiating fairly and establishing long-term relationships. These concerns also ignore the models for collective bargaining developed by others and which are now more broadly available under the SAA.

From the record of these proceedings, the Board draws the following conclusions. First, bilateral dealings between broadcasters and composers already take place for the purposes of commissioning music and (at least outside the Province of Quebec) acquiring synchronization rights. Second, the balance of power in the relevant market is fairly even, with buyers having slightly more market power than the sellers. Nothing indicates the existence of undue market power or a market imbalance in these dealings; more specifically, the ability of broadcasters to secure the publishers' share of performing rights is not an indication of market imbalance. Third, broadcasters do perform an important role in promoting programs, with their embedded music, around the world.

The Board takes note of CAB's assurances that its members will deal fairly with composers. While these assurances have no evidentiary weight, there is an expectation by the Board that broadcasters will respect those assurances. The Board will not allow a situation to develop in which composers deal from a position of weakness.

In any event, allowing negotiations to occur in the front end should not leave composers at a disadvantage. Composers already deal in several markets where collective administration is non-existent: the "grand rights" market is an example of this. Composers can form unions. They can use the services of agents or legal representatives. The

b. *Les télédiffuseurs feront preuve de bonne foi dans leurs rapports avec les compositeurs*

La SOCAN, se fondant sur le témoignage des compositeurs qui ont comparu, se dit préoccupée du fait que ceux-ci ne pourront traiter d'égal à égal avec les télédiffuseurs lors de négociations en amont. La Commission conclut que ces craintes n'ont pas de fondement économique. Les télédiffuseurs ont intérêt à négocier de bonne foi et à maintenir à long terme des rapports cordiaux. Ces craintes ignorent par ailleurs les modèles de négociation collective mis au point par d'autres et qui sont maintenant accessibles de façon plus générale suite à l'adoption de la LSA.

Le dossier de la présente affaire amène la Commission à formuler les conclusions qui suivent. Premièrement, les télédiffuseurs et les compositeurs concluent déjà des ententes bilatérales visant la composition sur commande et le droit de synchronisation (du moins ailleurs qu'au Québec). Deuxièmement, les intéressés sont à peu près d'égal force dans le marché qui nous concerne, bien que les acheteurs aient un peu plus de pouvoir. Les transactions qui s'effectuent ne semblent en rien refléter un déséquilibre de pouvoir relatif dans ce marché; d'ailleurs, le fait que les télédiffuseurs soient en mesure d'obtenir la part de l'éditeur du droit d'exécution n'est pas le signe d'un tel déséquilibre. Troisièmement, les télédiffuseurs jouent un rôle important de promotion de la programmation, y compris de la musique qu'on y retrouve, à travers le monde.

La Commission prend acte des assurances offertes par l'ACR portant que ses membres traiteront de bonne foi avec les compositeurs. De telles assurances ne constituent pas des preuves; la Commission s'attend néanmoins à ce que les télédiffuseurs les respectent. Elle n'entend pas permettre l'émergence d'une situation qui verrait les compositeurs transiger à partir d'une position de faiblesse.

De toute façon, le fait de permettre la conclusion de marchés en amont ne devrait pas créer de désavantage pour les compositeurs. Ces derniers transigent déjà dans plusieurs marchés où la gestion collective n'existe pas, tel le marché des «grands droits». Ils peuvent se syndiquer ou avoir recours aux services de conseillers juridiques ou d'agents. Le

negotiating power of composers is obviously greatly enhanced if they bargain collectively. In some jurisdictions, status of the artist legislation is in place: this is the case at the federal level and in the Province of Quebec. In others, composers may be able to obtain certification as a labour union.⁴⁰ More importantly, the experience with ACTRA clearly shows that collective bargaining can successfully take place even in the absence of any such legislation.⁴¹

Finally, and most importantly, nothing stops SOCAN from adapting to new market realities. It can adjust its mandate to allow it to do what is necessary to protect and advance its members' interests in areas other than performing rights. This is clearly illustrated by SOCAN's recent entry into the field of reproduction rights with respect to the upcoming home-taping levies.⁴²

c. The MBL Will not Give American Composers an Advantage

SOCAN believes that the introduction of the MBL will encourage producers, including broadcasters, to hire American composers who are members of ASCAP, since this society is the only one in the world which secures from its members non-exclusive assignments for the entire world.⁴³ The record of these proceedings does not support that assertion.

First, Canadian composers represent one "point" toward Canadian content thresholds under CRTC policy and thus there is a significant regulatory incentive to use Canadian composers.⁴⁴

Second, the fact that SOCAN currently secures exclusive assignments is irrelevant, and certainly not determinant. Even if this situation were to continue, broadcasters would be able to obtain Canadian music in several other ways. The most probable scenario would be that some new composers would decline to join SOCAN, and some of its members would decide to leave SOCAN at the end of their membership. They would then join ASCAP, which has no residency requirements.⁴⁵ These composers would then enjoy all the benefits of collective administration even though

pouvoir des compositeurs est évidemment beaucoup plus grand s'ils décident d'avoir recours à la négociation collective. Certains ressorts, dont le Québec et le fédéral, ont déjà mis sur pied des régimes protégeant les artistes. Dans d'autres, les compositeurs sont en mesure de se constituer en syndicats ouvriers.⁴⁰ Et surtout, on peut avoir recours avec succès à la négociation collective même en l'absence de tout régime juridique la prévoyant, comme le démontre clairement le cheminement de l'ACTRA.⁴¹

Ce qui est encore plus important, finalement, est le fait que rien n'empêche la SOCAN de s'adapter aux nouvelles réalités du marché. Elle peut modifier son mandat de façon à être en mesure de protéger et de défendre les intérêts de ses membres dans les domaines autres que le droit d'exécution. Elle l'a clairement démontré récemment en ouvrant la porte à une action de sa part dans le domaine des droits de reproduction en matière de copie privée.⁴²

c. La LGM n'avantagera pas les compositeurs américains

La SOCAN prétend que la création de la LGM encouragera les producteurs, y compris les télédiffuseurs, à utiliser les services de compositeurs américains membres de l'ASCAP, seule société de gestion à obtenir de ses membres des cessions à caractère non exclusif pour le monde entier.⁴³ Le dossier de la présente affaire est à l'effet contraire.

Premièrement, l'utilisation de compositeurs canadiens confère un des «points» servant à établir si une émission se qualifie aux fins des exigences de contenu canadien du CRTC. Le régime encourage donc de façon significative le recours à des compositeurs canadiens.⁴⁴

Deuxièmement, le fait que la SOCAN obtienne à l'heure actuelle des cessions exclusives n'est pas pertinent, et certainement pas déterminant. Les radiodiffuseurs seraient en mesure d'obtenir de la musique canadienne de plusieurs façons même si cette situation perdurait. Le scénario le plus plausible voudrait que de nouveaux compositeurs ne se joignent pas à la SOCAN et que certains membres la quittent à l'expiration de leur contrat d'affiliation. Ces compositeurs deviendraient alors membres de l'ASCAP, qui n'exige pas que ses membres résident

SOCAN continued to insist on obtaining exclusive assignments from its members.⁴⁶

Other possibilities exist. Canadian composers might become employees of organizations which are not themselves members of SOCAN. Broadcasters might also resort to music libraries.⁴⁷ This variety of options mitigates any concern, such as the one expressed in an earlier decision of the Board, that the proposed scheme “could conceivably create an advantage for American composers”.⁴⁸

The introduction of the MBL might create an advantage to Canadian members of ASCAP. This will arise only if SOCAN continues to forbid its own members from directly licensing their television performing rights.

As Vice-Chairman Héту points out in his dissenting opinion, there is, at least theoretically, a scenario under which the blanket licence would start unravelling. In order for this to occur, SOCAN would have to continue to insist on exclusive assignments while at the same time, Canadian composers would leave SOCAN without joining ASCAP. This sort of concerted behaviour would be either irrational or in bad faith. More importantly, it requires the conscious, willing participation of both SOCAN and composers.

d. *The MBL Will not Be Difficult to Implement*

SOCAN is correct in pointing out that the MBL may create certain difficulties in the beginning. However, the evidence filed with respect to the American experience with the PPL seems to indicate that these difficulties should not be major ones. Available technology, combined with usual accounting practices, make it relatively easy, for example, to allocate revenues to specific programs.⁴⁹ Most Canadian broadcasters already use electronic traffic systems and programming management systems that can perform the required tasks.⁵⁰ Indeed, the fact that SOCAN's distribution system for television is much more sophisticated than ASCAP's means that some of the startup difficulties experienced in the United States will be avoided.⁵¹

aux États-Unis.⁴⁵ Ce faisant, ils obtiendraient tous les bénéfices de la gestion collective et ce, même si la SOCAN continuait d'exiger des cessions exclusives de la part de ses membres.⁴⁶

D'autres scénarios peuvent être envisagés. Des compositeurs canadiens pourraient être à l'emploi de sociétés qui ne sont pas membres de la SOCAN. Les télédiffuseurs pourraient avoir recours aux services de «bibliothèques de musique». ⁴⁷ Le fait qu'autant de possibilités existent atténue considérablement les risques que la création de la LGM avantage les compositeurs américains, comme l'avait mentionné la Commission auparavant.⁴⁸

La création de la LGM pourrait avantager les membres canadiens de l'ASCAP, mais uniquement si la SOCAN insiste pour empêcher ses membres de transiger directement en matière de droits d'exécution à la télévision.

Comme le vice-président Héту le souligne dans sa dissidence, il existe, du moins en théorie, un scénario en vertu duquel l'intégrité de la licence générale serait mise en péril. Pour que cela se produise, il faudrait que la SOCAN continue d'exiger des cessions exclusives et que les compositeurs canadiens quittent la SOCAN sans devenir membres de l'ASCAP. Pour en arriver à cela, il faudrait que les intéressés aient un comportement irrationnel ou fassent preuve de mauvaise foi, et, qui plus est, se concertent de façon consciente et volontaire.

d. *La création de la LGM se fera sans grandes difficultés*

La SOCAN a raison de prétendre qu'au début, la LGM soulèvera certaines difficultés. Toutefois, la preuve portant sur l'expérience américaine et la PPL semble indiquer que ces difficultés devraient être relativement mineures. Ainsi, la technologie dont les parties disposent ainsi que les méthodes comptables existantes font en sorte qu'il est relativement facile de répartir les recettes entre les émissions.⁴⁹ La plupart des télédiffuseurs canadiens disposent déjà de systèmes de gestion du trafic et de la programmation leur permettant d'exécuter les tâches nécessaires à la mise en œuvre de la licence.⁵⁰ D'ailleurs, le fait que les mécanismes de distribution de la cagnotte télévision utilisés par la SOCAN soient beaucoup plus au point que ceux de l'ASCAP permettra d'écarter certaines des difficultés de mise en œuvre que la PPL a connues aux États-Unis.⁵¹

As for the rest, CAB has offered to work through any difficulties that might arise in practice. The Board expects CAB to follow up on this offer. Furthermore, by the time the Board will be asked to certify the tariff for 1998 and beyond, these potential difficulties will have been identified, allowing the Board to address them in its decision. In the unlikely event that the parties are confronted with a difficulty that must be addressed immediately and on which they cannot reach an agreement, they can resort to alternative dispute resolution mechanisms.

2. The Director

There are references in the dissent to the Director of Investigation and Research. There is no such reference in the majority decision. The Board would note that the Director did not intervene in these proceedings. Whatever the Director may or may not do pursuant to his statutory jurisdiction is conjecture. Such conjecture is not a relevant consideration for the Board and therefore it will not address the issue.

3. Modalities

Setting up a mechanism such as the MBL is a delicate process. Several objectives must be kept in mind. Broadcasters must derive their legitimate share of the measure's benefit without jeopardizing collective administration. SOCAN must not be burdened with costs that accrue simply because users choose a different way to purchase their performing rights. Users must continue to pay for the SOCAN music they use. Finally, the measure should not undermine the blanket licence.

a. *Payment Schedule*

Currently, there is a two-month lag in the estimation of fees under Tariff 2.A. Thus, the royalties for February of a given year are due on January 31, but their amount is based on the revenues for the previous month of December. That approach raises no difficulties under the current regime, since all revenues are eventually taken into account. Under the

Quant au reste, l'ACR offre de coopérer avec la SOCAN pour aplanir les inévitables problèmes qui se souleveront en pratique. La Commission s'attend à ce que l'ACR donne suite à cette offre. De toute façon, tous ces problèmes auront probablement été identifiés d'ici à ce que la Commission homologue le tarif s'appliquant à compter de 1998, ce qui lui permettra d'en disposer à ce moment-là. Il est improbable qu'entre-temps, les parties aient à faire face à une difficulté dont elles doivent disposer immédiatement et sur laquelle elles n'arrivent pas à s'entendre; le cas échéant, elles pourront toujours avoir recours à des modes alternatifs de règlement des conflits.

2. Le directeur

La dissidence fait référence au Directeur des enquêtes et recherches. La décision majoritaire n'en parle pas. La Commission tient à souligner que le directeur n'est pas intervenu dans la présente affaire. Toute discussion sur les mesures que le directeur pourrait ou non décider de prendre dans l'exercice de sa compétence reste hypothétique. Ce genre d'hypothèse n'est pas pertinente pour la Commission; par conséquent, elle ne traite pas de la question.

3. Les modalités

La création d'un mécanisme tel la LGM est chose délicate. Il faut garder à l'esprit plusieurs objectifs. Les télédiffuseurs doivent obtenir leur juste part des bénéfices engendrés par cette mesure, sans pour autant mettre en péril la gestion collective. Il ne faut pas que la SOCAN paie la note pour la décision de l'utilisateur d'acquiescer autrement les droits d'exécution dont il a besoin. Les consommateurs doivent continuer de payer pour l'utilisation qu'ils font de la musique faisant partie du répertoire de la SOCAN. Enfin, la mesure ne doit pas mettre en péril la licence générale.

a. *Les modalités de paiement*

Tel qu'il se lit actuellement, le tarif 2.A utilise des données vieilles de deux mois pour établir le montant de la redevance pour une période donnée : la redevance de février est versée le 31 janvier et calculée en fonction des revenus du mois de décembre précédent. Cette façon de faire ne soulève pas de difficultés en ce moment : éventuellement, il est tenu

MBL, however, difficulties could arise if royalties for the February licence were based on the program schedule for the previous month of December.

It would seem fairer to grant broadcasters a discount in any given month on the basis of the music they cleared in that same month. There are two ways of doing this. Using again the example of a licence for the month of February, one could require the broadcaster to make an interim payment on January 31, based on the data (revenues and cleared programs) for the previous month of December, and then proceed to adjust the final payment on March 31, using the actual data for February. Alternatively, the broadcaster could be asked to pay its February licence on March 31, using the actual data for February to calculate the fee.

The Board selects the second option. The first is unnecessarily burdensome; it requires, in respect of each licence period, two reports, a preliminary payment and an adjustment. The second requires only one report and one payment.

This approach leaves MBL licensees with two extra months in which to pay their royalties when compared to stations who will not opt for the MBL. To compensate for this, an interest factor is added. That factor is set at 1 per cent of the royalties otherwise payable on all programming, which corresponds to an interest rate of approximately 6 per cent per year.

b. Reporting Requirements

The reporting requirements will be those proposed by CAB. SOCAN made no other proposal, and CAB's suggestions appear reasonable.

Consequently, at the time of payment, the station will report and identify the programs benefiting from the MBL, the music contained therein and the revenues attributable thereto.

A clause has been added requiring a station that has elected for the MBL to provide SOCAN with copies of documents on which it relies to state that music in a program has been cleared. This should help ease some of the fears expressed by SOCAN about the difficulties in implementing the licence.

compte de tous les revenus pertinents. Il n'en serait pas de même, toutefois, si la redevance pour la LGM du mois de février était fonction de la programmation du mois de décembre.

Il nous semble plus équitable que l'escompte dont bénéficiera un télédiffuseur soit fonction des droits qu'il a pu affranchir ce mois-là. On peut y arriver de deux façons; pour illustrer, utilisons encore une fois la licence du mois de février. On pourrait exiger du télédiffuseur qu'il verse une redevance intérimaire le 31 janvier, établie en fonction des données du mois de décembre (tant les revenus que les droits affranchis); le 31 mars, on procéderait à un ajustement en fonction des données réelles du mois de février. On pourrait aussi demander que les redevances pour la licence du mois de février soient versées le 31 mars et établies en fonction des données réelles de février.

La Commission opte pour le deuxième scénario. Le premier est inutilement lourd; chaque mois, il nécessite deux rapports, un paiement intérimaire et un ajustement. Le second n'exige qu'un rapport et un versement.

Le scénario envisagé fait en sorte que les titulaires d'une LGM versent leurs redevances deux mois plus tard que les autres stations. Il faut donc corriger pour tenir compte du facteur d'intérêt. La Commission établit cette correction à 1 pour cent des redevances qui seraient versées en vertu de la licence standard, soit environ 6 pour cent par année.

b. Les exigences de rapport

Les exigences de rapport mises de l'avant par l'ACR semblent raisonnables. La SOCAN n'en propose pas d'autres. Celles de l'ACR sont donc retenues.

Par conséquent, les titulaires d'une LGM devront, en même temps que leur paiement, énumérer les émissions pour lesquelles ils se prévalent de la LGM, identifier la musique qu'elles contiennent et préciser les revenus qu'elles ont produits.

Nous avons ajouté au texte du tarif une clause qui oblige le titulaire d'une LGM à fournir à la SOCAN copie des documents sur lesquels elle se fonde pour dire que les droits sur une œuvre ont été affranchis. Cette disposition devrait permettre d'atténuer certaines des craintes que la SOCAN a exprimées quant aux éventuelles difficultés d'implantation que la licence pourrait soulever.

c. Adjustments to the MBL Discount

A number of adjustments were alluded to during the proceedings or in argument. Those that will be made account for the additional operating costs associated with the MBL and for ambient music. Two additional adjustments will be made to account for the extra time MBL licensees will have to pay royalties and for SOCAN's general operating costs.

As can be seen from Form A, the licence is worded so as to clearly indicate what a station pays on account of each element of the licence. Among other things, this will allow SOCAN, if it so wishes, to allocate certain sums for the purpose for which they were collected, and not to leave them in the television pool.

(i) Additional operating costs associated with the MBL

There shall be an adjustment of 3 per cent of the royalties otherwise payable on all programming to account for the additional operating costs associated with the MBL. Only CAB provided evidence on this issue; it suggested an adjustment of 2 per cent. In the United States, that adjustment is 7 per cent. Two per cent is probably too low, even taking for granted, as argued by CAB, that SOCAN's additional operating costs associated with the MBL will be lower than ASCAP's.

(ii) Interest factor

As stated earlier, there shall be an adjustment of 1 per cent of the royalties otherwise payable on all programming to account for the fact that MBL licensees pay their royalties for any given month two months later than other broadcasters.

(iii) General operating costs

There shall be an adjustment of 22 per cent of 95 per cent of the amount of royalties otherwise payable on cleared programming, to account for SOCAN's general operating costs. In its proposal, CAB chose to ignore those costs. To do so has the effect of shifting operating costs to other pools. In effect, CAB is

c. Les ajustements

Tout au cours de la présente affaire, on a fait allusion à un certain nombre de correctifs. De tels ajustements sont nécessaires pour tenir compte des coûts additionnels engendrés par la LGM et de la musique ambiante. D'autres ajustements s'imposent pour tenir compte du temps supplémentaire dont disposent les titulaires d'une LGM pour verser leurs redevances, et pour compenser la SOCAN au titre des frais généraux d'exploitation.

Comme on peut le voir à la lecture du formulaire A, il est facile d'établir précisément le montant versé par une station au titre de chacun des éléments de la LGM. Cela permettra entre autres à la SOCAN, le cas échéant, d'affecter certaines sommes aux fins pour lesquelles elles ont été perçues plutôt que de les imputer à la cagnotte télévision.

(i) Les frais supplémentaires engendrés par la LGM

Une prime de 3 pour cent des redevances qui seraient versées en vertu de la licence standard est imposée pour tenir compte des frais supplémentaires engendrés par la LGM. Seule l'ACR, qui propose une majoration de 2 pour cent, a déposé une preuve à cet égard. Aux États-Unis, la prime est de 7 pour cent. Une prime de 2 pour cent est sans doute insuffisante, même si l'on tient pour acquis, comme le propose l'ACR, que les frais additionnels engagés par la SOCAN au titre de la LGM seront moindres que pour l'ASCAP.

(ii) Le facteur d'intérêt

Comme on l'a déjà dit, une prime de 1 pour cent des redevances qui seraient versées en vertu de la licence standard est imposée pour tenir compte du fait que les titulaires d'une LGM versent leurs redevances deux mois plus tard que les autres stations.

(iii) Les frais d'exploitation

Une prime de 22 pour cent de 95 pour cent des redevances qui seraient autrement versées au titre de la programmation dont les droits ont été affranchis est imposée pour tenir compte des frais d'exploitation généraux de la SOCAN. La proposition de l'ACR passe ces frais sous silence. Ce faisant, on fait

asking composers who receive distributions from concerts, for example, to increase their support of SOCAN's general operating costs because the broadcasters are able to bypass SOCAN and clear the performing rights or certain composers decide to receive payments other than through SOCAN. The Board does not intend to have this happen.

A MBL that does not account for all of SOCAN's costs, and not only the additional costs associated with the MBL, threatens collective administration. Therefore, at least at first, the measure must be cost-neutral for SOCAN. The benefit to broadcasters from the MBL should not come at the expense of composers in other pools. As a result, MBL licensees should continue to pay the same share of SOCAN's operating costs, irrespective of how much music they clear.

Furthermore, broadcasters who opt for the MBL will probably continue to rely on the blanket nature of the MBL for most of their programming. They will certainly do so for all ambient and incidental music. The blanket security cannot be provided unless SOCAN continues to operate. MBL licensees must pay their fair share for the costs of this operation.

Given that SOCAN's operating costs are now factored into the MBL, they become relevant to the price of that licence. This has three consequences. First, that percentage could be adjusted if SOCAN's operating cost ratio increases or decreases significantly. Second, SOCAN's efficiency and its distribution rules are now relevant to the determination of at least one aspect of Tariff 2.A.⁵² Third, SOCAN should consider seriously keeping data that will allow the Board and others to better understand the actual costs associated with the operation of the various distribution pools.

supporter une plus grande part des frais d'exploitation aux autres cagnottes. L'ACR demande donc, en quelque sorte, que les compositeurs qui reçoivent une part de la cagnotte concerts, par exemple, supportent une plus grande part des frais généraux d'exploitation de la SOCAN parce que les télédiffuseurs sont en mesure d'affranchir une portion de leurs droits d'exécution ailleurs qu'à la SOCAN, ou que certains compositeurs ont opté de se faire payer autrement que par cette dernière. La Commission n'entend pas qu'une telle chose se produise.

La LGM met en péril la gestion collective si elle ne tient pas compte de toutes les dépenses de la SOCAN, et pas seulement des frais additionnels engendrés par la LGM elle-même. Il faut donc, à tout le moins au départ, que la mesure n'entraîne pas de déplacement de coûts pour la SOCAN. Les avantages dont bénéficieront les titulaires d'une LGM ne doivent pas être obtenus aux dépens des compositeurs qui reçoivent de l'argent des autres cagnottes. Les titulaires d'une LGM devraient donc continuer de payer leur part des dépenses d'exploitation de la SOCAN, sans égard à la quantité de musique qu'ils affranchissent.

De plus, il est probable, et même certain pour ce qui est de la musique ambiante, que les titulaires d'une LGM continueront de tirer profit de son caractère général pour la majorité de leur programmation. Le caractère universel de la licence repose sur l'existence même de la SOCAN. Les titulaires d'une LGM doivent donc payer leur juste part de ses frais d'exploitation.

Puisque la LGM tient maintenant compte des frais généraux d'exploitation de la SOCAN, ces derniers deviennent pertinents à la fixation du tarif. Cela entraîne trois conséquences. Premièrement, la prime pourra être ajustée si le rapport entre les frais généraux de la SOCAN et ses revenus augmente ou diminue de façon significative. Deuxièmement, tant l'efficacité de la SOCAN que ses règles de distribution entrent maintenant en jeu au moment de l'examen d'au moins un des éléments du tarif 2.A.⁵² Troisièmement, la SOCAN devrait envisager sérieusement la possibilité de recueillir des données permettant à la Commission comme à d'autres d'établir plus facilement les frais réels imputables à l'exploitation des diverses cagnottes.

The figure of 22 per cent is obtained by dividing SOCAN's operating expenses for 1996 by SOCAN's domestic revenues, increased by the amount that will be generated by Tariff 17 (Transmission of Pay, Specialty and Other Cable Services). No compensation is necessary for the lowering of the rate from 2.1 to 1.8. This adjustment affects only 95 per cent of revenues from cleared programming, since the amounts paid on account of programming that includes SOCAN music and of ambient and incidental music already include a component for general operating expenses.

On obtient le chiffre de 22 pour cent en divisant les frais d'exploitation de la SOCAN en 1996 par le total de ses revenus et d'un montant qui tient compte des sommes à percevoir en application du tarif 17 (Transmission de services par câble, y compris les services de télévision payante et les services spécialisés). Aucun ajustement n'est fait pour tenir compte de la réduction du taux de 2,1 à 1,8. La prime s'applique uniquement à 95 pour cent des revenus attribuables à la programmation dont les droits sont affranchis : tant les redevances versées au titre de la programmation pour laquelle la station a besoin de la licence SOCAN que les sommes versées au titre de la musique ambiante et incidente tiennent déjà compte des frais d'exploitation généraux.

TABLE II ⁵³ / TABLEAU II ⁵³
Calculation of the Compensatory Operating Fee
Calcul des droits compensatoires des frais d'exploitation

Actual domestic revenues in 1996 [000\$] ⁵⁴	75,752
Revenus domestiques réels en 1996 [000\$] ⁵⁴	
1996 domestic revenues with Tariff 2.A at 1.8% [000\$]	71,792
Revenus domestiques en 1996 si le tarif 2.A avait été de 1,8% [000 \$]	
1996 domestic revenues corrected to account for Tariff 17 ⁵⁵	80,792
Revenus domestiques en 1996 ajustés pour tenir compte du tarif 17 ⁵⁵	
1996 operating expenses ⁵⁶	17,553
Frais d'exploitation en 1996 ⁵⁶	
Ratio of operating expenses to corrected domestic revenues	
Rapport entre les frais d'exploitation et les revenus domestiques révisés [17,553 / 80,792]	21.73%

(iv) Ambient and incidental music including music in commercials

Ambient music is music unavoidably picked up in the background when various events, such as parades or speeches, are filmed or broadcast. Incidental music is that contained in commercials, public service announcements, promotions and stations identifications. Both are either impossible or impractical to clear, and a value must therefore be placed on them and paid separately by broadcasters who use the MBL.

(iv) Musique ambiante et incidente, y compris la musique dans les messages publicitaires

La musique ambiante est celle qui accompagne inévitablement la diffusion ou l'enregistrement d'un événement tel un défilé ou un discours. La musique incidente est celle contenue dans les messages publicitaires, les messages d'intérêt public, l'autopromotion et les indicatifs de station. Dans un cas comme dans l'autre, il est impossible ou peu pratique d'affranchir les droits pour cette musique; il faut donc prévoir à cet égard une prime distincte que devront verser les titulaires d'une LGM.

Those broadcasters shall pay 5 per cent of royalties otherwise payable on cleared programming to account for ambient and incidental music. That is the amount being paid in the United States for such music. CAB asked that the adjustment be set at 3 per cent. However, it offered no cogent reason for this reduction, and no evidence that Canadian broadcasters use less ambient music than American stations.

The fact that SOCAN does not distribute on ambient music is irrelevant. That music is still owned by SOCAN, and broadcasters still need the licence. CAB did not convince the Board that this type of music is of no value to the broadcasters. Finally, the exemption set out in section 30.7 of the *Act*, as enacted in Bill C-32, does not go as far as CAB seems to maintain.⁵⁷

However, no adjustment is made to account for music in commercials.

Again, the fact that SOCAN does not distribute on account of such music is irrelevant. In any event, SOCAN cannot be allowed to dictate tariff structure through changes in its internal distribution rules. This, however, does not end the matter.

Commercials are either programs in themselves or part of the programs in which they are embedded. In either case, the Board has determined that they do not warrant the payment of royalties by the broadcaster.

If commercials are programs in their own right, then they do not generate any income for the broadcaster. The price paid by an advertiser to air its commercial program is paid for the privilege of having it aired at the same time as the other program, which draws the audience: the local car dealer pays for the right to have its commercial inserted within the 6 p.m. local news, not the other way around. Therefore, even using the approach according to which the value of music is derived from the revenues of the programs in which it is embedded, music in commercials can be ignored.

Cette prime est fixée à 5 pour cent des redevances qui seraient autrement versées au titre de la programmation dont les droits ont été affranchis. C'est la même que versent les télédiffuseurs américains. L'ACR avait demandé de la fixer à 3 pour cent. Elle n'a toutefois pas fourni de motifs convaincants pour cette réduction, et rien dans la preuve ne permet de croire que les stations canadiennes utilisent moins de musique de ce genre que les stations américaines.

Le fait que la SOCAN ne tienne pas compte de ce genre de musique dans ses règles de distribution n'est pas pertinent. Elle appartient malgré tout à la SOCAN, et les télédiffuseurs ont besoin d'une licence pour l'utiliser. L'ACR n'a pas convaincu la Commission que ce genre de musique est sans valeur pour les télédiffuseurs. Enfin, l'exemption prévue à l'article 30.7 de la *Loi*, tel qu'édicte par le projet de loi C-32, n'est pas aussi généreuse que l'ACR le prétend.⁵⁷

Toutefois, il ne sera pas tenu compte de la musique contenue dans les messages publicitaires.

Encore une fois, le fait que la SOCAN ne rémunère pas ce genre de musique n'est pas pertinent. De toute façon, il ne saurait être question de permettre à la SOCAN de dicter la structure tarifaire par le biais de changements à ses règles internes de distribution. Cela ne règle pas pour autant la question.

Les messages publicitaires sont soit des émissions à part entière, soit parties des émissions dans lesquelles ils sont incorporés. Dans un cas comme dans l'autre, la Commission conclut qu'ils ne devraient pas entraîner le versement de redevances par le télédiffuseur.

Dans la première hypothèse, les messages publicitaires sont des émissions qui ne génèrent pas de revenus pour le télédiffuseur. Le prix payé pour faire diffuser le message est versé dans le but de le faire diffuser en même temps qu'une autre émission qui, elle, bénéficie d'une certaine écoute : le concessionnaire automobile paie pour que son message soit diffusé en même temps que le bulletin de nouvelles locales de 18 h, et non l'inverse. Par conséquent, si l'on s'en tient à l'hypothèse voulant que la valeur de la musique soit fonction des revenus générés par la programmation dans laquelle on la retrouve, on peut se permettre de ne pas tenir compte de la musique contenue dans les messages publicitaires.

On the other hand, if commercials become part of the program within which they are embedded, the Board determines that SOCAN's music in such commercials has value for the advertiser, and *de minimis* value for the broadcaster of the program. Interestingly, that is precisely how the market deals with the issue: advertising agencies pay composers (wearing their hats as musicians) residuals for repeat broadcasts of commercials.⁵⁸

Finally, discounting music from commercials in the MBL will allow the Board to identify the true character of music use patterns by broadcasters.

This is not the first time the Board views incidental programming as having an insignificant value. In its second Retransmission decision, the Board ascribed no value for the purposes of distribution to interstitial programming because "they are less attractive to distant viewers than the programs they precede, interrupt or follow."⁵⁹ That determination is also true of local viewers, at least with respect to music.

As with the 22 per cent adjustment on account of SOCAN's general operating costs, the ambient music fee is calculated using only revenues from cleared programming. Again, the price paid on account of programming that includes SOCAN music already includes a component for ambient music.

The tariff will use the expression "production music" instead of "incidental music", because this is the expression already used in Tariff 1.A (Commercial Radio).

d. *Revenue-Based vs Hybrid Formula*

CAB proposed that the MBL be only revenue-based. SOCAN, relying on the testimony of Professor Liebowitz, warned that such an approach may lead to cherry-picking. This would occur if broadcasters managed to obtain large discounts by only clearing a minimum amount of music.

Si, par contre, les messages publicitaires font partie intégrante des émissions auxquelles on les incorpore, la Commission conclut que la musique de la SOCAN dans ces messages a une valeur pour le publicitaire, mais peu ou pas pour le télédiffuseur. Il est intéressant de noter que c'est exactement la façon dont le marché pertinent opère : ce sont les agences de publicité qui versent aux compositeurs (à titre de musiciens) des droits de suite.⁵⁸

Enfin, en ne tenant pas compte de la musique incorporée aux messages publicitaires dans la LGM, la Commission sera davantage en mesure de déterminer la vraie nature des profils d'utilisation de musique par les télédiffuseurs.

Ce n'est pas la première fois que la Commission traite la programmation incidente comme ayant une valeur négligeable. Dans sa deuxième décision portant sur la retransmission, elle n'a pas tenu compte, pour fins de distribution, des émissions interstitielles au motif qu'«elles revêtent moins d'intérêt pour le téléspectateur éloigné que les émissions qu'elles suivent, précèdent ou interrompent.»⁵⁹ Il en va de même pour le téléspectateur local, du moins en ce qui concerne la musique.

Comme c'est le cas pour la prime de 22 pour cent visant les frais généraux d'exploitation de la SOCAN, la prime versée pour la musique ambiante s'applique uniquement aux revenus attribuables à la programmation dont les droits sont affranchis. Encore une fois, les redevances versées au titre de la programmation pour laquelle la station a besoin de la licence SOCAN tient déjà compte de cette musique.

Dans le texte du tarif, on utilise l'expression «musique de production» plutôt que «musique incidente», puisqu'il s'agit de l'expression déjà utilisée dans le tarif 1.A (Radio commerciale).

d. *Formule fondée sur les revenus ou formule hybride*

L'ACR demande que l'escompte permis par la LGM soit établi en fonction des revenus. La SOCAN, se fondant sur le témoignage du professeur Liebowitz, craint qu'une telle formule encourage la pratique du *cherry-picking*. C'est ce qui se produirait si les télédiffuseurs obtenaient des escomptes importants en affranchissant peu de musique.

A hybrid formula is less susceptible to cherry-picking. However, for three reasons, and for the time being, the Board has selected the revenue-based formula. First, that approach is simpler to administer; a hybrid formula would unduly complicate the administration of the tariff at this stage. SOCAN and the broadcasters should be allowed to see how the formula operates; adjustments could always be made later. Second, the various adjustments to the rate greatly diminish the potential impact of cherry-picking. Indeed, as far as SOCAN is concerned, the 22 per cent adjustment on account of its operating expenses is meant to completely eliminate the effects of such a practice. Third, because of music use patterns in programming, a hybrid formula would not be beneficial to Canadian composers or broadcasters.

e. Opting In and Out of the MBL

CAB has requested that a broadcaster be allowed, as in the United States, to opt in or out of the MBL twice yearly. SOCAN made no comment on the issue. At first glance, CAB's suggestion seems reasonable.

As a result of this provision, broadcasters will be able to opt for the MBL only for periods coming after this decision is issued. This conforms with the position expressed by CAB.⁶⁰

f. Monthly vs Quarterly Reporting

CAB suggested that reporting under the MBL should be done only quarterly. We find no reason why stations electing for the MBL should not be required to provide SOCAN with complete reports on a monthly basis, as are stations who opt for the standard licence.

g. Ceilings and Floors

During his testimony, Mr. Zwaska indicated that both the ASCAP and BMI agreements provided for a guaranteed minimum amount of royalties (a "floor") while the BMI agreement also provides for a maximum amount of royalties payable (a "ceiling"). During the proceedings, the Board pursued the matter further with some of the witnesses. None of them objected to this approach, and some of them seemed to think it may be a good idea. Neither SOCAN nor CAB addressed this issue in their argument.

Une formule hybride est moins susceptible de mener au *cherry-picking*. Toutefois, pour trois motifs, la Commission retient, pour l'instant, une formule fondée sur les revenus. D'abord, l'administration de la licence s'en trouve simplifiée; une formule hybride la compliquerait inutilement à ce stade-ci. Il faut permettre à la SOCAN et aux télédiffuseurs de voir comment la formule opère; on pourra toujours procéder ultérieurement à des ajustements. Ensuite, les primes imposées réduisent de beaucoup l'impact éventuel du *cherry-picking*. Pour autant que la SOCAN soit concernée, la prime de 22 pour cent au titre de ses frais d'exploitation les élimine complètement. Enfin, les profils d'utilisation de musique dans la programmation télévisuelle font en sorte qu'une formule hybride n'avantagerait pas les compositeurs ou les télédiffuseurs canadiens.

e. La façon d'opter pour la LGM

L'ACR demande qu'un télédiffuseur puisse exercer une option deux fois par année. C'est la formule américaine. La SOCAN n'a pas offert de commentaire. À première vue, la suggestion semble raisonnable.

Les télédiffuseurs ne pourront donc exercer cette option qu'à l'égard de périodes subséquentes à la présente décision. Cela concorde avec la position prise par l'ACR.⁶⁰

f. Rapports mensuels ou trimestriels

L'ACR a demandé que les titulaires d'une LGM fassent rapport à tous les trois mois. Nous ne voyons pas pourquoi ceux-ci ne devraient pas fournir à la SOCAN des rapports complets à tous les mois, comme le font les autres stations.

g. Plafonds et planchers

M. Zwaska a révélé, durant son témoignage, que les ententes conclues par l'ASCAP et la BMI garantissent à ces sociétés un montant-plancher. L'entente conclue par la BMI prévoit par ailleurs un montant-plafond. La Commission a discuté davantage de cette question avec divers témoins. Aucun d'entre eux ne s'est opposé à ces mesures, alors que certains ont semblé la trouver intéressante. Ni la SOCAN, ni l'ACR ont traité de la question dans leur argumentation.

The Board determines that neither a ceiling, nor a floor are necessary. The ceiling is not required because the non-refundable adjustments amount to 4 per cent of the royalties otherwise payable on all programming.⁶¹ This is very reasonable compared to the adjustments that are applied in the United States, and which result from the existence of more than one music society. As a result, the risk of excess payment is virtually non-existent.

At first glance, it would appear that a floor would provide several useful features. It may have ensured the progressive introduction of the MBL, thereby allowing the Board to gauge its effects on the relevant market before it was fully implemented. It might also, under certain circumstances, have helped guarantee the continued existence of collective administration and limit the risks of cherry-picking.

A floor would only be useful if the vast majority of programming was of the same origin. Given the abundance of foreign programming on Canadian television and the relative difficulty of clearing rights to those programs, a floor may prevent Canadian broadcasters from clearing music rights for those programs. This would be counterproductive.

The more appropriate way to address the issue, which also eliminates the need for a floor, is to adjust the MBL structure directly. Again, the Board finds that the 22 per cent adjustment on account of SOCAN's operating expenses makes this measure of protection unnecessary.

h. Claiming MBL Benefits when Broadcasters Own the Publisher's Share of All Music in a Program

Broadcasters sometimes acquire the publisher's share of the music which is composed for the express purpose of insertion into their programming. CAB asked that broadcasters be allowed to claim half the benefits of the MBL when they, or someone they control, own the publisher's share in all the music included in a program. The Board denies CAB's request. There are two reasons for this decision.

La Commission n'entend pas avoir recours à l'une ou l'autre de ces mesures. Comme la surprime non remboursable attribuable à la LGM n'est que de 4 pour cent des redevances qui seraient versées en vertu de la licence standard,⁶¹ il n'est pas nécessaire d'imposer un montant-plafond. La surprime américaine est beaucoup plus importante, en partie parce qu'il existe plus d'une société de gestion. Le risque de versements excessifs est donc, à toutes fins utiles, éliminé.

De prime abord, un montant-plancher pourrait s'avérer utile à plusieurs égards. Il assurerait une implantation progressive de la LGM, permettant ainsi à la Commission d'en jauger l'impact sur le marché visé avant d'en permettre la pleine application. Dans certaines circonstances, il aiderait aussi à garantir l'existence continue de la gestion collective et à limiter les risques de *cherry-picking*.

Un montant-plancher n'est toutefois réellement utile que si la plupart de la programmation provient du même pays. Compte tenu de l'importance de la programmation étrangère pour la télévision canadienne et de la difficulté relative d'en affranchir les droits, la présence d'un montant-plancher pourrait décourager les télédiffuseurs canadiens de tenter d'affranchir ces droits, ce qui irait à l'encontre du but recherché.

Il convient davantage de régler ce problème en corrigeant la structure même de la LGM. Cette façon de procéder élimine par ailleurs le besoin d'établir un montant-plancher. Encore une fois, la Commission conclut que la prime de 22 pour cent imposée au titre des dépenses d'exploitation de la SOCAN rend cette mesure inutile.

h. La possibilité de se prévaloir de la LGM lorsque le télédiffuseur détient la part de l'éditeur pour toute la musique d'une émission

Les télédiffuseurs détiennent parfois la part de l'éditeur de la musique composée dans le but exprès d'être incorporée dans leur programmation. L'ACR demande que les télédiffuseurs puissent obtenir la moitié des bénéfices qui découlent de la LGM lorsqu'ils détiennent, directement ou indirectement, cette part à l'égard de toute la musique comprise dans une émission. La Commission rejette cette demande, pour deux motifs.

First, broadcasters do not own the publisher's share of performing rights; SOCAN does. The broadcaster only owns a right to remuneration according to SOCAN's internal distribution rules. In virtually all cases, SOCAN acquires all of the performing rights under the composers' membership agreement. In the exceptional case where a composer might have assigned his or her copyright to a publisher before joining SOCAN, SOCAN acquires that copyright at the time the publisher becomes a member of SOCAN. For a broadcaster to truly own a share of the copyright requires the highly unlikely scenario that (a) the right be acquired from a composer who is not a member of SOCAN, and (b) the broadcaster's publishing arm not be a member of SOCAN.

Second, granting CAB's request would provide broadcasters with an opportunity to cherry-pick in the following way. Each one of them could set up two publishing companies. The first, which would not be a member of SOCAN, would clear programs that generate more than average revenues. The second, which would remain a SOCAN member, would get distributions for the programs that generate lower than average revenues; given SOCAN's distribution rules, they would then be getting more than if they had source-cleared their own rights. The Board will not allow this to happen.

i. *Alternative Dispute Resolution*

During the proceedings, the Board raised with the parties the issue of alternative dispute resolution mechanisms. Both agreed that these were "a good idea".⁶² In main argument, SOCAN did not comment on this issue, while CAB recognized the need for such a measure;⁶³ in reply, SOCAN did not comment on this part of CAB's argument.

Resort to the courts is expensive, and the Board's own decisions cannot correct past situations. The parties need a mechanism to iron out the difficulties that may arise from the introduction of the MBL. In the circumstances at hand, they should consider arbitration and mediation.

Premièrement, c'est la SOCAN, et non les télédiffuseurs, qui détient la part de l'éditeur des droits d'exécution. Le télédiffuseur n'a qu'un droit de rémunération, qui s'exerce conformément aux règles internes de distribution de la SOCAN. Dans presque tous les cas, la SOCAN acquiert tous les droits d'exécution du compositeur au moment de son adhésion à la SOCAN. Exceptionnellement, il arrive qu'un compositeur cède tout ou partie du droit d'exécution à un éditeur avant de devenir membre de la SOCAN; dans ce cas, cette dernière acquiert les droits lorsque l'éditeur lui-même joint ses rangs. Un télédiffuseur ne peut véritablement être titulaire du droit d'auteur qu'à deux conditions qui se retrouvent rarement : l'éditeur, qui n'est pas membre de la SOCAN, acquiert des droits d'un compositeur qui ne l'est pas non plus.

Deuxièmement, faire droit à la demande de l'ACR ouvrirait la porte à une autre forme de *cherry-picking*. Le télédiffuseur établirait deux maisons d'édition. La première, qui n'adhérerait pas à la SOCAN, affranchirait les droits pour la programmation dont les revenus dépassent la moyenne. La seconde, qui en serait membre, détiendrait les droits à l'égard des autres émissions. Ce faisant, compte tenu des pratiques de la SOCAN en matière de distribution, elle recevrait davantage que si elle avait affranchi ses propres droits à la source. La Commission n'entend pas permettre qu'une telle chose se produise.

i. *Modes alternatifs de règlement des conflits*

Durant les audiences, la Commission a soulevé la question des mécanismes de règlement des conflits. Les parties ont dit trouver l'idée intéressante.⁶² Dans son argumentation principale, la SOCAN n'a pas commenté la question, mais l'ACR a reconnu la nécessité d'avoir recours à de tels mécanismes;⁶³ en réplique, la SOCAN n'a pas commenté cette partie de l'argumentation de l'ACR.

Le recours aux tribunaux judiciaires est coûteux. Quant aux décisions de la Commission, elles ne peuvent corriger les problèmes pour le passé. Les parties doivent disposer de moyens leur permettant d'aplanir les difficultés que l'implantation de la LGM pourrait soulever. Elles devraient donc envisager le recours à la médiation et à l'arbitrage.

Having said this, the tariff does not contain dispute resolution clauses. It would not have been possible to provide for more than an excessively general provision. Consideration must be given to the details of such a mechanism before one is included in the tariff.

The Board invites the parties to comment on the appropriateness of including a dispute resolution mechanism in the tariff.

G. Conclusion on the Analysis: the Overall Impact of the Lowering of the Rate Combined with the Introduction of the MBL

The measures outlined in this decision provide broadcasters with a number of benefits, while at the same time guaranteeing the continued role of SOCAN in the area of television music performing rights. Thus, the reduction of the rate from 2.1 per cent to 1.8 per cent, while reducing broadcasters' payments, will still leave SOCAN with the same amount of Tariff 2.A royalties in 1996 as it received in 1994, a period over which inflation was very low.

As to the MBL, it will also have a number of beneficial effects. The market will be allowed to play a stronger role than is currently possible. Broadcasters and composers will have available new, alternative ways of transacting in performing rights, ways that are designed in such a manner as to ensure that neither collective administration, nor the blanket licence will be put at risk. The manner in which the MBL is designed will afford broadcasters a further benefit, without jeopardizing SOCAN's financial situation. As can be found from Table III, in order to decrease its payments to SOCAN by 25 per cent, a station will have to clear music in programming from which it derives just under 40 per cent of its revenues.

Cela étant dit, le tarif ne comporte pas de dispositions portant sur le règlement des conflits. Une telle disposition aurait été nécessairement de nature très générale. Avant de l'inclure, il est important de traiter des divers éléments qui devraient l'accompagner.

La Commission invite les parties à commenter l'à-propos d'inclure un tel mécanisme dans le tarif.

G. Conclusion de l'analyse : l'impact combiné de la réduction du taux et de la création de la LGM

Les mesures mises de l'avant dans la présente décision procurent aux télédiffuseurs certains bénéfices, tout en confirmant à long terme le rôle de la SOCAN dans le domaine des droits d'exécution à la télévision. Ainsi, la baisse du taux de 2,1 pour cent à 1,8 pour cent réduit le montant des redevances payables par les télédiffuseurs tout en procurant à la SOCAN en 1996 un montant égal à ce qu'elle avait perçu en 1994; or, entre 1994 et 1997, l'inflation a été très réduite.

Quant à la LGM, ses effets devraient être bénéfiques sous plusieurs aspects. Le marché pourra jouer un rôle plus important qu'en ce moment. Les télédiffuseurs et compositeurs disposeront de nouvelles façons de transiger les droits d'exécution, sans pour autant que la gestion collective ou le caractère général de la licence soient mis en péril. Telle que formulée, la LGM procurera des bénéfices additionnels aux télédiffuseurs sans nuire à la situation financière de la SOCAN. Comme on peut le constater à la lecture du tableau III, une station devra affranchir les droits musicaux afférents à une programmation générant un peu moins de 40 pour cent de ses revenus si elle entend réduire les redevances qu'elle verse à la SOCAN de 25 pour cent.

TABLE III / TABLEAU III

REDUCTION FOR A STATION THAT CLEARS 40 PER CENT OF REVENUES

(all figures as a percentage of royalties payable by a non-MBL station)

RÉDUCTION OBTENUE EN AFFRANCISSANT 40 POUR CENT DES REVENUS

(en pourcentage des redevances payables en vertu de la licence standard)

Payment on account of uncleared program / Redevances pour la programmation non affranchie	60%
Payment for additional operating expenses / Prime pour les dépenses additionnelles	3%
Interest factor / Facteur d'intérêt	1%
Payment for SOCAN's general expenses / Dépenses générales de la SOCAN : $22\% \times 95\% \times 40\%$	8.4%
Ambient music payment / Musique ambiante : $5\% \times 40\%$	2%
TOTAL	74.4%
REDUCTION / RÉDUCTION	25.6%

For the reasons given above, the Board is convinced that, in the long run, these measures will benefit Canadian composers, if only because of their increasing reliance on foreign royalties. No one can predict the precise impact that these measures will have on front-end payments to individual composers or on the overall amounts received by all composers. If, as others maintain, there is a relationship between one and the other, then in the long run and overall, the amount being paid at the back-end probably has some impact on the amount being paid in the front-end, and a lowering of the rate combined with the MBL will put more emphasis on negotiated deals in the market. This is a consequence of an evolving marketplace and one which the Board believes it is time to accept.

Pour les motifs qui précèdent, la Commission est convaincue qu'à long terme, ces mesures bénéficieront aux compositeurs canadiens, ne serait-ce qu'à cause de l'importance croissante des redevances provenant de l'étranger. Personne ne peut prédire précisément l'impact de ces mesures sur les paiements en amont que recevra chaque compositeur ou encore, sur le montant total de ses revenus. Si, comme d'autres le prétendent, il existe un rapport entre les montants versés en amont et en aval, alors, avec le temps et dans l'ensemble, le second a probablement un effet sur le premier et donc, les mesures prévues dans la présente décision accroîtront l'importance des transactions de marché. Il s'agit là d'une conséquence d'un marché en pleine évolution, que la Commission croit qu'il est temps qu'on accepte.

Le secrétaire de la Commission,

Claude Majeau
Secretary to the Board

ENDNOTES

1. See *Statement of Royalties to be Collected for the Performance in Canada of Musical and Dramatico-musical Works in 1990, 1991, 1992 and 1993* (1993), Copyright Board Reports, 1990-1994, 345, pp. 355-6. [Hereafter *Public Performance, 1993*]
2. To call the American licence a “per program” licence is problematic, since it still allows broadcasters full access to the music societies’ repertoire, and even covers incidental music and music in commercials contained in programs in respect of which the broadcaster has “opted out”. Fortunately, CAB opted for the less troublesome name of “modified blanket licence”.
3. The Board’s decision of December 21, 1996 contains a detailed description of the sequence of events which led to the certification of the CTV tariff.
4. “Front end” refers to dealings that occur before a program is broadcast, such as contract negotiations for composition services, or the purchase of performing rights at the time the program is produced or purchased. “Back end” refers to dealings that occur at the time a program is broadcast or thereafter, such as the purchase of SOCAN’s blanket licence.
5. S.C. 1992, c. 33, R.S.C. c. 19.6
6. *Public Performance, 1993*, p. 358 (notes omitted).
7. *Canadian Association of Broadcasters v. SOCAN* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190, 196g (F.C.A.)
8. *Canadian Association of Broadcasters, supra*, note 7, 196c; *Public Performance, 1993*, p. 358; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Copyright Board)* (1993), 47 C.P.R. (3d) 426, 429h (F.C.A.)
9. *Public Performance, 1993*, p. 352

NOTES

1. Voir *Tarif des droits à percevoir pour l’exécution au Canada d’œuvres musicales et dramatico-musicales en 1990, 1991, 1992 et 1993* (1993), Recueil des décisions de la Commission du droit d’auteur, 1990-1994, 345, p. 355-6. [Ci-après *Exécution publique, 1993*]
2. Dire que la licence américaine est une licence «à la pièce» ou «per program» pose problème. La licence donne accès à tout le répertoire des sociétés de gestion, et couvre même l’usage de certaines musiques (incidente ou autre) incorporées aux émissions dont les droits musicaux ont été affranchis. Heureusement, l’ACR a choisi d’utiliser une expression moins problématique, soit la «*modified blanket licence*» qui est traduite ici par «licence générale modifiée».
3. La décision que la Commission a rendue le 21 décembre 1996 décrit en détail les événements qui ont mené à l’homologation de ce tarif.
4. Les transactions «en amont» (*front end*) se passent avant la diffusion de l’émission : contrats de composition, affranchissement des droits au moment de sa production ou de son acquisition, etc. Les transactions «en aval» (*back end*), tel l’achat de la licence générale de la SOCAN, se produisent à la même époque que sa diffusion ou par la suite.
5. L.C. 1992, ch. 33, L.R.C. ch. 19.6
6. *Exécution publique, 1993*, p. 358 (les notes ont été omises).
7. *Canadian Association of Broadcasters v. SOCAN* (1994), 58 C.P.R. (3d) 190, 196g (C.A.F.)
8. *Canadian Association of Broadcasters, supra*, note 7, 196c; *Exécution publique, 1993*, p. 358; *Canadian Broadcasting Corp. c. Canada (Copyright Board)* (1993), 47 C.P.R. (3d) 426, 429h (C.A.F.)
9. *Exécution publique, 1993*, p. 352

10. Exhibit CAB-28, p. 3
11. Exhibit CAB-31
12. Cross-examination of Mr. Casey, tr. pp. 872-3
13. Revenues of conventional television broadcasters have increased even though their audience share has dropped. This simply means that during the first phase of the introduction of new sources of competition for advertising dollars, the demand for advertising has increased faster than the supply of air-time. That phenomenon cannot continue indefinitely. Competition will increase even more sharply than it has to date. Obviously, if current or new players in the television market continue to increase the supply of advertising time, revenue growth will eventually slow or stop. This will inevitably result in lower revenues in constant dollar terms.
14. Exhibit CAB-28, p. 2
15. See, e.g., *Statement of Royalties to be Paid for the Retransmission of Distant Radio and Television Signals in 1990 and 1991* (1990), Copyright Board Decisions, 1990-1994, 3, p. 60
16. Tr. pp. 1446, 1705
17. This would appear especially true in the case of public goods which are only inputs into other goods that are consumed simultaneously in both the primary and the secondary markets, as is the case for most, if not all, American prime-time programming.
18. This contrasts with the Board's position in 1993, when it refused to give any weight to that factor: see *Public Performance, 1993*, p. 362.
19. *Statement of Royalties to be Paid for the Retransmission of Distant Radio and Television Signals in 1992, 1993 and 1994* (1993), Copyright Board Reports, 1990-1994, 135, p. 159. [Hereafter *Retransmission, 1992*]
10. Pièce CAB-28, p. 3
11. Pièce CAB-31
12. Contre-interrogatoire de M. Casey, tr. p. 872-3
13. Les revenus des télédiffuseurs conventionnels ont augmenté même si leur part d'écoute a baissé. Cela signifie simplement que durant la première phase d'ouverture du marché à de nouvelles sources de concurrence pour la publicité, la demande a augmenté plus rapidement que l'offre. Il ne peut s'agir que d'un phénomène temporaire. La concurrence continuera d'augmenter. De toute évidence, si les participants, actuels ou nouveaux, dans ce marché continuent d'offrir de plus en plus de temps d'antenne publicitaire, la croissance des revenus devra ralentir ou s'arrêter, ce qui entraînera inévitablement une diminution des revenus en dollars constants.
14. Pièce CAB-28, p. 2
15. Voir, par exemple, *Tarif des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1990 et 1991* (1990), Recueil des décisions de la Commission du droit d'auteur, 1990-1994, 3, p. 60
16. «Crazy» : tr. p. 1446, 1705
17. Cela semble particulièrement plausible par rapport à des biens publics servant d'intrants dans la production d'autres biens qui sont consommés au même moment dans le marché primaire comme dans le marché secondaire, comme c'est le cas pour la majeure partie, sinon toute la programmation américaine diffusée aux heures de grande écoute.
18. La décision de la Commission en 1993 était à l'effet contraire : voir *Exécution publique, 1993*, p. 362.
19. *Tarif des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1992, 1993 et 1994* (1993), Recueil des décisions de la Commission du droit d'auteur, 1990-1994, 135, p. 159. [Ci-après *Retransmission, 1992*]

20. See, for example, Mr. Goldstein's report, Exhibit CAB-3, pp. 3-4.
 21. See *Public Performance, 1993*, p. 360.
 22. *Public Performance, 1993*, p. 361 (notes omitted).
 23. Testimony of Mr. Ellis, tr. pp. 790 *et seq.*; testimony of Professor Liebowitz, tr. pp. 1504-5.
 24. Canadian royalties account for only 20 per cent of the cost of producing a Canadian program: testimony of Mr. Mustos, tr. p. 3089, and Exhibit CAB-2, Chart 8.
 25. Exhibit SOCAN-6, pp. 4-5
 26. Exhibit SOCAN-6, Additional Financial Information, p. 7
 27. *Public Performance, 1993*, pp. 360-1
 28. CAB Argument, paragraphs 103-106
 29. Exhibit CAB-2, Chart 9A
 30. Source: Exhibit SOCAN-6, Additional Financial Information
 31. The only data available from Statistics Canada and the CRTC for commercial television revenues include the CTV revenues. To back out the CTV revenues, the Board used the license fees actually paid to SOCAN divided by the tariff rate.
 32. *CAPAC v. CTV*, [1968] S.C.R. 676, followed in *CTV Television Network v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.)
 33. See sections 30.8 and 30.9 of the *Act*
 34. On this point, CAB is incorrect in relying on the Copyright Appeal Board's decision of 1985. The Board stated that payments for ephemeral copies could have a financial impact on the broadcasting industry and that ability to pay was a relevant
20. Voir, par exemple, le rapport de M. Goldstein, pièce CAB-3, p. 3-4.
 21. Voir *Exécution publique, 1993*, p. 360.
 22. *Exécution publique, 1993*, p. 361 (les notes ont été omises).
 23. Témoignage de M. Ellis, tr. p. 790 *et seq.*; témoignage du professeur Liebowitz, tr. p. 1504-5.
 24. Les droits canadiens représentent seulement 20 pour cent du coût de production d'une émission canadienne : témoignage de M. Mustos, tr. p. 3089, et pièce CAB-2, tableau 8.
 25. Pièce SOCAN-6, p. 4-5
 26. Pièce SOCAN-6, *Additional Financial Information*, p. 7
 27. *Exécution publique, 1993*, p. 360-1
 28. Argumentation de l'ACR, paragraphes 103-106
 29. Pièce CAB-2, tableau 9A
 30. Source : pièce SOCAN-6, *Additional Financial Information*
 31. Les seules données disponibles auprès de Statistique Canada et du CRTC quant aux revenus de télévision commerciale incluent ceux du réseau CTV. De façon à exclure ces derniers, on a évalué les revenus des stations en divisant le montant des droits versés à la SOCAN par le taux prévu au tarif 2.A.
 32. *CAPAC c. CTV*, [1968] R.C.S. 676, suivi dans l'arrêt *CTV Television Network c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.)
 33. Voir les articles 30.8 et 30.9 de la *Loi*
 34. À cet égard, l'ACR fait erreur en se rapportant à la décision de 1985 de la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission avait dit que les paiements effectués pour les copies éphémères pourraient avoir un impact financier sur

- factor. It did not state that the value of the performing licence was necessarily less once a price was attached to the synchronization licence: *Final Report of the Copyright Appeal Board to the Minister of Consumer and Corporate Affairs for 1985* (1985), 3 C.P.R. (3d) 20, p. 37 (Cop.Ap.Bd.)
35. Table I, *supra*
36. The distribution figures for 1996 are not part of the record of these proceedings.
37. Broadcasters will continue to have free access to SOCAN's repertoire. The MBL will simply allow them to opt out of the blanket licence for specific programs.
38. Such an agreement currently exists with the CBC, to which no tariff applies.
39. An agreement which was never reflected in a tariff governed the relationships between SOCAN's predecessors and members of the Association of Canadian Orchestras for close to a decade starting in 1983, even though the Concert tariff was plainly applicable. The Department of National Defense has been in the past, and may still be, party to a similar agreement, even though some of SOCAN's tariffs would be applicable to its situation. In one set of hearings, SOCAN went so far as to admit that given a tariff which imposed a higher price than the one set out in an agreement, it would apply the agreement, not the tariff. The Board refused to allow SOCAN to practice this sort of price discrimination: see *SOCAN Statement of Royalties 1994-1997* (Re) (1996), 71 C.P.R. (3d) 196, 208c (Cop.Bd.)
40. Testimony of Mr. Crawley, tr. pp. 510-1
41. CAB argument, paragraphs 49-51; testimony of Mr. Crawley, tr. pp. 506 *passim*
- l'industrie de la radiodiffusion et réitéré la pertinence de la capacité de payer comme facteur dans l'établissement du tarif. Elle n'avait pas dit que la valeur du droit d'exécution était nécessairement moindre du seul fait qu'on attachait un prix à la licence de synchronisation : voir *Final Report of the Copyright Appeal Board to the Minister of Consumer and Corporate Affairs for 1985* (1985), 3 C.P.R. (3d) 20, p. 37 (Cop.Ap.Bd.)
35. Tableau I, *supra*
36. Le dossier ne permet pas d'établir le montant des distributions effectuées en 1996.
37. Les télédiffuseurs conserveront l'accès complet au répertoire de la SOCAN. La LGM leur permettra tout simplement de se passer de la licence générale à l'égard de certaines émissions.
38. Une entente a été conclue entre la SOCAN et la SRC; aucun tarif ne s'applique à cette dernière.
39. Une entente qui n'a jamais eu son pendant dans un tarif a régi, à partir de 1983 et pendant près d'une décennie, les rapports entre les anciennes sociétés de gestion et les membres de l'Association canadienne des orchestres, pourtant assujettis au tarif concerts. Le ministère de la Défense nationale du Canada a conclu des ententes avec la SOCAN par le passé, et est peut-être encore partie à un tel contrat; pourtant, certains des tarifs de la SOCAN s'appliquent sans aucun doute à ce ministère. Dans un affaire précédente, la SOCAN a même admis que si un tarif imposait le versement de redevances plus élevées que celles prévues par une entente, elle s'en tiendrait à l'entente. La Commission a refusé de permettre à la SOCAN de pratiquer ainsi des prix discriminatoires : *SOCAN Statement of Royalties 1994-1997* (Re) (1996), 71 C.P.R. (3d) 196, 208c (Cop.Bd.)
40. Témoignage de M. Crawley, tr. p. 510-1
41. Argumentation de l'ACR, paragraphes 49-51; témoignage de M. Crawley, tr. p. 506 *passim*

42. See "AGM amendment broadens SOCAN's mandate", *Words & Music*, September 1997, p. 4
43. BMI secures exclusive assignments of performing rights for everywhere except the United States.
44. Tr. pp. 483, 3311-3
45. CAB argument, paragraph 183
46. ASCAP members, some of whom already are Canadians, can grant licences to users anywhere in the world. Nevertheless, under the reciprocal arrangements that exist between ASCAP and SOCAN, their works are part of SOCAN's repertoire, albeit on a non-exclusive basis: testimony of Mr. Reimer, tr. pp. 1245-50. See also CAB argument, paragraph 183, and testimony of Dr. Stanbury, tr. pp. 2509-10.
47. Music libraries provide broadcasters with compact discs containing different types or genres of music. Licenses are issued on a non-exclusive basis, at a set price, for a period of one or two years.
48. *Public Performance*, 1993, p. 365
49. Testimony of Mr. Gertz, tr. pp. 2690-2700
50. Testimony of Mr. Fillingham, tr. pp. 2882-94
51. Until the PPL was introduced, ASCAP's sampling of local television programming for the purposes of distribution was very limited (30,000 hours a year, or 450,000 performances): testimony of Mr. Reimer, tr. pp. 1268-70; Exhibit CAB-44, p. 3. By contrast, SOCAN's distribution process already relies on a census of all television programming throughout Canada.
52. As a result, broadcasters could argue for a lower adjustment on account of general operating costs if they provided cogent evidence of inefficiency in the operation of SOCAN or significant unwarranted cross-subsidization flowing from the television pool to other parts of SOCAN's operations. The evidence provided during these proceedings did not allow the Board to reach such conclusions.
42. Voir «L'assemblée générale annuelle élargit le mandat de la société», *Paroles et musique*, septembre 1997, p. 4
43. BMI obtient des cessions exclusives du droit d'exécution pour partout, sauf les États-Unis.
44. Tr. p. 483, 3311-3
45. Argumentation de l'ACR, paragraphe 183
46. Les membres de l'ASCAP, dont certains sont canadiens, peuvent émettre des licences à des utilisateurs partout à travers le monde. Malgré cela, les ententes conclues entre l'ASCAP et la SOCAN font en sorte que leurs œuvres font partie, à titre non exclusif, du répertoire de cette dernière : témoignage de M. Reimer, tr. p. 1245-50. Voir aussi l'argumentation de l'ACR, paragraphe 183, et le témoignage du professeur Stanbury, tr. p. 2509-10.
47. Ces «bibliothèques» louent des disques compacts contenant de la musique de production préenregistrée, classée selon différents types ou genres. Pour un prix fixe, le locataire obtient une licence non exclusive d'exécution pour une ou deux années.
48. *Exécution publique*, 1993, p. 365
49. Témoignage de M. Gertz, tr. p. 2690-2700
50. Témoignage de M. Fillingham, tr. p. 2882-94
51. Avant l'implantation de la PPL, l'ASCAP ne se livrait qu'à un échantillonnage très restreint de la programmation locale aux fins de distribution (30 000 heures par année, comportant 450 000 exécutions) : témoignage de M. Reimer, tr. p. 1268-70; pièce CAB-44, p. 3. Le processus de distribution déjà en place à la SOCAN implique le recensement complet de la programmation télévisuelle partout au Canada.
52. Une preuve convaincante portant que la SOCAN opère de façon inefficace ou que la cagnotte télévision supporte une part démesurée des dépenses d'exploitation pourrait donc entraîner une réduction de cette prime. La preuve au dossier de la présente affaire n'a pas permis à la Commission de tirer de telles conclusions.

53. Sources: Exhibit SOCAN-6 and decision of the Copyright Board dated April 19, 1996 on Tariff 17
54. Only domestic revenues are used. SOCAN does not charge overhead on revenues from affiliated societies. That practice is followed by many, if not all foreign societies: testimony of Mr. Rock, tr. pp. 1801-4.

This approach actually favours CAB. Canadian composers in the TV pool are subsidized on account of royalties from foreign broadcasts by a ratio of 2.4 to 1: Exhibit SOCAN-6, Additional Information p. 5. This would normally result in an increase in the fee.

55. The Board estimated Tariff 17 revenues to be about \$8.99 millions in 1994: see *SOCAN Statement of Royalties, 1990-1995 (Tariff 17)* (Re) (1996), 70 C.P.R. (3d) 501, 554, Table 12 (Cop.Bd.). That amount has probably not increased significantly since then.
56. For two reasons, operating expenses net of investment and rental income are used. First, this is the generally accepted practice throughout the world. Second, and most important, since that income is credited directly to overhead, it contributes to reduce equally the overhead for all pools.
57. During his testimony, Mr. Scapillati offered the view that the use of incidental music would no longer be an infringement of copyright, and that a SOCAN licence would no longer be required: tr. p. 2879. That is incorrect, if only because section 30.7 required that the otherwise infringing act be non-deliberate.

53. Sources : pièce SOCAN-6 et décision de la Commission du droit d'auteur du 19 avril 1996 portant sur le tarif 17
54. On utilise uniquement les revenus domestiques. Dans l'attribution de ses frais d'exploitation, la SOCAN ne tient pas compte des sommes qu'elle reçoit de ses sociétés affiliées. C'est la façon dont opèrent la plupart, sinon toutes, les sociétés étrangères : témoignage de M. Rock, tr. p. 1801-4.

Notons que cette façon de procéder avantage l'ACR. La cagnotte télévision reçoit une part disproportionnée des redevances étrangères. Le rapport est de 2,4 à 1 : pièce SOCAN-6, *Additional Information*, p. 5. Si l'on tenait compte de ce facteur, la prime s'en trouverait augmentée.

55. La Commission avait estimé à 8,99 millions de dollars les revenus provenant du tarif 17 pour l'année 1994; *SOCAN Statement of Royalties, 1990-1995 (Tariff 17)* (Re) (1996), 70 C.P.R. (3d) 501, 554, tableau 12 (Cop.Bd.). Ce montant n'a probablement pas augmenté de façon significative depuis.
56. Il s'agit des frais d'exploitation nets des revenus d'investissement et de loyer et ce, pour deux motifs. Premièrement, il s'agit d'une pratique généralement acceptée à travers le monde pour ces sociétés. Deuxièmement, et surtout, ce revenu étant imputé directement aux frais d'exploitation, il réduit de façon égale la part des frais d'exploitation de chacune des cagnottes.
57. Pendant son témoignage, M. Scapillati a maintenu que l'utilisation de musique incidente ne constituerait plus désormais une violation du droit d'auteur et que, par conséquent, la licence de la SOCAN ne serait plus nécessaire : tr. p. 2879. Cela est inexact, ne serait-ce que parce que l'article 30.7 exige que le geste soit non délibéré.

- | | |
|--|---|
| 58. Testimony of Mr. Hoffert, tr. p. 323. In a sense, then, it can also be said that sufficient compensation for the subsequent use of the music, through its performance, is already in place and that no additional compensation is necessary. | 58. Témoignage de M. Hoffert, tr. p. 323. On peut en conclure, dans un certain sens, que des mécanismes adéquats de compensation pour l'utilisation subséquente de musique, par le biais de son exécution, sont en place et qu'il n'y a pas lieu d'y ajouter. |
| 59. <i>Retransmission, 1992</i> , p. 196 | 59. <i>Retransmission, 1992</i> , p. 196 |
| 60. CAB argument, paragraph 206 | 60. Argumentation de l'ACR, paragraphe 206 |
| 61. The total of the 3 per cent adjustment for the incremental costs and the 1 per cent interest factor | 61. 3 pour cent au titre des coûts supplémentaires et 1 pour cent au titre du facteur d'intérêt |
| 62. Testimony of Mr. Rock, tr. pp. 1964-1965; Exhibit CAB-8 (MBL proposal) | 62. Témoignage de M. Rock, tr. p. 1964-1965; pièce CAB-8 (projet d'une LGM) |
| 63. CAB Argument Appendix C, p. 5 | 63. Argumentation de l'ACR, annexe C, p. 5 |

DISSENTING OPINION BY VICE-CHAIRMAN HÉTU

INTRODUCTION

As my colleagues, I think that the so-called “CTV” and “SODRAC” adjustments are unwarranted. I also would reject, for the reasons they outline, SODRAC’s objection to the production of evidence.

As to the rest, my conclusions are diametrically different. I find that the current tariff structure and rate are not only appropriate, but preferable to the approach put forward by CAB. In my view, both the reduction in the rate and the introduction of the modified blanket licence (MBL) are unwarranted, and will have disruptive and dangerous effects.

Background

I find it useful to review briefly the history of SOCAN’s tariff and to summarize the challenges brought to it by broadcasters over the last decade or so.

The Composers, Authors and Publishers Association of Canada (CAPAC) first proposed tariff aimed at commercial television stations was filed in 1951, and that of BMI Canada¹ in 1954. The certified tariffs for the years 1951 to 1955 state that consideration of the proposed tariffs was “adjourned *sine die*”. In 1956 and 1957, a tariff was approved for BMI Canada, while the certified tariffs mention that an agreement was reached as regards CAPAC. In 1958, after hearings, the parties agreed on a formula. For those three years, the royalties were a lump sum to be apportioned amongst all stations.

From 1959 until 1971, the tariff always reflected agreements reached between the television industry and the music societies. In 1959, the parties asked that the tariff be set at 2.1 per cent of a station’s revenues. As a result of further agreements, the tariff rose to 2.2 per cent in 1963 and 2.25 per cent in 1969. In 1972, BMI Canada asked for an increase that would have put the combined rate at 2.5 per cent. CAB objected and the *status quo ante* was maintained. A further agreement increased the rate to

DISSIDENCE DU VICE-PRÉSIDENT HÉTU

INTRODUCTION

Tout comme mes collègues, et pour les mêmes motifs, je considère injustifiés les ajustements proposés à l’égard du réseau CTV et de la SODRAC, et je rejeterais l’objection de la SODRAC à la production de certains éléments de preuve.

Pour le reste, j’en arrive à des conclusions diamétralement opposées. Je trouve la structure et le taux du présent tarif non seulement satisfaisants, mais supérieurs à ce que propose l’ACR. Selon moi, tant la réduction du taux que la création de la licence générale modifiée (LGM) sont des mesures injustifiées, nuisibles, voire dangereuses.

Le contexte

Je crois utile de refaire brièvement l’historique du tarif et de rappeler les contestations dont il a fait l’objet depuis une dizaine d’années de la part des télédiffuseurs.

L’Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC) dépose son premier projet de tarif visant les stations de télévision commerciales en 1951; BMI Canada¹ le fait en 1954. Les tarifs homologués entre 1951 et 1955 énoncent que l’étude de ces projets est «ajournée *sine die*». Les tarifs de 1956 et 1957 comportent un tarif télévision pour BMI Canada, et mentionnent que la CAPAC a conclu une entente. En 1958, après la tenue d’audiences, les parties s’entendent. Durant ces trois années, les stations versent chacune une quote-part d’un montant forfaitaire établi pour l’ensemble de l’industrie.

À partir de 1959 et jusqu’en 1971, le tarif reflète les termes d’ententes conclues entre l’industrie et les sociétés de gestion. En 1959, les parties demandent à ce que le tarif soit établi à 2,1 pour cent des recettes d’une station. D’autres ententes font passer le taux à 2,2 pour cent en 1963 puis à 2,25 pour cent en 1969. En 1972, BMI Canada formule une demande qui ferait passer le taux combiné à 2,5 pour cent. L’ACR s’oppose et le *statu quo* est maintenu. Une autre entente fait passer le taux à 2,35 pour cent en 1973 et

2.35 per cent in 1973 and 2.4 per cent in 1974. CAB challenged the rate in 1978, but the Copyright Appeal Board maintained it. Again as a result of agreements, the rate remained at 2.4 per cent from 1979 until 1984.

Since 1985, broadcasters have challenged the television tariff every single year. This resulted in seven different sets of hearings. In 1985, CAB asked for a rate of 1.75 per cent, half way between the rate of 2.4 per cent and the corresponding American rate, then estimated at around 1.09 per cent. The Global Television Network asked for a “limited licence covering only the use of music in non-Canadian programming”, to allow clearance at source of music contained in Canadian programming.² CJOH Television asked for a blanket licence that would allow for a reduction in payments as a function of the ratio of music cleared at source to the total amount of music used. The Copyright Appeal Board rejected these proposals, left the rate at 2.4 per cent and capped the royalties at their 1984 level. With industry revenues continuing to increase, the share of broadcasters’ revenues paid to performing rights societies went down to 2.18 per cent in 1985. For 1986, the Board removed the cap and set the rate at 2.1 per cent. Further requests for reductions were rejected in 1987, 1988 and 1989.

Finally, for the period from 1990 to 1993, CAB asked for the American formula, pure and simple. The tariff would be a fixed sum, set for all the industry, representing the same share of revenues than that paid by American broadcasters to ASCAP and BMI. Thereafter, the amount would be adjusted for inflation. That amount would be allocated among stations, based on the share of royalties they had paid in 1990. A “per program licence” (PPL) would allow a discount for programs containing no SOCAN music, thereby opening the door to direct or source licensing. The new Board stuck to the existing formula and rate.

As can be seen, requests for a licence that accounts for direct or source licensing are nothing new. All have been rejected; every time, the main reasons

à 2,4 pour cent en 1974. L’ACR demande une réduction du taux en 1978; la Commission d’appel du droit d’auteur rejette la demande. Suite à d’autres ententes, le taux demeure à 2,4 pour cent de 1979 à 1984.

Depuis 1985, les télédiffuseurs se sont constamment opposés au tarif, ce qui a entraîné la tenue de sept audiences. En 1985, l’ACR demande de ramener le taux à 1,75 pour cent, à mi-chemin entre le taux de 2,4 pour cent et le taux versé par les stations américaines, qu’on estime alors à environ 1,09 pour cent. Le réseau de télévision *Global* demande une «licence limitée couvrant uniquement l’usage de la musique dans la programmation non canadienne», de façon à permettre l’affranchissement à la source des droits d’exécution de la musique contenue dans la programmation canadienne.² La station CJOH recherche une licence générale permettant de réduire les redevances en fonction de la quote-part représentée par la musique affranchie par rapport à la quantité totale de musique utilisée. La Commission d’appel du droit d’auteur rejette ces demandes, maintient le taux à 2,4 pour cent tout en plafonnant les redevances aux montants versés en 1984. Comme les revenus de l’industrie continuent d’augmenter, la part de revenus que représentent les droits d’exécution passe à 2,18 pour cent en 1985. En 1986, la Commission élimine le plafonnement et réduit le taux à 2,1 pour cent. D’autres demandes de réduction formulées en 1987, 1988 et 1989 sont rejetées.

Enfin, pour la période allant de 1990 à 1993, l’ACR demande l’application pure et simple de la formule américaine. Un montant fixe de redevances serait établi pour toute l’industrie. Ce montant, représentant une part de revenus équivalente à celle versée par les télédiffuseurs américains à l’ASCAP et à la BMI, modifié annuellement pour tenir compte de l’inflation, serait réparti entre les stations en fonction des parts de redevances versées en 1990. Une licence «à la pièce» (PPL) aurait permis une réduction en fonction des émissions ne contenant pas de musique de la SOCAN, ce qui aurait permis d’affranchir directement ou à la source les droits d’exécution. La nouvelle Commission s’en est tenue à la formule tarifaire et au taux existants.

Comme on peut le voir, les demandes visant à tenir compte de l’affranchissement direct des droits d’exécution ont été fréquentes. Toutes ont été rejetées

were the same. First, direct or source licensing was not possible in Canada in light of existing institutional arrangements. Second, and as a result, there was no merit in putting in place a system that could only be used by foreign composers, to the possible detriment of Canadian composers.

It is apparently in response to this basic objection that CAB decided this time to put more emphasis on the benefits to be gained by Canadian composers and broadcasters by changing the current institutional arrangements, and on the ability of the Board to do so. A lot of the evidence retreaded familiar ground; the focus, however, was changed. Overt criticism of SOCAN as a monopoly was subdued, but a mass of evidence and argument criticized the evils of inefficiencies, cross-subsidization and mandated prices. The virtues of free-market negotiations, of providing composers with choices they are not asking for and of collective action (except the SOCAN type) were extolled.

CAB no longer questions the percentage of revenue formula but, bottom line, asks for a rate that would have Canadian broadcasters pay to SOCAN the same share of revenues paid by American broadcasters to ASCAP and BMI. CAB's MBL proposal is also slightly different, and somewhat more sophisticated than its 1993 PPL proposal.

ANALYSIS

One of CAB's reasons for asking both a lower rate and a MBL is that this would increase the importance of negotiated bargains in the front-end market. I address this question first. I then deal with CAB's specific proposals.

I. FAVOURING FRONT-END NEGOTIATIONS

A. Introduction

CAB wants performing rights to be negotiated in the front-end market wherever possible. In the case of

et toujours, pour l'essentiel, pour les mêmes motifs. Premièrement, la façon dont la SOCAN gère les droits d'exécution rend impossible l'affranchissement direct des droits. Deuxièmement, et par conséquent, il n'y a pas lieu de mettre en place un système que seuls les compositeurs étrangers pourraient utiliser, ce qui pourrait nuire aux compositeurs canadiens.

Cette fois-ci, et sans doute de façon à répondre à cette objection fondamentale, l'ACR a insisté sur les avantages que pourraient tirer les compositeurs et télédiffuseurs canadiens d'une modification de l'organisation institutionnelle actuelle, ainsi que sur la compétence de la Commission de l'effectuer. Dans son ensemble, la preuve reprend des thèmes familiers; le discours est toutefois différent. Plutôt que de critiquer ouvertement la SOCAN en tant que monopoleur, on a dénoncé, au moyen de divers preuves et arguments, les maux engendrés par l'inefficacité, l'interfinancement et les prix réglementés. On a aussi vanté les mérites de la négociation directe, de l'offre aux compositeurs de choix qu'ils ne demandent pas et même de l'action collective (sauf celle de la SOCAN).

L'ACR ne remet plus en cause la formule tarifaire fondée sur le pourcentage des revenus. Ce qu'elle demande, en fin de compte, c'est que les télédiffuseurs canadiens aient à payer à la SOCAN la même part de leurs recettes que celle que les télédiffuseurs américains ont à payer à l'ASCAP et à la BMI. La LGM mise de l'avant par l'ACR est par ailleurs légèrement différente et plus au point que la PPL proposée en 1993.

ANALYSE

C'est entre autres dans le but d'augmenter l'importance des transactions en amont que l'ACR demande tant une réduction du taux que la création de la LGM. Je traite d'abord de cette question, pour analyser ensuite l'une et l'autre des mesures mises de l'avant par l'ACR.

I. L'ENCOURAGEMENT DES TRANSACTIONS EN AMONT

A. Introduction

L'ACR veut que les droits d'exécution se transigent le plus souvent possible dans le marché en amont.

new programming, that could be done at the same time as the composition contract.³ CAB argues that such a system would benefit Canadian creators and be more efficient.

This begs the question of whether the Board should adopt tariffs that are intended to favour individuated bargaining of performing rights. This, in turn, requires that I determine who can (or should) decide whether or not a composer's performing rights should be subject to collective administration as well as who can (or should) determine or influence the nature of the deals being struck between composers and music societies.

B. Are Composers Entitled to Decide to Have their Performing Rights Administered Collectively, and only Collectively?

CAB states that there are two institutional features to the Canadian regime for the collective administration of music performing rights which prevent direct licensing in Canada. One of them is the fact that SOCAN secures from its members exclusive assignments of their performing rights. The first feature needs to be set in perspective, especially in the context of the rights granted to composers by the *Act* and of the choices it entitles them to make. The other is the blanket licence.⁴

First, the *Act* expressly grants to each composer the exclusive right to authorize or refuse to authorize any use of his or her works, at whatever conditions he or she sees fit to impose. Composers who would decide to manage their performing rights on their own exert absolute control over them.⁵

Second, the *Act* gives composers the right to decide whether or not to collectively administer their copyrights.⁶ Collective administration is subject to various regulatory frameworks; one applies specifically to music performing rights.⁷ Composers who opt for collective administration of their performing rights derive certain advantages; they also accept certain constraints. Performing rights societies cannot collect royalties without having a tariff certified by this Board. Moreover, they do not control access to their repertoire: a user only needs to offer to pay the price set in a tariff, and does not require a

Pour les nouvelles émissions, cela pourrait se faire en même temps que les droits de composition.³ L'ACR soutient que cette façon de procéder avantagerait les créateurs canadiens et serait plus efficace.

Encore faut-il déterminer si les tarifs que la Commission adopte devraient encourager la négociation directe des droits d'exécution. Pour ce faire, il me faut d'abord établir qui peut (ou doit) décider de faire gérer collectivement les droits d'exécution d'un compositeur et qui peut (ou doit) déterminer la nature des transactions entre compositeurs et sociétés d'exécution ou agir sur celle-ci.

B. Les compositeurs ont-ils le droit de décider eux-mêmes de faire gérer collectivement, de façon exclusive, leurs droits d'exécution?

L'ACR soutient que deux caractéristiques institutionnelles du régime canadien de gestion collective des droits d'exécution de la musique empêchent l'affranchissement des droits à la source. Il y a le fait que la SOCAN obtient des cessions exclusives du droit d'exécution. Et puis il y a la pratique des licences générales. Il convient tout d'abord de mettre en perspective la question des cessions exclusives, tant par rapport aux droits que la *Loi* accorde aux compositeurs qu'aux choix qu'elle leur offre.⁴

La *Loi* accorde à chaque compositeur le droit exclusif d'autoriser ou non l'utilisation de son répertoire, aux conditions qu'il juge à propos d'imposer. Celui qui décide de gérer lui-même ses droits d'exécution exerce sur ceux-ci un contrôle absolu.⁵

La *Loi* accorde aussi aux compositeurs le droit de décider d'avoir ou non recours à la gestion collective pour tout ou partie de leurs droits.⁶ La gestion collective est assujettie à divers régimes réglementaires, dont un vise précisément le droit d'exécution de la musique.⁷ Les compositeurs qui optent pour la gestion collective du droit d'exécution en tirent certains avantages, tout en acceptant certaines contraintes. Les sociétés de gestion ne peuvent percevoir de redevances sans avoir fait homologuer un tarif par la Commission. Elles ne contrôlent pas non plus l'accès à leur répertoire :

licence.⁸ Conversely, users gain guaranteed access to those societies' repertoire, at a guaranteed, fair and reasonable price.

This is the statutory backdrop against which composers have chosen to grant SOCAN exclusive assignments of their performing rights. This choice is expressed in the decisions of SOCAN's board of directors as well as through each composer's continued adherence to SOCAN's statutes.

Composers who opt for collective administration of their performing rights readily accept, in the interest of all members, that their ability to strike individual bargains be restricted. Allowing SOCAN to secure exclusive assignments prevents them from forms of cream skimming which would favour star composers but go against the interests of other, usually less experienced ones. Composers who testified, all of whom are part of that elite group that might profit from an end to exclusive assignments, strenuously defended the measure.

Exclusive assignments are the rule everywhere in the world, except in the United States, a few Latin American countries and (to some extent) in the United Kingdom.⁹ Both in the United States and in the United Kingdom, restrictions on the exclusive nature of assignments have been the result of antitrust decisions. In the United Kingdom, this was the result of complaints filed by a few superstar composers, not by users.

The exclusive character of assignments is not dictated by the *Act*. Therefore, in so far as this practice may be thought to lessen competition, the Director of Investigation and Research can challenge it. At the time of the merger of the Performing Rights Organization of Canada (PROCAN) and CAPAC, the Director did not give his blessing to the practice as such, but allowed it to stand. I agree with that decision. The reasons why composers feel that this measure is essential to protect their rights is obvious. By joining SOCAN, composers forego any control they may have over the use of their works. The only possible result of one-on-one negotiations for performing rights is a price that is lower than the

l'utilisateur n'a pas besoin d'une licence; il peut utiliser les œuvres du répertoire s'il offre de verser les redevances établies dans le tarif.⁸ Donc, les utilisateurs sont assurés d'avoir accès à ces répertoires, à un prix garanti, juste et équitable.

C'est dans ce contexte législatif que s'exerce le choix des compositeurs d'accorder à la SOCAN des cessions exclusives du droit d'exécution. Ce choix s'exprime tant dans les décisions du conseil d'administration de la SOCAN que par l'adhésion volontaire de chaque compositeur à la société et à ses règlements.

Les compositeurs qui optent pour la gestion collective du droit d'exécution acceptent volontiers, dans l'intérêt de tous, que leur capacité de transiger directement soit limitée. En permettant à la SOCAN d'obtenir des cessions exclusives, ils s'interdisent certaines formes d'écémage favorables aux compositeurs plus connus mais nuisibles aux autres. Les compositeurs qui ont témoigné devant la Commission font tous partie de ce petit groupe qui pourrait tirer profit de l'abolition des cessions exclusives; ils ont pourtant tous défendu farouchement cette mesure.

Les cessions exclusives sont la règle partout sauf aux États-Unis, dans certains pays d'Amérique latine et (dans une certaine mesure) au Royaume-Uni.⁹ Tant aux États-Unis qu'au Royaume-Uni, les limites imposées au caractère exclusif des cessions découlent de l'application du droit de la concurrence. Au Royaume-Uni, ces mesures ont été mises en place suite à des plaintes formulées non pas par des utilisateurs, mais par quelques super vedettes.

La *Loi* n'impose pas l'exclusivité des cessions. Le Directeur des enquêtes et recherches pourrait donc contester cette pratique s'il était d'avis qu'elle réduit la concurrence. Lors de la fusion de la Société de droits d'exécution du Canada (SDE) et de la CAPAC, le directeur, sans endosser la pratique, a permis qu'elle soit maintenue. Je suis d'accord avec cette décision. On comprend facilement les motifs qui amènent les compositeurs à considérer cette mesure essentielle à la protection de leurs intérêts. En adhérant à la SOCAN, ils renoncent à exercer quelque contrôle que ce soit sur l'utilisation de leurs œuvres. Le fait de transiger à la pièce les droits d'exécution entraînerait inévitablement une

price set in the SOCAN tariff.¹⁰ The exclusive assignment to SOCAN is the only way composers can avoid dealing with powerful users from a position of weakness.¹¹ In effect, the end of exclusive assignments would defeat the purpose of collective administration.¹² Composers cannot be asked to pay the price for collective administration without being ensured that they will also enjoy its benefits.

Composers have the right to organize themselves as they have. The choice to manage their performing rights, in some or all markets, on their own or collectively is theirs, and only theirs, to make. Indeed, that choice determines whether the Board has any power at all to set the price for those rights. As long as composers choose SOCAN as their instrument for collecting their performing rights royalties, the Board has to heed that choice and to set fair and reasonable prices and conditions.

The choice to resort to exclusive assignments is also one that should be made by composers, at least until the Director of Investigation and Research questions that choice. Composers are not asking for a tariff that allows them to strike individual bargains for their performing rights. Under the circumstances, this Board should neither tamper with this feature, nor make determinations whose purpose or effect is to urge copyright owners to abandon it.

This is why I cannot endorse the approach put forward by Professors Globerman and Stanbury. This Board's duty is to set a fair and reasonable price for the use of SOCAN's repertoire, not to take measures, be they a reduction in the rate or giving access to a MBL, aimed at increasing direct negotiations. I remain of that view even if, as some would argue, this could result in a more efficient system.

C. Favouring Front-End Negotiations Is Unwarranted as a Matter of Policy

Given present circumstances, composers have many good reasons to prefer current institutional arrangements over any measure which might favour

rémunération inférieure au prix fixé dans le tarif de la SOCAN.¹⁰ La cession exclusive de leurs droits à la SOCAN est la seule façon d'éviter de traiter à partir d'une position de faiblesse avec des utilisateurs puissants.¹¹ En fin de compte, mettre fin aux cessions exclusives irait à l'encontre des buts de la gestion collective.¹² On ne peut demander aux compositeurs de payer le prix de la gestion collective sans leur garantir qu'ils en tireront les avantages.

Les compositeurs ont le droit de s'organiser comme ils l'ont fait. C'est à eux, et seulement à eux, que revient la décision de gérer leurs droits d'exécution, dans un marché donné, par eux-mêmes ou collectivement. C'est même de cette décision dont dépend la compétence de la Commission pour établir le prix à payer pour l'utilisation de ces droits. Tant et aussi longtemps que les compositeurs choisissent d'utiliser la SOCAN pour gérer ces droits, la Commission doit respecter ce choix et établir des prix et des conditions justes et raisonnables.

C'est aussi aux compositeurs qu'il revient de décider d'avoir ou non recours à des cessions exclusives, à moins que le Directeur des enquêtes et recherches ne remette en cause cette décision. Les compositeurs ne veulent pas d'un tarif qui leur permettrait de transiger eux-mêmes leurs droits d'exécution. Dans ces circonstances, la Commission ne devrait pas modifier cet aspect du régime, ni prendre des décisions dont l'objet ou l'effet est d'encourager les titulaires de droits à le modifier.

C'est pour cette raison que je ne peux endosser le point de vue des professeurs Globerman et Stanbury. La Commission a pour rôle de déterminer un prix juste et raisonnable pour l'utilisation du répertoire de la SOCAN, non de prendre des mesures (réduction du taux, création de la LGM ou autre) visant à accroître le nombre de transactions directes. J'en demeure convaincu même si, comme certains le prétendent, ces mesures pourraient rendre le système plus efficace.

C. Des motifs de politiques publiques s'opposent à ce qu'on encourage les transactions en amont

Compte tenu de la situation actuelle, les compositeurs ont plusieurs bonnes raisons de préférer s'en remettre aux mécanismes actuels plutôt qu'à des

front-end negotiations. First, existing front-end relationships are already skewed in favour of broadcasters. Second, the change would be expensive. Third, alternatives to collective administration are less attractive. Fourth, there is no reason to believe that the result would be more efficient.

1. The Nature of Current Front-End Relationships

Some business deals do occur in the front end during which the issue of performing rights could, as a matter of practice, be addressed. However, the nature of those dealings and current market conditions are such that composers have reason to fear measures that could increase their relative importance.

First, the testimony of composers during these proceedings vividly highlighted the fact that they, to use a well-worn phrase, are doing more with less. The working conditions of composers who are commissioned to write music for television producers have deteriorated over the last decade or so. Composing fees have been going down, while the composition contract now covers a much wider package of services: in effect, composers now assume the entire music production process. In addition, composers are now required, most of the time, to give up the publisher's share of their right to remuneration to the producer.¹³

Second, in dealings between broadcasters and composers, broadcasters wield considerably more market power. I prefer the analysis of Professor Liebowitz on this point. I find it much more convincing than that of CAB's witnesses. Professor Liebowitz clearly identified the factors to be taken into account in assessing market power, such as "freedom of entry, ability to coordinate behaviour and asymmetry in information and size",¹⁴ all of which clearly favour broadcasters. He also offered a thorough analysis of concentration of demand at the local, regional and national levels, concluding that composers "face serious problems of market power",¹⁵ especially in the local and regional markets. That distinction is crucial: in all probability, the first programming for which the MBL will be used is news and information, which is largely produced in the local, "extremely concentrated" market.¹⁶

mesures, quelles qu'elles soient, visant à encourager les transactions directes. Les rapports de force existants favorisent déjà les télédiffuseurs. Un changement de régime serait coûteux. Les solutions de rechange à la gestion collective sont moins attrayantes. Enfin, rien ne porte à croire qu'il en résulterait un système plus efficace.

1. La nature des rapports existants en amont

Certaines transactions ont lieu en amont. En pratique, elles pourraient aussi traiter des droits d'exécution. Toutefois, compte tenu de la nature de ces rapports et des conditions actuelles du marché, les compositeurs ont raison de craindre toute mesure qui pourrait en accroître l'importance.

Premièrement, les témoignages des compositeurs entendus durant la présente affaire ont illustré de façon claire le fait que ces derniers, pour reprendre un lieu commun, doivent faire plus avec moins. Les conditions de travail des compositeurs de musique pour la télévision se sont altérées depuis une dizaine d'années. Les droits de composition ont diminué, et le contrat de composition traite maintenant d'un éventail beaucoup plus large de services : en pratique, le compositeur prend en charge tout le processus de production de la musique. Qui plus est, le producteur exige maintenant, la plupart du temps, qu'on lui cède la part des redevances revenant à l'éditeur.¹³

Deuxièmement, le rapport de forces dans ce marché favorise les télédiffuseurs, au détriment des compositeurs. À cet égard, je retiens l'analyse du professeur Liebowitz, qui me paraît beaucoup plus convaincante que celle des témoins de l'ACR. Il a clairement identifié les facteurs dont il faut tenir compte dans l'évaluation du pouvoir de marché : liberté d'accès, capacité de se concerter, asymétrie de l'information, de la taille, etc.¹⁴ Sur tous ces points, les télédiffuseurs ont un net avantage. Il s'est aussi livré à une analyse approfondie de la concentration de la demande dans les marchés locaux, régionaux et national, et a conclu que les compositeurs sont confrontés à de sérieux problèmes de pouvoir sur le marché,¹⁵ particulièrement au niveau local et régional. Cette distinction est capitale, puisque c'est fort probablement à l'égard de la programmation de nouvelles et d'information qu'on fera d'abord usage de la LGM; or, cette programmation est produite surtout localement, un marché que le professeur Liebowitz a qualifié d'extrêmement concentré.¹⁶

Composers who testified on this issue reaffirmed their inability to truly bargain in the front-end market. Significantly, none of CAB's witnesses contradicted these statements. For their part, Professors Globerman and Stanbury admitted that only a few composers could wield market power.¹⁷

The presence of a regulated back-end payment protects composers from the excessive bargaining power that broadcasters might wield in a one-on-one negotiation. Not surprisingly, SOCAN sees in the measures put forward by CAB, and especially in the MBL, an attempt to circumvent that protection.

I am unmoved by CAB's undertaking, made on behalf of its members, to negotiate in good faith. That undertaking is binding on no one. This Board can clamour its expectations high and loud, but there are no guarantees that they will be heeded.

Third, composers are not asking for this to happen. CAB assures us that what it proposes will not jeopardize composers' previous choices and will only serve to address their individual preferences. Yet, to do so requires that this Board ignore the composers' expressed preference not to allow themselves those individual choices. Even star composers, who alone could benefit from a change in the current regime, are asking this Board, as they did in 1986,¹⁸ not to tamper with current institutional arrangements.

2. A Change Would Be Expensive

It cannot be cheaper to administer a regime which involves multiple payments instead of a single one. My colleagues recognize this from the outset with their 3 per cent administrative premium.

Furthermore, there can be no reduction in SOCAN's overall operating costs as a result of this measure. SOCAN will continue to proceed to its usual census for the purposes of distribution, thereby monitoring uses for which its licence is no longer required. Moreover, SOCAN's services will continue to be

Les compositeurs qui ont témoigné à ce sujet ont confirmé leur incapacité de se livrer à de véritables négociations dans le marché de la composition. Fait à remarquer, aucun des témoins de l'ACR ne les a contredits. Quant à eux, les professeurs Globerman et Stanbury ont concédé que très peu de compositeurs détiendraient une certaine puissance de marché.¹⁷

L'existence même d'un paiement réglementé pour l'exécution publique prémunit les compositeurs contre l'emprise excessive que les télédiffuseurs peuvent exercer dans des négociations directes. Il n'est pas surprenant que la SOCAN voie dans les mesures mises de l'avant par l'ACR, et particulièrement dans la LGM, une tentative de détournement de cette protection.

L'engagement que l'ACR a pris au nom de ses membres de négocier de bonne foi me laisse froid. Il ne lie personne. La Commission peut exprimer des attentes à cet égard; mais rien ne garantit qu'on en tiendra compte.

Troisièmement, les compositeurs ne demandent pas ce changement. L'ACR nous assure que ses propositions permettent simplement de composer avec les préférences individuelles des compositeurs sans mettre en péril les choix qu'ils ont déjà faits. Pourtant, la Commission ne peut donner suite à ces propositions sans faire fi de la décision expresse des compositeurs de s'interdire de tels choix. Même les compositeurs de renom, qui seuls pourraient tirer avantage des changements proposés, demandent à la Commission, comme ils l'avaient fait en 1986,¹⁸ de ne pas toucher à la structure institutionnelle en place.

2. Un changement serait coûteux

Il ne peut être plus économique de gérer un régime qui exige plusieurs paiements au lieu d'un seul. D'entrée de jeu, mes collègues concèdent ce point lorsqu'ils appliquent une prime de 3 pour cent au titre des dépenses d'exploitation supplémentaires.

La mesure proposée ne peut d'ailleurs amener une réduction des frais d'exploitation de la SOCAN. La SOCAN continuera de procéder à son habituel recensement pour fins de distribution; ce faisant, elle répertoriera des exécutions qui ne sont plus visées par sa licence. Par ailleurs, il faudra continuer d'avoir

required to monitor uses of source-cleared music outside of Canada, if not in the television market, certainly in other markets. Again, my colleagues recognize this through a further 22 per cent adjustment on account of SOCAN's general operating costs.

While it is impossible to predict whether the measure might prove more efficient for individual rights holders, the measure clearly makes SOCAN's administration less efficient, since it does not reduce costs while it reduces revenues.

3. Alternatives to Collective Administration of Copyright Are Less Attractive

CAB argues that there are at least four courses of action open to composers if they have to bargain in the front-end market. First, they can share information on contracts. Second, they can retain lawyers or agents to negotiate on their behalf. Third, they can collectively bargain minimum terms and conditions with producers, on the ACTRA model. Fourth, they can rely on the *Status of the Artist Act (SAA)* in their dealing with federally regulated broadcasters.

CAB fails to explain why composers should wish to resort to those methods in place of a system with which they say they are entirely satisfied, especially given the ground composers have lost to producers over the last several years in their commissioned music contracts. Nevertheless, I wish to outline what are, in my view, the weaknesses of the last two options.¹⁹

In starting, I note that CAB is arguing that the importance of collective administration can be reduced without risk to the composers for the reason that composers can form unions. Even assuming that those unions could wield all the power that CAB says they could, I must admit that replacing one form of collective bargaining that is both proven and of universal application with another form that is both experimental and narrowly focused strikes me as being rather illogical.

In any event, the two models put forward as alternatives each suffer from limitations that are

recours aux services de la SOCAN pour répertorier les utilisations à l'étranger de musique affranchie à la source, sinon dans le marché de la télévision, du moins dans les autres marchés. Encore une fois, mes collègues concèdent ce point lorsqu'ils appliquent une prime de 22 pour cent au titre des frais généraux d'exploitation de la SOCAN.

Il se peut que la mesure soit plus efficace pour certains titulaires de droits. Il est toutefois évident qu'elle rend la gestion de la SOCAN moins efficace, puisqu'elle entraîne une diminution de revenus sans réduction des coûts.

3. Les solutions de rechange à la gestion collective du droit d'auteur sont moins attrayantes

L'ACR prétend que quatre voies s'ouvrent aux compositeurs qui auraient à transiger leurs droits d'exécution en même temps que leurs droits de composition. Ils pourraient échanger des renseignements sur les transactions conclues, retenir les services d'avocats ou d'agents, négocier collectivement des conditions minimales de travail comme l'a fait l'ACTRA, ou encore se prévaloir des dispositions de la *Loi sur le statut de l'artiste (LSA)* dans leurs rapports avec les télédiffuseurs, lesquels sont assujettis à la réglementation fédérale.

L'ACR n'explique toutefois pas les motifs qui pourraient amener les compositeurs à recourir à de tels moyens en lieu et place d'un système dont ils se disent tout à fait satisfaits, surtout à la lumière de la réduction de leurs droits de composition depuis quelques années. Je tiens néanmoins à souligner ce que je crois être les faiblesses des deux dernières options mises de l'avant par l'ACR.¹⁹

Tout d'abord, je note que l'ACR soutient qu'on peut réduire le rôle de la gestion collective sans risque pour les compositeurs au motif que ceux-ci peuvent se syndiquer. En admettant même que ces syndicats soient en mesure d'exercer toute l'emprise que leur prête l'ACR, je dois admettre qu'il me paraît plutôt illogique de vouloir remplacer une forme de négociation collective éprouvée et de portée universelle par une autre, qui n'a pas fait ses preuves et dont la portée est réduite.

De toute façon, les deux modèles mis de l'avant comme solutions de rechange comportent des limites

inherent to their very nature, and which are successfully addressed by collective administration under the *Act*.

Both models have for their main focus the provision of services, not the use of goods. And both suffer a serious disadvantage when it comes to monitoring uses in other markets or outside of Canada.²⁰ Bargaining agents such as ACTRA or the *Société professionnelle des auteurs et compositeurs du Québec* (SPACQ) do not have the network of contacts or the sort of arrangements that SOCAN enjoys with other music societies around the world. Neither are they equipped to collect for the thousands of small uses which may be made of music originally composed for a popular television show. As a result, SOCAN's services will continue to be required. Such duplication can only result in inefficiency.

Even if "scale agreements" can provide forms of remuneration that are linked to the successful marketing of the program,²¹ they cannot deal with copyright if composers have already assigned those rights to another person, including SOCAN. Even for those composers who still control their copyrights, the SAA model cannot efficiently ensure the collection of royalties for uses in other markets or outside Canada. Nothing more is required to understand why composers reject the ACTRA and SAA models when it comes to dealing with their copyrights.²²

Also relevant is the fact that the SAA applies only to federally regulated producers. Broadcasters can circumvent the legislation merely by not producing their own programs and ordering them from independent producers. Significantly, this practice is not merely spreading; it is being encouraged by the CRTC.

In any event, the SAA model probably requires the creation of a new organization. I somehow doubt that the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal would certify as an artists' bargaining agent an organization such as SOCAN, whose membership comprises "producers" within the meaning of the SAA.

déoulant de leur nature même, limites que la gestion collective en vertu de la *Loi* contourne de façon efficace.

Ces modèles visent avant tout la fourniture de services plutôt que l'utilisation de biens. L'un comme l'autre se prêtent mal au contrôle de l'utilisation des œuvres dans d'autres marchés domestiques ou à l'étranger.²⁰ Les associations comme l'ACTRA ou la Société professionnelle des auteurs et compositeurs du Québec (SPACQ) ne disposent pas, à travers le monde, de réseaux de contacts ou d'ententes de réciprocité du même ordre que ceux qui existent entre la SOCAN et les autres sociétés d'exécution. Elles ne disposent pas non plus de moyens leur permettant de percevoir les redevances au titre de milliers de petits usages qui peuvent être faits de musique composée pour une émission de télévision populaire. Il faudra donc continuer d'avoir recours aux services de la SOCAN. Ce double emploi est nécessairement inefficace.

En supposant même que les «accords-cadre» puissent prévoir des formes de rémunération liées à la vente de l'émission,²¹ ils ne peuvent traiter du droit d'auteur s'il a déjà été cédé à la SOCAN ou à une autre personne. Même dans le cas contraire, l'association accréditée en vertu de la *LSA* n'est pas en mesure, comme on l'a déjà dit, de percevoir efficacement les redevances attribuables à des usages faits dans d'autres marchés domestiques ou à l'étranger. Cela suffit pour comprendre pourquoi les compositeurs ne veulent pas transiger leurs droits à la façon de l'ACTRA ou en se prévalant de la *LSA*.²²

Il ne faut pas non plus perdre de vue que la *LSA* vise uniquement les producteurs de juridiction fédérale. Les télédiffuseurs peuvent en contourner l'application en cessant simplement de produire leur propre programmation et en ayant recours aux services de producteurs indépendants. Non seulement cette pratique prend de l'ampleur; elle est même encouragée par le CRTC.

De toute façon, le recours à la *LSA* nécessite probablement la création d'une nouvelle société ou association. J'ai du mal à croire que le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs accréderait comme agent négociateur une société qui compte parmi ses membres des «producteurs» au sens où l'entend la *LSA*.

In the end, it becomes very much an issue of efficiency. I fail to see how a system that requires certification of an association, the signing of a collective agreement and individual negotiations²³ can be more efficient than one which only requires the certification of a tariff, especially since for international uses and uses in other domestic markets, SOCAN's services will still be required.

4. SOCAN's Inefficiency

Professors Globerman and Stanbury criticized SOCAN for being inefficient and for practising systematic cross-subsidization. Their main arguments in this respect were as follows. First, the services provided by SOCAN could be provided more cheaply. Second, the merger of CAPAC and PROCAN has not generated the expected economies of scale. Third, not all composers need all of SOCAN's services; they should be allowed to buy only some of them. Fourth, since the relative cost of collecting and distributing royalties cannot be the same across the board, this necessarily entails that royalties collected through some tariffs subsidize the operation of other tariffs. This, in their view, interferes with a proper matching of royalties to value. They maintain that composers whose works are undervalued by SOCAN will be better off negotiating directly with producers.

This analysis takes too narrow a view of collective administration. The argument about inefficiency may be valid when looked at from the single perspective of the domestic television market for specific works from specific composers. However, the efficiency sought by each composer is to collect performing rights for all his or her works, from all uses, domestic as well as foreign, all at the lowest possible overall cost. Looked at from this broader perspective, the composer's choice in favour of collective administration certainly seems to be efficiency based.

La question finalement en est une d'efficacité. Je ne vois pas comment on peut soutenir qu'un système nécessitant l'accréditation d'une association, la conclusion d'une entente collective et des transactions individuelles²³ puisse être plus efficace qu'un système requérant uniquement l'homologation d'un tarif, d'autant plus qu'il faudra de toute façon continuer d'avoir recours à la SOCAN pour les usages faits à l'étranger et dans les autres marchés domestiques.

4. L'inefficacité de la SOCAN

Les professeurs Globerman et Stanbury ont reproché à la SOCAN d'être inefficace et de pratiquer l'interfinancement de façon systématique. Pour l'essentiel, leurs arguments au soutien de ce point de vue sont les suivants. Premièrement, les services offerts par la SOCAN pourraient l'être à moindre coût. Deuxièmement, la fusion de la CAPAC et de la SDE n'a pas entraîné les économies d'échelle auxquelles on s'attendait. Troisièmement, chaque compositeur n'a pas besoin de tous les services offerts par la SOCAN; on devrait leur permettre de choisir ceux qui leur conviennent. Quatrièmement, les redevances perçues au titre de certains tarifs subventionnent nécessairement la gestion de certains autres, puisque le coût relatif des perceptions et des distributions des redevances ne peut être le même pour tous les tarifs. Ils soutiennent que les pratiques de la SOCAN empêchent d'assortir correctement les redevances et la valeur des usages effectués. Les compositeurs dont les œuvres sont sous-évaluées par la SOCAN tireraient donc profit d'un régime leur permettant de traiter directement avec les producteurs.

L'analyse qui précède procède d'un point de vue trop étroit de la gestion collective. L'argument d'inefficacité a peut-être un certain sens quand on le regarde uniquement du point de vue du marché de la télévision domestique, pour des œuvres précises et pour des compositeurs précis. Par contre, chaque compositeur cherche avant tout à optimiser la perception des droits d'exécution pour toute utilisation de ses œuvres partout dans le monde. Vue de cette façon plus large, la décision des compositeurs d'avoir recours à la gestion collective semble clairement fondée sur des considérations d'efficacité.

The same holds true when the issue is examined from the angle of possible cross-subsidization. Looked at narrowly, it may run against a composer's immediate interests. However, because any cross-subsidization is practiced across uses, across works and over time, it may not work overall to the detriment of the composer. Composers who may be subsidizing someone else today may well have been on the receiving end yesterday or end up on it tomorrow. Composers in the television market who subsidize someone else may be subsidized in other markets, whether for the same work or for other works.

In any event, inefficiency and cross-subsidization, assuming that they do exist, are of interest, first and foremost, to SOCAN members. It is neither for the Board, nor for CAB to complain about it. If composers are concerned about such issues, their remedies are several. They can change SOCAN's board of directors. They can ask that the Director of Investigation and Research look into the matter. They can set up a new music society.²⁴ They can even ask this Board to adopt tariffs that allow them to effectively negotiate one-on-one with users.²⁵ Composers have done none of this.

Inefficiency and cross-subsidization within SOCAN are relevant to CAB only if one or the other results in broadcasters paying a higher price than they would otherwise. This Board has always set tariffs without regard to SOCAN's operating expenses. In the present case, even though SOCAN's operating expenses have, according to CAB, increased over the last five years, the tariff has remained the same.

CAB also questioned whether all composers need all of the services provided by SOCAN. Again, composers have chosen to spend the revenues they generate. That is none of CAB's, or this Board's, business.

D. Conclusion

CAB is asking the Board to allow composers certain "choices", with a view to increasing individuated negotiations. Composers who testified in these proceedings, all of whom are part of that elite group

Il en est de même pour l'interfinancement. Dans un raisonnement à courte vue, cela peut nuire aux intérêts d'un compositeur. Toutefois, comme ces subsides se pratiquent pour tous les types d'utilisation, pour toutes les œuvres et tout le temps, il est possible que tous les compositeurs en tirent dans l'ensemble certains bénéfices. Celui qui en subventionne un autre aujourd'hui a fort bien pu bénéficier d'un tel subside hier ou pourrait en bénéficier demain. Ceux qui, parce qu'ils œuvrent dans le marché de la télévision, subventionnent d'autres compositeurs sont peut-être eux-mêmes subventionnés dans d'autres marchés, que ce soit à l'égard des mêmes œuvres ou d'autres œuvres.

De toute façon, l'inefficacité et l'interfinancement, pour autant qu'ils existent, concernent d'abord et avant tout les membres de la SOCAN. Il n'appartient ni à la Commission, ni à l'ACR de s'en plaindre. Les compositeurs qui s'en préoccupent, s'il en est, disposent de plusieurs recours. Ils peuvent changer la composition du conseil d'administration de la SOCAN, demander au Directeur des enquêtes et recherches d'examiner la question, créer une nouvelle société de gestion²⁴ ou même demander à la Commission d'homologuer des tarifs leur permettant de transiger de personne à personne avec les utilisateurs.²⁵ Rien de cela n'a été fait.

L'inefficacité et l'interfinancement pratiqués par la SOCAN concernent l'ACR uniquement si, à cause de l'un ou de l'autre, les télédiffuseurs paient leur musique plus cher. La Commission a toujours établi les tarifs sans égard aux frais d'exploitation de la SOCAN. Le tarif sous examen est resté le même depuis cinq ans et ce, malgré la prétention de l'ACR portant que ces frais ont augmenté.

L'ACR se demande par ailleurs si tous les compositeurs ont besoin de tous les services offerts par la SOCAN. Encore une fois, les compositeurs ont décidé de dépenser de cette façon les revenus qu'ils produisent. Cela ne regarde en rien l'ACR ou la Commission.

D. Conclusion

L'ACR demande à la Commission d'offrir certains «choix» aux compositeurs, dans le but d'accroître les négociations directes. Tous les compositeurs qui ont témoigné devant nous font partie de ce groupe sélect

which, assuming that CAB is right, would stand to gain most from CAB's proposals, tell us that they have already made their choice and want to continue the arrangements they currently have with SOCAN. In my view, the reason for this is clear: they do not want broadcasters to be able to use their market power to force their choices on them.

To me, therefore, the issue is not whether the Board should adopt a tariff structure that will favour or increase individuated negotiations in the front end, which I find unwarranted as a matter of policy, but whether CAB's proposals have any merit on their own.

II. THE BLANKET LICENCE RATE SHOULD BE MAINTAINED

A. Introduction

In 1993, the Board stated that "any changes that might have occurred since (the 1986 hearings) are either not relevant to the issue, or not significant enough to justify a reduction in the rate".²⁶ That statement remains true today. If anything, the record of these proceedings only serves to reinforce my conviction that the rate should remain at the current level.

Thus, I agree with Professor Liebowitz that the current balance between the front-end and back-end markets is working fine and ought not to be disturbed. I also agree that the front-end market can take care of any adjustments in the total compensation composers receive, especially given the market power wielded by broadcasters and producers. My view in this respect is further reinforced by the revelation that broadcasters now generally manage to acquire the publisher's share of the remuneration right for commissioned music in their own productions, thereby actually reducing the price they pay for performing rights. Nothing prevents them, when they purchase programming for their stations, from obtaining the same from Canadian or American producers: Canadian producers generally acquire the publisher's share, while American producers usually are first owners of the copyright.²⁷

qui, si l'ACR a raison, profiterait le plus des mesures qu'elle met de l'avant; tous nous disent que leur choix est déjà fait et qu'ils désirent s'en tenir aux arrangements déjà conclus avec la SOCAN. La raison pour ce faire me paraît évidente : ils ne veulent pas que les télédiffuseurs profitent de leur force de marché pour leur imposer leurs propres choix.

Par conséquent, je suis d'avis que la seule question en litige n'est pas de savoir si la Commission devrait homologuer une structure tarifaire qui facilite ou accroît l'importance des transactions individuelles en amont, ce que je n'estime pas être dans l'intérêt public, mais bien de savoir si les mesures mises de l'avant par l'ACR ont un mérite en soi.

II. LE TAUX DE LA LICENCE GÉNÉRALE DEVRAIT DEMEURER À SON NIVEAU ACTUEL

A. Introduction

En 1993, la Commission déclarait que «les changements intervenus depuis 1986 sont ou bien non pertinents, ou bien pas assez significatifs pour justifier une réduction du taux». ²⁶ C'est toujours le cas. Le dossier de la présente affaire ne fait que raffermir ma conviction que le taux devrait rester le même.

Ainsi, je partage l'avis du professeur Liebowitz selon lequel les marchés en amont et en aval sont en équilibre, que cet équilibre est satisfaisant et qu'il n'y a pas lieu de le perturber. Je suis moi aussi d'avis que les transactions directes suffisent à effectuer les corrections qui pourraient s'imposer dans le montant total des compensations reçues par les compositeurs, surtout si l'on tient compte du pouvoir que les télédiffuseurs et les producteurs exercent sur ce marché. J'en suis d'autant plus convaincu ayant appris que les télédiffuseurs réussissent en général à se faire céder la part de l'éditeur du droit de rémunération pour la musique qu'ils commandent pour leurs propres productions, ce qui réduit le coût réel de leurs droits d'exécution. Rien ne les empêche d'ailleurs d'obtenir ces mêmes droits lorsqu'ils achètent de la programmation de producteurs canadiens ou américains : les premiers se font habituellement céder la part de l'éditeur, et les seconds sont habituellement les premiers titulaires du droit d'auteur.²⁷

Furthermore, programming costs have increased as a percentage of revenues, due to increased demand for programming. At the same time, performing rights went down as a share of program expenses.²⁸ All other things being equal, an increase in demand for programming should bring about an increase in the price of individual programming inputs, including music. I see no reason why composers should not share in the benefits from an increase in demand.

I now turn to the arguments CAB put forward in support of a reduction in the rate. I note in passing that CAB's economic experts did not argue that the current rate is too high, only that the system would work more efficiently if the rate were reduced because it would promote individuated bargaining.

B. A Change in the Environment

Clearly, the economic and political environment in which broadcasters operate today is quite different from what it was 15 or 20 years ago. It is also clear that competition has increased at an accelerated rate and will continue to increase in the years to come. CAB believes that this requires a reassessment of the 1993 findings. For the reasons that follow, I disagree.

1. The New Public Policy Directions

Changes in policy have modified the environment within which broadcasters operate. CAB cited two such policies in support of its proposals.²⁹ Given the task at hand, these policies are neither meaningful nor relevant.

Thus, the "increased reliance on market forces" can hardly be relevant, since the *Act* requires that the Board set the price for performing rights when they are collectively administered. The Board's mandate is to set fair prices for performing rights, not to rely on the market to do so. The Canadian market for music performing rights is regulated once those rights are administered collectively; the Board would abdicate its responsibilities if it relied on private deals to set them.

Qui plus est, une augmentation de la demande pour la programmation télévisuelle a fait en sorte que les stations consacrent une part plus importante de leurs revenus aux coûts de programmation. Pendant ce temps, le rapport entre les droits d'exécution et les coûts de programmation a diminué.²⁸ Toutes choses étant égales par ailleurs, une augmentation de la demande pour la programmation devrait entraîner une hausse du prix de chacun des intrants de programmation, la musique y compris. Je ne vois pas pourquoi les compositeurs ne devraient pas obtenir leur part des bénéfices découlant d'une augmentation de la demande.

J'en viens maintenant aux arguments mis de l'avant par l'ACR au soutien d'une diminution du taux. Je note en passant que les experts de l'ACR n'ont pas soutenu que le taux actuel était trop élevé; ils ont uniquement prétendu qu'une réduction augmenterait l'efficacité du système en encourageant la négociation directe.

B. L'évolution de l'environnement

Il va sans dire que le cadre économique et politique dans lequel les télédiffuseurs évoluent est bien différent de ce qu'il était il y a 15 ou 20 ans, que la concurrence s'est accrue à un rythme accéléré et qu'elle continuera de croître dans les années à venir. L'ACR prétend que ces constats exigent une réévaluation des décisions prises en 1993. Je ne suis pas d'accord, pour les motifs qui suivent.

1. Le nouveau cadre politique

Des changements de politiques publiques ont modifié le cadre dans lequel les télédiffuseurs évoluent. L'ACR fonde ses propositions sur deux de ces politiques;²⁹ ni l'une, ni l'autre n'est significative ou pertinente par rapport à la question qui nous préoccupe.

Le fait qu'on ait décidé «de s'en remettre de plus en plus aux forces du marché» n'est pas pertinent ici, puisque la *Loi* exige que la Commission établisse le prix à payer pour les droits d'exécution lorsqu'ils sont gérés collectivement. La Commission a pour mandat d'établir des prix équitables pour ces droits, pas de confier cette tâche aux marchés. Le marché canadien pour ces droits est réglementé lorsqu'ils sont gérés collectivement; en s'en remettant à la négociation directe pour en fixer le prix, la Commission abdiquerait ses responsabilités.

I also wonder how the “aggressive encouragement of Canadian programming” should result in a lower price for performing rights. The CRTC wants to help create more opportunities for the various players in the television industry and to provide Canadian consumers with more choices. Reducing the rate in SOCAN’s tariff has nothing to do with this. It simply takes money from the creators’ pockets and puts it in the broadcasters’, who may or may not put that money back into Canadian production. The Board does not have the tools to control the manner in which the monies freed up by a rate cut will be spent.

In any event, the sums involved are not important enough in the television production market to make any difference. Thus in 1996, a reduction in the rate from 2.1 per cent to 1.8 per cent would remove \$3.96 million from the television pool. This amounts to 13.7 per cent of the funds available for distribution in the pool, but represents less than 0.8 per cent of Canadian programming expenditures by private broadcasters and 0.28 per cent of station revenues.³⁰ Even if the savings were to be dedicated to Canadian programming, only a small share would find its way back to composers.

2. Competition and Financial Performance

Competition for audience and advertising market shares is relevant in setting a fair tariff. However, a rate-based formula is responsive to competitive pressures. Moreover, a cut in the rate can hardly be justified when the record shows that the financial performance of conventional broadcasters has actually improved over the last decade, despite increased competition.

Changes in audience share must be used cautiously when assessing what the rate should be. In and of itself, a change in viewing data cannot justify a change in the rate. A rate is used precisely because it automatically adjusts to market conditions. An assumption is made, which is shared by everyone who participated in these proceedings, that changes in viewing result in changes in revenues, which in turn bring about changes in the amount of royalties.³¹ I

Je ne vois pas non plus pourquoi le fait «d’encourager de façon agressive la programmation canadienne» devrait entraîner une diminution du prix payé pour les droits d’exécution. Le CRTC cherche à créer de nouvelles occasions pour les participants dans l’industrie de la télévision et à fournir davantage de choix aux consommateurs canadiens. Réduire le taux du tarif de la SOCAN n’a rien à voir avec cela. Une telle réduction ne fait que transférer de l’argent des poches des créateurs à celles des télédiffuseurs, qui pourront décider ou non de s’en servir pour des productions canadiennes. La Commission ne dispose pas des outils lui permettant de contrôler la façon dont seront dépensées les sommes dégagées par une réduction du taux.

De toute façon, ces montants ne sont pas suffisamment importants dans le marché de la production télévisuelle pour changer quoi que ce soit. En 1996, une réduction de 2,1 pour cent à 1,8 pour cent aurait retranché 3,96 millions de dollars de la cagnotte télévision, soit 13,7 pour cent des sommes pouvant être distribuées. Ce montant représente moins de 0,8 pour cent des dépenses de programmation des télédiffuseurs privés canadiens et 0,28 pour cent des revenus des stations.³⁰ Même si ces sommes étaient entièrement affectées à la programmation canadienne, seule une mince part reviendrait aux compositeurs.

2. La concurrence et le rendement financier

La concurrence pour l’auditoire et les parts du marché de la publicité sont des facteurs pertinents à l’établissement d’un tarif équitable. Cela étant dit, une formule tarifaire fondée sur un taux réagit aux pressions concurrentielles. Qui plus est, on peut difficilement justifier une réduction du taux quand le dossier démontre que le rendement financier des télédiffuseurs conventionnels s’est en fait amélioré au cours des dix dernières années et ce, malgré un accroissement de la concurrence.

Il faut faire preuve de circonspection lorsqu’on songe à utiliser les variations de parts d’auditoire pour établir le taux d’un tarif. Les fluctuations d’écoute ne peuvent à elles seules motiver un changement du taux. Le taux permet précisément un ajustement automatique du montant des redevances aux conditions du marché. L’hypothèse, que personne ne conteste devant nous, veut que les fluctuations d’écoute entraînent une variation des revenus et donc

somehow doubt that CAB would agree to an increase in the rate simply because its members' share of viewing was going up.

In any event, total hours of viewing to Canadian conventional broadcasters have remained relatively flat over the period 1986 to 1996.³² Conventional broadcasters have not lost sales; the market has expanded with the arrival of new services. Over the same period, conventional broadcasters were able to sell advertising time at ever-increasing rates.³³ The size of the market is the all important factor here. There may be more guests at the table, but there is also more food for everyone.

The tariffs this Board sets are not meant to fluctuate in accordance with profitability. If that were the case, the commercial television tariff would have increased significantly during the period 1980 to 1984. In any event, while the CRTC might be able to help broadcasters in this respect, this Board is certainly not.

More importantly, the financial picture that emerged from these proceedings is one of an industry that is holding its own quite nicely, not one that is teetering on the edge. Thus, industry revenues have grown at a compound annual rate of 4.8 per cent over the last 10 years, and 2.3 per cent over the last five years.³⁴ The 10-year figure is higher than the CPI.³⁵ The fact that conventional services have managed to increase sales in real terms while the supply of airtime was increasing rapidly is indicative of good health.³⁶

During the same period, operating margins have gone from a spectacular 24.2 per cent in 1985 to 10.3 per cent in 1990 and to a quite respectable 16.4 per cent in 1995.³⁷ Since no one expects the industry to recover the profitability levels exhibited in the mid-1980's, that can hardly be an argument in favour of reducing the tariff. CAB's own evidence reflects optimism, not gloom and doom. The broadcasting index has outperformed the TSE 300 since July 1996. A report prepared by TD Securities and filed by CAB notes an increased interest in the sector over recent months.³⁸ The long term consolidation trend in the industry, as well as private market transactions, also confirm the inherent value in broadcasting assets.

du montant des redevances.³¹ Je doute que l'ACR consentirait à une augmentation du taux au seul motif que la part d'écoute de ses membres aurait augmenté.

De toute façon, le nombre d'heures passées à regarder la télévision conventionnelle canadienne est demeuré relativement constant entre 1986 et 1996.³² Les télédiffuseurs conventionnels n'ont pas perdu de ventes; le marché a pris de l'expansion avec l'arrivée de nouveaux services. Durant cette même période, les télédiffuseurs conventionnels ont été en mesure de vendre leur temps d'antenne de plus en plus cher.³³ L'importance du marché est le facteur déterminant. Certes, il y a plus de convives à la table, mais il y a aussi plus à se mettre sous la dent.

Les tarifs que la Commission établit ne devraient pas varier en fonction de la rentabilité. Si tel était le cas, le tarif applicable à la télévision commerciale aurait augmenté sensiblement entre 1980 et 1984. De toute façon, si le CRTC est peut-être en mesure d'aider les télédiffuseurs à cet égard, la Commission ne l'est certainement pas.

Cela dit, le portrait financier qui ressort de la présente affaire est celui d'une industrie qui se défend plutôt bien, non celui d'une industrie chancelante. Le taux de croissance composé de ses revenus est de 4,8 pour cent pour les dix dernières années, et de 2,3 pour les cinq dernières.³⁴ Pour la dernière décennie, ce chiffre est plus élevé que l'IPC.³⁵ Les services conventionnels ont donc été en mesure d'augmenter leurs ventes en termes réels alors même que l'offre de temps d'antenne augmentait rapidement. Il s'agit là d'un signe de santé financière.³⁶

Pendant ce temps, les marges bénéficiaires ont fluctué d'un spectaculaire 24,2 pour cent en 1985 à 10,3 pour cent en 1990 pour passer au niveau fort respectable de 16,4 pour cent en 1995.³⁷ Personne ne s'attend à ce que l'on retrouve les marges bénéficiaires du milieu des années 1980; on peut donc difficilement se fonder sur ce fait pour réduire le tarif. Même la preuve déposée par l'ACR fait preuve d'optimisme et non d'alarmisme. Depuis juillet 1996, l'index des titres en radiodiffusion a progressé plus vite que le TSE 300. Un rapport préparé par la firme *TD Securities* et déposé par l'ACR prend note de l'intérêt accru porté au secteur au cours des derniers mois.³⁸ La tendance à long terme vers une consolidation de l'industrie, de même que certaines transactions privées, viennent confirmer la valeur intrinsèque des actifs télévisuels.

Finally, one should not forget that the television market operates in an environment where competition is controlled. Market entry is regulated with a view to ensuring the viability of existing players.³⁹ It is not because there is competition within a market, such as television, that it is unregulated.

3. Increase in Other Sources of Income

My colleagues seem to imply that the emergence of additional sources of income for composers should result in a reduction in the rate. I disagree with that conclusion.

An increase in foreign sales of Canadian programs can hardly be a justification for a reduction in the tariff rate. As producers of these programs derive extra revenues from these sales, so should composers.

Neither should the additional revenues from specialty services, under Tariff 17, result in such a reduction. In time, this may bring about, through a reduction in broadcasters' revenues, a decrease in the amount of royalties they pay to SOCAN. That can occur without any change in the rate. Moreover, Tariff 17 takes into account the rate set in Tariff 2.A. A reduction in that rate can only entail a decrease in the importance of that additional source of income. This may also be true of all other tariffs for competing services. In the end, the net result may well be negative, not positive.

4. The American Price

A review of the manner in which the American price has been arrived at is necessary in order to fully understand the reasons why I find it inappropriate to take it into account in setting the Canadian rate.⁴⁰

In the United States, some aspects of ASCAP's and BMI's operations are subject to consent decrees, issued pursuant to antitrust legislation, dating back as far as 1941. As a result, both ASCAP and BMI are prohibited from securing exclusive assignments of

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que le marché de la télévision opère dans un cadre où la concurrence est contrôlée. L'entrée sur ce marché est réglementée dans le but de protéger les participants déjà en place.³⁹ Ce n'est pas parce qu'il existe de la concurrence à l'intérieur d'un marché, comme celui de la télévision, qu'il s'agit d'un marché non réglementé.

3. L'émergence d'autres sources de revenus

Mes collègues semblent croire que l'émergence de nouvelles sources de revenus pour les compositeurs devrait entraîner une réduction du taux. Je ne partage pas ce point de vue.

Je ne vois pas comment on peut fonder une réduction du taux sur une augmentation des ventes à l'étranger d'émissions canadiennes. Les producteurs de ces émissions en tirent des revenus supplémentaires; il devrait en être de même pour les compositeurs.

C'est la même chose pour les revenus additionnels attribuables aux services spécialisés visés par le tarif 17. Éventuellement, il se peut qu'une diminution de revenus attribuable à la présence de ces nouveaux arrivants entraîne une diminution des redevances que les télédiffuseurs versent à la SOCAN. Cela se produira sans qu'il soit nécessaire de changer le taux. Qui plus est, le tarif 17 tient compte du taux du tarif 2.A. Une réduction du second implique nécessairement une diminution de l'importance des revenus attribuables au premier, et peut-être même à tous les tarifs visant des services qui font concurrence à la télévision commerciale. En bout de piste, il se peut fort bien que tout cela se solde non pas par des gains, mais bien par des pertes.

4. Le prix américain

Pour comprendre les motifs m'amenant à conclure qu'il ne faut pas tenir compte du prix américain pour fixer le taux canadien, il faut comprendre la façon dont on s'y est pris pour l'établir.⁴⁰

Aux États-Unis, la façon dont l'ASCAP et la BMI opèrent est régie en partie par des *consent decrees* remontant à 1941, émis en vertu de la législation antitrust. Il leur est interdit d'obtenir des cessions exclusives de droits,⁴¹ et les télédiffuseurs ont droit à

copyright,⁴¹ and broadcasters are entitled to apply for a PPL.⁴² ASCAP's consent decree also gives the United States District Court for the Southern District of New York (the Rate Court) the responsibility for determining ASCAP licence fees upon the request of any music user or group of users.⁴³

Dealings between local television stations and ASCAP have engendered a flurry of litigation.⁴⁴ For our purposes, however, only three sets of proceedings need be referred to.

In 1954, a first set of proceedings⁴⁵ ended in an agreement which set the ASCAP rate for the television blanket licence, comprising a commercial fee and a sustaining fee, at approximately 2.25 per cent.⁴⁶

In 1961, television stations sought a modification of the blanket licence which they eventually failed to obtain.⁴⁷ Further Rate Court proceedings resulted in a deal being reached in 1969 that applied to the period from 1968 to 1972. A stair-step formula was used: broadcasters paid 2 per cent on revenues for a "base period" and 1 per cent on the rest of revenues.⁴⁸ The deal was renewed for the period 1973 to 1977.

In 1978, ASCAP and the broadcasters agreed to extend the terms of those licences on a monthly basis while negotiations took place. In November 1978, the stations filed an antitrust lawsuit. A series of interim licences were issued under the rate fixing mechanism of the consent decree until the antitrust issues were fully resolved in 1985; the stations eventually lost.

Local television stations then asked the Rate Court to set licence fees, including interim fees.⁴⁹ As to the interim fees, parties agreed to abandon the *Shenandoah* formula and asked the court to set an industry-wide fee for all stations, that was apportioned on the basis of what stations had been paying for their *Shenandoah* licence, and the court also put into place an interim PPL. The first interim fee decision was issued in 1987.

The Rate Court's final decision was issued in February 1993, covering the period February 1, 1983 to December 31, 1995. In essence, the price was set

la PPL.⁴² Le *consent decree* de l'ASCAP confie par ailleurs à la *United States District Court* du district sud de New York (la *Rate Court*) la compétence pour établir, à la demande d'un utilisateur ou d'un groupe d'utilisateurs, le montant des redevances payables pour une licence de l'ASCAP.⁴³

Les rapports entre les stations locales de télévision et l'ASCAP ont donné lieu à une pléthore de litiges.⁴⁴ Pour nos fins, toutefois, on peut se contenter de faire référence à trois groupes d'affaires.

En 1954, une première affaire⁴⁵ mène à une entente établissant le taux pour la licence générale de l'ASCAP à environ 2,25 pour cent, ce qui comprend une «redevance commerciale» et une «redevance de soutien».⁴⁶

En 1961, les stations de télévision demandent une modification à la licence générale, modification qui leur est refusée.⁴⁷ D'autres procédures devant la *Rate Court* mènent en 1969 à une entente visant les années 1968 à 1972. La formule tarifaire est étagée : les télédiffuseurs versent 2 pour cent des revenus pour une «période de référence» et 1 pour cent pour le reste.⁴⁸ L'entente est reconduite pour les années 1973 à 1977.

En 1978, l'ASCAP et les télédiffuseurs s'entendent pour reconduire la licence sur une base mensuelle pendant que des négociations ont lieu. En novembre 1978, les stations déposent un recours antitrust. Suivent une série de licences provisoires, émises conformément aux termes du *consent decree*, jusqu'à ce que les tribunaux disposent définitivement de la poursuite en 1985, en la rejetant.

Les stations locales de télévision demandent alors à la *Rate Court* d'établir les droits de licence, y compris des droits provisoires.⁴⁹ Quant aux droits provisoires, les parties s'entendent pour mettre de côté la formule *Shenandoah* et demandent au tribunal d'établir un montant forfaitaire pour toutes les stations, montant qui est ensuite réparti entre elles en fonction de la part de droits qu'elles avaient versés en vertu de leur licence *Shenandoah*; le tribunal implante aussi une PPL provisoire. La première décision provisoire est rendue en 1987.

La décision finale de la *Rate Court*, rendue en février 1993, vise la période allant du 1^{er} février 1983 au 31 décembre 1995. Pour l'essentiel, le prix est établi en

using the amount of royalties paid by all stations in 1972⁵⁰ and then correcting it to account for the Consumer Price Index as well as for half the percentage increase in the number of stations; the result was then apportioned according to each market's importance and each station's ratings. From February 1993 to October 1995, there was additional litigation and negotiation, including three subsequent Rate Court decisions clarifying certain aspects of the February 1993 decision. This led ultimately to an agreement on licence terms for local television on both blanket and per program licences, which the Rate Court endorsed. That licence applies from October 1, 1995 through to March 31, 1998.⁵¹

As a result of this, and other proceedings, royalties paid by conventional American broadcasters⁵² now represent 0.86 per cent of their advertising revenues. Again this year, CAB wishes to use this figure to challenge the rate paid by Canadian broadcasters. Again this year, for the reasons set out in the Board's 1993 decision, as well as for others on which I will now elaborate, I find that this would be highly inappropriate.

a. *Different Comparisons Yield Different Results*

In 1995, American broadcasters paid 0.86 per cent of their advertising revenues on account of performing rights, while Canadians paid 2.1 per cent. In that same year, American broadcasters' revenues were approximately 23 times that of Canadian broadcasters, for a population that is only nine times larger.

CAB's way of comparing the price paid by American and Canadian broadcasters for their performing rights is not the only valid one. There are other ways of looking at the situation. Thus, for the same period, American broadcasters paid CAN\$286 millions; Canadians paid \$23.8 millions, or 8.3 per cent: based on that comparison, American broadcasters pay more than Canadians. On a per capita basis, American broadcasters paid CAN\$1.09 and Canadians \$0.80. Music fees represented 2.78 per cent of programming costs in the United States, and 3.19 per

se servant du montant des droits versés par l'ensemble des stations en 1972,⁵⁰ augmenté d'un facteur égal à la hausse de l'IPC plus la moitié de l'augmentation en pourcentage dans le nombre de stations; la somme ainsi déterminée est ensuite répartie en fonction de l'importance de chaque marché et des cotes d'écoute de chaque station. Suivent d'autres litiges et d'autres négociations entre février 1993 et octobre 1995, y compris trois autres décisions de la *Rate Court* visant à préciser certains aspects de la décision de février 1993. On en arrive finalement à une entente visant les conditions des licences générales et «à la pièce» pour la télévision locale, entente qui est entérinée par la *Rate Court*. Ces conditions s'appliquent du 1^{er} octobre 1995 au 31 mars 1998.⁵¹

Il découle de toutes ces affaires et d'autres du même genre que les droits versés par les télédiffuseurs conventionnels américains⁵² représentent aujourd'hui 0,86 pour cent de leurs recettes publicitaires. Encore une fois cette année, l'ACR entend se fonder sur ce chiffre pour remettre en cause le taux payé par les télédiffuseurs canadiens. Encore une fois, pour les motifs énoncés par la Commission en 1993, ainsi que pour d'autres que je vais maintenant exposer, j'en viens à la conclusion qu'il serait extrêmement déplacé de le faire.

a. *Les résultats varient en fonction des comparaisons retenues*

En 1995, les télédiffuseurs américains versaient 0,86 pour cent de leurs recettes publicitaires au titre du droit d'exécution, et les télédiffuseurs canadiens, 2,1 pour cent. Au même moment, les revenus des télédiffuseurs américains étaient quelque 23 fois plus élevés que ceux des télédiffuseurs canadiens, pour une population qui n'était que neuf fois plus importante.

La comparaison qu'établit l'ACR entre les prix payés par les télédiffuseurs américains et canadiens pour leurs droits d'exécution n'est pas la seule valide; on peut s'y prendre autrement. En 1995, la somme payée par les télédiffuseurs américains est 286 millions de dollars (canadiens), et celle payée par les télédiffuseurs canadiens 23,8 millions de dollars, soit 8,3 pour cent : si l'on retient cette comparaison, les télédiffuseurs américains paient plus cher leurs droits que les canadiens. Par habitant et en dollars canadiens, les télédiffuseurs américains paient 1,09 \$

cent in Canada. Each and every one of these comparisons is at least as valid a basis for argument as CAB's position of choice.⁵³

b. *The American Price Is Not an Appropriate Proxy*

For several reasons, the American price should, on the whole, be given very little weight.

First, the testimony of Mr. Reimer amply demonstrated that the price and tariff structure for American television performing rights have been highly unstable and subject to sudden, important changes. It is generally not a good idea to use such an unstable factor as a proxy.

Second, as was clearly explained in the Board's 1993 decision and repeated in these reasons, the American price is the product of a process which is not relevant to setting the Canadian rate. The record of the current proceedings only serves to reinforce my view in this respect.

Third, the manner in which the American Rate Court arrived at the price for the years 1983 to 1995 leaves considerable doubt as to whether that price is fair and reasonable. I agree with Professor Liebowitz that no economist would ever think that setting a price for 1995 using a 1972 figure and then adjusting it using an inflation index is a reasonable thing to do in a situation like this.⁵⁴ No attention is paid to changes in the structure of the relevant market⁵⁵ over more than two decades, and fluctuations in programming expenses or advertising revenues are ignored. Composers' revenues, in constant dollars, are frozen at their 1972 level; no account is taken of the fact that, during the same period, advertising revenues were allowed to grow at a rate that vastly outpaced inflation. If anything, this confirms that the American price probably is much too low.

Finally, the American price is not a market price. The price, the structure and the conditions of access to the

et les canadiens, 0,80 \$. Les droits d'exécution représentent 2,78 pour cent des coûts de programmation aux États-Unis, 3,19 pour cent au Canada. Chacune de ces comparaisons est certainement aussi valide que celle retenue par l'ACR.⁵³

b. *Le prix américain n'est pas une approximation d'un prix de marché appropriée*

Tout bien considéré, et pour plusieurs motifs, il y a lieu d'ignorer le prix américain.

Premièrement, le témoignage de M. Reimer démontre amplement que le prix et la structure tarifaire pour les droits d'exécution à la télévision américaine ont été très instables, et sujets à des changements subits et importants. Règle générale, il n'est pas conseillé d'utiliser un facteur aussi instable comme prix témoin.

Deuxièmement, comme la décision de la Commission de 1993 et les présents motifs l'expliquent clairement, le prix américain découle d'un processus qui n'est pas pertinent à l'établissement du taux canadien. Le dossier de la présente affaire ne peut que raffermir mon point de vue à cet égard.

Troisièmement, la façon dont la *Rate Court* américaine établit le prix pour les années 1983 à 1995 me laisse extrêmement perplexe quant à son caractère juste et raisonnable. J'abonde dans le même sens que le professeur Liebowitz : établir, dans ces circonstances, un prix pour 1995 en se fondant sur un chiffre de 1972 pour l'ajuster ensuite à l'inflation n'est tout simplement pas raisonnable du point de vue de la théorie économique.⁵⁴ Ce faisant, on ne prend aucun compte des changements de structure intervenus durant plus de vingt ans dans le marché pertinent⁵⁵ ou des fluctuations dans les coûts de programmation ou les recettes publicitaires. Les revenus des compositeurs, en dollars constants, sont gelés au niveau où ils étaient en 1972; on passe sous silence le fait que durant cette même période les recettes publicitaires ont pu croître à un taux qui dépasse largement l'inflation. La seule conclusion possible est que le prix américain est probablement beaucoup trop bas.

Finalement, le prix américain n'est pas un prix de marché. Le prix, la structure tarifaire et les

ASCAP repertoire are the result of litigation going back to the 1940's. Arrangements with BMI were clearly arrived at having in mind the Rate Court's decision dealing with ASCAP.⁵⁶ Even the latest agreements are not the product of arms-length negotiations. The parties may have settled their few remaining differences rather than pursue alternative judicial remedies. However, the price they arrived at was calculated using the Rate Court's formula, and the liability of individual stations was determined according to a formula which was also approved by that Court.⁵⁷

Ironically, the best "market proxy" available to this Board is the rate that applied in Canada from 1974 to 1984. The Canadian tariff for the years 1959 to 1971, 1973 to 1977 and 1979 to 1984, including rate increases from 2.1 per cent in 1959 to 2.4 per cent in 1974, always reflected agreements that were reached between the parties. Using that approach, the current rate of 2.1 per cent is lower than the rate which matches most closely the characteristics of a price that was negotiated by the relevant players in the market.

c. The American Rate Was Never the Same as the Canadian Rate

In 1959, the ASCAP rate was 2.25 per cent; the combined rate for ASCAP and BMI was at least 3.34 per cent.⁵⁸ In that same year, the Canadian rate was set by agreement at 2.1 per cent.

Furthermore, as was clearly outlined during these proceedings, the rate base never was the same, if only because the amounts that are excluded from it are vastly different.⁵⁹

In any event, the American price and the Canadian rate are set for separate markets, and arrived at through two different systems, according to rules which are significantly different. It can hardly be expected that the results would be the same. At some point in time, the Copyright Appeal Board may or may not have had the ASCAP rate in mind in setting the Canadian rate. That does not make the ASCAP rate into some sort of benchmark. Canadian tariffs are not just a mirror, nor ought to be the mirror, of the prices paid in the United States, or for that matter, anywhere else in the world.

conditions d'accès au répertoire de l'ASCAP sont le résultat de décisions de justice remontant aux années 1940. De toute évidence, les ententes conclues avec la BMI s'inspirent largement de la décision de la *Rate Court* concernant l'ASCAP.⁵⁶ Même l'entente la plus récente n'est pas le résultat de négociations libres. Certes, les parties ont réglé les quelques questions encore en suspens plutôt que d'avoir recours aux tribunaux. Il n'en reste pas moins que le prix dont ils ont convenu a été établi en fonction de la formule mise au point par la *Rate Court*, et que la part de chacune des stations a été établie conformément à une formule que ce même tribunal a entérinée.⁵⁷

Je trouve particulièrement ironique que la meilleure approximation d'un prix de marché dont dispose la Commission soit le taux qui s'est appliqué au Canada entre 1974 et 1984. Entre 1959 et 1971, 1973 et 1977 et 1979 et 1984, bien qu'il ait augmenté de 2,1 pour cent en 1959 à 2,4 pour cent en 1974, le tarif canadien a toujours reflété des ententes conclues entre les parties. Le taux actuel de 2,1 pour cent est donc inférieur à celui qui se rapproche le plus d'un prix négocié par les intervenants dans le marché pertinent.

c. Le taux américain n'a jamais été le même que le taux canadien

En 1959, l'ASCAP percevait 2,25 pour cent; ensemble, l'ASCAP et la BMI percevaient au moins 3,34 pour cent.⁵⁸ La même année, les Canadiens s'entendaient sur un taux de 2,1 pour cent.

De plus, comme on l'a bien établi durant la présente affaire, l'assiette tarifaire n'a jamais été la même là-bas et ici, ne serait-ce que parce que les revenus qui en sont exclus ne sont tout simplement pas les mêmes.⁵⁹

De toute façon, le prix américain et le taux canadien sont établis pour des marchés distincts, selon des processus distincts, en fonction de règles distinctes. Il serait surprenant que le résultat soit le même. Il se peut qu'à un certain moment, la Commission d'appel du droit d'auteur ait tenu compte du taux perçu par l'ASCAP pour établir le taux canadien. Cela ne fait pas du prix ASCAP un point de référence. Les tarifs canadiens ne sont pas, et n'ont pas à être, la réplique pure et simple des tarifs étrangers, américains ou autres.

d. *American Broadcasters Are Not Canadian Broadcasters' Chief Competitors for Advertising Revenues*

The following table shows that Canadian broadcasters' loss of viewing share over the last decade or so has been to the benefit of pay and specialty services, not American conventional broadcasters. Meanwhile, the consumption of conventional television programming has remained flat. Canadian services overall lost 2.6 per cent of their viewing share while U.S. services lost 9 per cent of their viewing share. The only net gain is to VCR use and other services, which might compete with conventional broadcasters for viewers, but probably does not compete for advertising revenues.⁶⁰

d. *Les télédiffuseurs américains ne sont pas les principaux concurrents des télédiffuseurs canadiens en matière de recettes publicitaires*

Le tableau qui suit démontre que ce sont les services spécialisés et payants, non les télédiffuseurs conventionnels américains, qui ont affecté les parts d'écoute des télédiffuseurs canadiens. La consommation de télévision conventionnelle est restée à peu près la même. La part d'écoute de l'ensemble des services canadiens a baissé de 2,6 pour cent; celle des services américains, de 9 pour cent. Le seul gain net est enregistré dans la catégorie «magnétoscopes et autres services» qui enlève peut-être aux télédiffuseurs conventionnels des parts d'écoute, mais probablement pas des recettes publicitaires.⁶⁰

Percentage Share of Weekly Hours of Tuning by All Persons 2+ , Canada 1986-1996⁶¹ Part d'écoute hebdomadaire, toutes personnes, 2 ans et plus, Canada 1986-1996⁶¹			
	1986	1992	1996
Canadian Private Commercial Broadcasters Télévision conventionnelle privée canadienne	54.4	51.6	48.3
CBC/Radio Canada Owned and Operated CBC/Radio Canada, y compris les stations affiliées	16.4	11.5	12.0
Canadian Pay and Specialty Services Services spécialisés et payants canadiens	1.9	6.3	10.5
Other Canadian Services / Autres services canadiens	1.8	2.1	1.8
Total Canadian Services / Tous les services canadiens	74.5	71.5	72.6
U.S. Conventional Broadcasters / Télévision conventionnelle américaine	22.0	19.3	15.3
U.S. Specialty Services / Services spécialisés américains	0.4	3.0	5.1
Total U.S. Services / Tous les services américains	22.4	22.3	20.4
All Other Services + VCR Use / Magnétoscopes et autres services	3.1	6.2	7.0
Total Hours Tuned (million) / Écoute totale (en millions d'heures)	599.5	619.1	676.5
Total Hours Tuned to Canadian Conventional Broadcasters (million) Écoute totale, télévision conventionnelle canadienne (en millions d'heures)	326.1	319.5	326.7

As can be seen, the only players gaining audience shares are Canadian and American pay and specialty services, all of which share two important

Comme on peut le constater, seuls les services payants et spécialisés canadiens et américains ont augmenté leur part d'écoute. Tous ces services

characteristics. First, the CRTC regulates their access to the Canadian market. Second, all of them are subject to SOCAN's Tariff 17, which was derived using Tariff 2.A.⁶² In other words, those who are taking away audience shares from Canadian broadcasters already pay for their music a price that takes into account what Canadian broadcasters pay for theirs.

Canadian broadcasters do lose some advertising revenues to American border broadcasters. However, these losses have no common measure with relative audience shares of Canadian and American broadcasters. It is estimated that competition for advertising from American border stations results in a loss of approximately \$52.7 millions,⁶³ or less than 4 per cent of Canadian broadcasters' revenues, while the total audience share of American broadcasters in 1996 was more than 30 per cent of that of private Canadian broadcasters. The explanation for this is simple: most Canadian viewing to American stations is distant.⁶⁴

In any event, the Board's tariffs are ill suited to deal with problems of this sort. Thus, the outright abolition of Tariff 2.A would still not fully compensate Canadian broadcasters' losses due to competition for advertising revenues from American border stations. Obviously, the remedy, if remedy there need be, lies elsewhere.

e. *The Fact that Money is Leaving the Country is the Result of Decisions Made by CAB's Own Members*

CAB is particularly upset that close to half the amounts distributed from the television pool leave the country. It argues that by reducing the rate, more money would stay in Canada. As the Board noted in 1993,⁶⁵ this situation exists because of the programming choices made not by SOCAN, its members or this Board, but by CAB's own members.

partagent deux caractéristiques importantes. Premièrement, le CRTC réglemente leur accès au marché canadien. Deuxièmement, tous sont assujettis au tarif 17 de la SOCAN, qui trouve son origine dans le tarif 2.A.⁶² Autrement dit, ceux qui enlèvent aux télédiffuseurs canadiens des parts d'écoute paient déjà pour leur musique un prix qui tient compte de ce que ces derniers paient pour la leur.

Certes, les télédiffuseurs canadiens perdent certaines recettes publicitaires au profit des stations frontalières américaines. Ces pertes n'ont toutefois pas de commune mesure avec les parts relatives d'écoute des télédiffuseurs canadiens et américains. On estime à 52,7 millions de dollars, soit moins de 4 pour cent des revenus des télédiffuseurs canadiens, les pertes attribuables à la concurrence des stations américaines frontalières.⁶³ Par contre, le rapport entre les parts d'audience des télédiffuseurs conventionnels américains et canadiens en 1996 dépassait les 30 pour cent. La raison pour cet écart est simple : l'écoute canadienne des stations américaines se fait avant tout dans les marchés éloignés.⁶⁴

De toute façon, les tarifs de la Commission ne sont pas en mesure de régler des problèmes de cette envergure. Même l'abolition pure et simple du tarif 2.A n'arriverait pas à compenser toutes les pertes des télédiffuseurs canadiens attribuables à la concurrence des stations frontalières américaines. Visiblement, la solution à ce problème, si problème il y a, se trouve ailleurs.

e. *L'exode des redevances vers l'étranger est attribuable à des décisions prises par les membres de l'ACR*

L'ACR se dit particulièrement troublée du fait que près de la moitié des sommes distribuées au titre de la cagnotte télévision le sont vers l'étranger. Elle soutient qu'une réduction du taux réduirait cet exode de capitaux. Comme la Commission l'avait noté en 1993,⁶⁵ cette situation découle des choix de programmation effectués non pas par la SOCAN, par ses membres ou par la Commission, mais bien par les membres de l'ACR.

f. The Value Broadcasters Derive from SOCAN's Licence Has Not Declined Over Time

As my analysis of the historical evolution of the tariff since 1951 reveals, while the changes in music use patterns to which my colleagues alluded were happening, the rate which Canadian broadcasters paid for performing rights went from 2.1 per cent to 2.4 per cent in the period 1959 to 1974, then stayed flat until 1984, all as a result of negotiated agreements, and then declined to 2.1 per cent as a result of decisions by the Copyright Appeal Board. In my view, any changes occurring in the industry during this whole period were properly taken into account in these agreements and decisions.

What is more telling is that during the last 25 years, the cost of all other programming inputs has increased, not decreased, as a percentage of the broadcasters' revenues. The ratio was 41 per cent in 1972, 50.3 per cent in 1984, hit a high of 60.7 per cent in 1991 and has been in the 55 to 58 per cent range ever since.⁶⁶

Meanwhile, composers saw their composing fees go down, while broadcasters were able to reduce the net cost of their performing rights by acquiring 50% of those rights.⁶⁷

In the circumstances, I cannot agree with my colleagues' conclusion that the value broadcasters derive from SOCAN's licence has declined over time. The measures outlined by them can only serve to further despoil composers of their fair share of television stations' income.

C. Conclusion

In my view, the case has simply not been made to reduce the rate below its current level of 2.1 per cent.

III. THE MODIFIED BLANKET LICENCE

Broadcasters ask for the ability to get a discount for programs for which they don't require a SOCAN licence. Two of the current regime's institutional

f. La valeur de la licence SOCAN pour les télédiffuseurs n'a pas diminué avec le temps

Comme le démontre mon analyse de l'évolution du tarif depuis 1951, les changements dans les profils d'utilisation de musique auxquels mes collègues font allusion se sont produits au moment même où le taux payé par les télédiffuseurs canadiens pour les droits d'exécution, suite à une série d'ententes négociées, passait de 2,1 pour cent à 2,4 pour cent entre 1959 et 1974, puis demeurait à ce niveau jusqu'en 1984; par la suite, le taux est revenu à 2,1 pour cent suite à des décisions de la Commission d'appel du droit d'auteur. J'en conclus que ces ententes et décisions ont tenu compte des changements qui ont pu survenir dans cette industrie durant toute cette période.

J'accorde plus de poids au fait que durant les 25 dernières années, le rapport entre le coût de tous les autres intrants de programmation et les revenus des télédiffuseurs n'a pas diminué, mais bien augmenté. Il est passé de 41 pour cent en 1972 à 50,3 pour cent en 1984, a atteint un sommet de 60,7 pour cent en 1991, pour se stabiliser entre 55 et 58 pour cent par la suite.⁶⁶

Pendant ce temps, les compositeurs ont du absorber une baisse dans leurs droits de composition, alors même que les télédiffuseurs réussissaient à réduire le coût net de leurs droits d'exécution en s'en faisant céder la moitié.⁶⁷

Compte tenu de ces circonstances, je conclus que mes collègues ont tort de prétendre que la valeur de la licence SOCAN pour les télédiffuseurs a diminué avec le temps. Les mesures qu'ils prennent dans leur décision ne peuvent servir qu'à priver encore davantage les compositeurs de leur juste part des revenus des stations de télévision.

C. Conclusion

L'ACR ne m'a tout simplement pas convaincu qu'il y a lieu de réduire le taux actuel de 2,1 pour cent.

III. LA LICENCE GÉNÉRALE MODIFIÉE

Les télédiffuseurs voudraient pouvoir obtenir un escompte à l'égard des émissions pour lesquelles ils n'ont pas besoin de la licence de la SOCAN. Deux

features effectively prevent direct negotiations between composers and producers: the exclusive grant of rights and the blanket licence as it is currently structured. Through its proposal, CAB is, it says, asking the Board to take care of that part of the problem which is within its jurisdiction: the licence. It claims that a failure to deal with one aspect of this issue on the basis that the other remains invites permanent paralysis.

I do not disagree in principle with the notion of allowing for a reduction in the royalties paid to SOCAN when users are able to purchase their performing rights from other sources. Given existing circumstances, however, I remain of the view that such a measure is not advisable as a matter of public policy. As I have already stated, I find it unwarranted to adopt a tariff structure that ignores current institutional arrangements and favours individuated negotiations in the front end. I also think that the formula put forward by CAB has its origins in problems that exist across the border and not in Canada, and will undermine the legitimate choices of composers and eventually, the very concept of blanket licence. It will also hurt Canadian composers.

A. The Existence of the MBL Rests on Factors that Exist in the United States and not in Canada

The American PPL concept originated in ASCAP's very first consent decree in 1941. It addresses a number of problems that arise in the American context, but have no bearing in the Canadian market.

The first factor is the existence of two major⁶⁸ American music societies. The PPL allows a broadcaster to pay royalties to only one of them when a program uses only one repertoire.

Second, the PPL may have helped to bring about in the United States efficiencies that already exist in Canada. Apparently, the PPL has resulted in more accurate reporting of music used in local programs and in an increase in the number of stations surveyed for distribution purposes. Until then, music in local programming was under-represented in surveys; furthermore, a lower value was given to music in

des caractéristiques institutionnelles du régime actuel empêchent dans les faits les négociations directes entre compositeurs et producteurs : les cessions exclusives de droits et la licence générale telle qu'on la connaît. L'ACR demande à la Commission de traiter de cette partie du problème qui relève de sa compétence, soit la licence. Elle prétend qu'un refus de traiter d'un des aspects du problème risque d'entraîner une paralysie permanente.

Je ne m'oppose pas en principe à ce qu'un utilisateur verse moins d'argent à la SOCAN s'il est en mesure d'acheter ailleurs ses droits d'exécution. Toutefois, compte tenu de la situation actuelle, je demeure convaincu qu'une telle mesure n'est pas souhaitable pour des motifs de politiques publiques. Comme je l'ai déjà dit, je trouve inapproprié d'adopter une structure tarifaire qui fait fi des arrangements institutionnels actuels et encourage les négociations directes comme substitut aux arrangements réglementaires. Je crois aussi que la formule mise de l'avant par l'ACR trouve ses origines dans des difficultés qui sont réelles chez nos voisins du Sud mais pas ici, qu'elle nuira aux choix légitimes des compositeurs et éventuellement, qu'elle sapera les fondements mêmes de la licence générale. Enfin, la mesure causera du tort aux compositeurs canadiens.

A. La LGM existe pour des motifs qui existent aux États-Unis et non au Canada

Le tout premier *consent decree* de l'ASCAP de 1941 fait allusion à la notion de PPL. Ce type de licence règle certains problèmes qui existent dans le marché américain, mais qui n'ont pas d'équivalent dans le marché canadien.

Le premier est la présence de deux sociétés de gestion principales.⁶⁸ La PPL permet au télédiffuseur de verser des redevances à une seule d'entre elles si une émission utilise uniquement ce répertoire.

Deuxièmement, la PPL a peut-être apporté aux États-Unis des gains en efficacité qui sont déjà en place au Canada. Il semble que la PPL ait entraîné une amélioration des rapports d'utilisation de musique dans la programmation locale et une augmentation du nombre de stations faisant l'objet d'enquêtes pour fins de distribution. Auparavant, la musique contenue dans la programmation locale était sous-représentée dans

local and news programs. These inefficiencies do not exist in Canada. SOCAN takes a full census of music use on television, not a sample. Moreover, SOCAN does not attribute a different value to music according to the type of programming within which music is found.

Third, television stations that use the PPL show programming that is significantly different. Virtually all of them are network affiliates in large markets. They rely mostly on network programs, for which music has already been cleared, and on locally-originated (mostly news) programming, the contents over which they can exercise control. Overall, they use relatively little syndicated programming. By contrast, independent stations rely heavily on syndicated programs.⁶⁹

Fourth, in most instances where a television program is produced, the producer is the first copyright owner,⁷⁰ even if the composer has provided a music society with an exclusive assignment of copyright. By contrast, subsection 13(3) of the Canadian Act is of a much narrower ambit and of little relevance in the creation of music for television.

B. The MBL Negates Composers' Legitimate Choices

Some further comments to the more general ones I have already made in paragraph I.B are appropriate here.

CAB maintains that the MBL can be implemented through various means, thereby reducing the risk that the proposed scheme "could conceivably create an advantage for American composers".⁷¹ It adds that any such advantage will exist only if SOCAN decides to forbid its own members from directly licensing their television performing rights.

I approach the matter differently. As I have stated, I find it legitimate that composers provide SOCAN with exclusive assignments. Once this is accepted, it becomes clear that the effects of the MBL as it is proposed must, perforce, be counterproductive. Even my colleagues conclude that if SOCAN continues to

ces enquêtes; qui plus est, on attribuait une valeur moindre à la musique utilisée dans les émissions locales et les bulletins de nouvelles. Ces pratiques n'ont pas cours au Canada. La SOCAN procède à un recensement complet de la musique utilisée à la télévision, et attribue la même valeur à la musique peu importe le type de programmation dans laquelle on la retrouve.

Troisièmement, les stations qui utilisent la PPL diffusent une programmation fort différente de celle des autres stations. Presque toutes sont affiliées à un réseau et se trouvent dans un marché important. Elles diffusent surtout de la programmation de réseau, pour laquelle les droits musicaux ont déjà été affranchis, et de la programmation produite localement (surtout des nouvelles), dont elles peuvent contrôler le contenu. Dans l'ensemble, elles utilisent assez peu d'émissions souscrites, contrairement aux stations indépendantes, qui en diffusent beaucoup.⁶⁹

Quatrièmement, c'est le producteur de l'émission de télévision qui est généralement le premier titulaire du droit d'auteur,⁷⁰ et ce même si le compositeur a fait cession exclusive de ses droits à une société de gestion. Au Canada, le paragraphe 13(3) de la Loi a une portée beaucoup plus restreinte et n'a, à toutes fins utiles, pas d'effet sur la musique créée pour la télévision.

B. La LGM contrecarre les choix légitimes des compositeurs

Je me dois d'ajouter ici aux commentaires d'ordre général que j'ai déjà formulés au paragraphe I.B.

L'ACR prétend que la LGM peut être implantée de plusieurs façons, ce qui réduit d'autant le risque que la mesure avantage les compositeurs américains.⁷¹ Elle ajoute qu'un tel avantage peut exister uniquement si la SOCAN entend empêcher ses propres membres de négocier directement leurs droits d'exécution pour la télévision.

J'aborde la question d'une toute autre façon. Comme je l'ai dit, je crois qu'il est légitime pour les compositeurs de céder leurs droits à la SOCAN à titre exclusif. Si cette prémisse est bonne, il est clair que l'impact de la LGM sera forcément nuisible. Mes collègues eux-mêmes reconnaissent que la

obtain exclusive assignments once the MBL is in place, it will behave either irrationally or in bad faith. Put another way, in order for the measure to work, the only rational choice left to authors is to renounce a legitimate choice they have already made. To set up a system which frustrates composers' choices and then turn around and blame composers for sticking by those choices hardly increases the merits of the measure.

Of course, Canadian composers could choose to leave SOCAN and join ASCAP. This only serves to confirm that the MBL encourages Canadian composers to join ASCAP, something which I find unacceptable.

C. The MBL is Likely to Undermine the Blanket Licence Concept

Until such time as the Director of Investigation and Research puts an end to exclusive assignments, the MBL is only likely to undermine the character, and value, of the blanket licence.

For the MBL to work, it is imperative that the musical works licensed at source or directly continue to form part of SOCAN's repertoire. Even those who opt for the MBL will need to know that their licence shields them from infringement actions for the use of works which they have not cleared directly themselves. The reason that the American system works is that, as a result of the consent decree, all works directly licensed continue to belong to the societies' repertoires.

If Canadian composers leave SOCAN but do not join ASCAP, the blanket licence concept starts unravelling. The works of composers who leave SOCAN in order to strike individual bargains will cease to form part of SOCAN's repertoire. As a result, SOCAN's repertoire will lose its real value to holders of blanket licences. This should not be permitted to happen.

Moreover, a station having opted for the standard blanket licence would soon find out that it cannot broadcast a particular program because the music does not belong to SOCAN. That station would be forced to pay extra to clear the rights. Under that

SOCAN fera preuve d'irrationalité ou de mauvaise foi si elle continue d'obtenir des cessions exclusives après que la LGM sera implantée. Autrement dit, pour que la mesure produise les effets escomptés, les compositeurs doivent obligatoirement renoncer aux choix légitimes qu'ils ont déjà faits. Ce n'est pas en blâmant les compositeurs de se priver d'un choix dont ils ne veulent pas qu'on peut rendre la mesure plus méritoire.

Les compositeurs canadiens pourront évidemment décider de quitter la SOCAN pour adhérer à l'ASCAP. Cela confirme le fait, inacceptable selon moi, que la LGM encourage les compositeurs canadiens à adhérer à l'ASCAP.

C. La LGM pourrait saper les fondements mêmes de la licence générale

Tant et aussi longtemps que le Directeur des enquêtes et recherches tolère les cessions exclusives, la LGM ne peut que saper les fondements et l'utilité de la licence générale.

La LGM ne peut opérer de façon satisfaisante que si les œuvres musicales dont les droits sont affranchis directement ou à la source continuent de faire partie du répertoire de la SOCAN. Même les titulaires d'une LGM ont besoin de savoir que leur licence les prémunit contre les poursuites pour violation du droit d'auteur sur les œuvres dont ils n'ont pas eux-mêmes acquis les droits. Si le système américain fonctionne, c'est précisément parce que les termes du *consent decree* font en sorte que les œuvres dont les droits font l'objet de transactions directes font toujours partie du répertoire des sociétés de gestion.

Le fait pour les compositeurs canadiens de quitter la SOCAN sans adhérer à l'ASCAP entraînerait le démantèlement progressif de la licence générale. Les œuvres des compositeurs ayant quitté la SOCAN pour conclure des transactions directes ne feraient plus partie du répertoire de cette dernière. Ce répertoire perdrait donc sa valeur intrinsèque pour les titulaires de licences générales. Cela doit être évité.

Même la station qui opte pour la licence générale classique réaliserait rapidement qu'elle ne peut diffuser certaines émissions parce que la musique qu'elle contient n'appartient pas à la SOCAN. Elle serait donc obligée de payer des redevances

scenario, opting for the MBL would become the only sensible course to adopt.

In at least two respects, broadcasters derive value from the blanket character of the licence. First, it simplifies considerably the process of purchasing performing rights. Second, it constitutes a virtually bullet-proof insurance policy against infringement proceedings. What CAB is asking will put this value at risk not only with respect to broadcasters who wish to resort to the MBL, but with respect to all broadcasters.

D. The MBL Is a *Quid* without a *Quo*

With the MBL as it is set up by my colleagues, broadcasters get the best of both worlds, at little cost.

Broadcasters will now be able to clear music when it is simple and profitable to do so, while still relying on the blanket licence for music that is difficult to clear, or which would cost more to source-clear. SOCAN has no option in the matter. It cannot refuse to grant the licence.

The revenue-based discount ignores the basic feature (and logic) of the current tariff which is a percentage of revenue for all programming based on overall average use of music irrespective of the amount of music contained in the program. There is no correlation between music use and revenues in individual programs.⁷² When each program is viewed independently, the rate is necessarily too high for some and too low for others. Different rates must be assigned to individual programs, or categories of programs.⁷³ More adequate formulas could be found to ensure that the right amount of revenues is deducted from the standard fee. The approach used by my colleagues can only result in cherry-picking.⁷⁴

The contrast with the American situation is interesting. Currently, some 150 out of 1,020 stations have opted for the PPL; even CAB's witnesses see that number reaching a ceiling at around 250.

supplémentaires. Dans de telles circonstances, la LGM deviendrait la seule option valable.

Le caractère général de la licence procure aux télédiffuseurs au moins deux avantages importants. Premièrement, il simplifie considérablement le processus d'acquisition des droits d'exécution. Deuxièmement, il offre une police d'assurance quasi totale contre les poursuites pour violation du droit d'auteur. La mesure proposée par l'ACR met en péril ces avantages non seulement à l'égard des télédiffuseurs qui désirent tenter l'aventure de la LGM, mais à l'égard de tous les télédiffuseurs.

D. La LGM confère aux télédiffuseurs des bénéfices sans contrepartie pour les compositeurs

Compte tenu de la façon dont mes collègues ont structuré la LGM, les télédiffuseurs gagnent sur tous les tableaux, et à peu de frais.

Les télédiffuseurs seront maintenant en mesure d'obtenir eux-mêmes les droits d'exécution lorsqu'il est facile et payant de le faire, tout en s'en remettant à la SOCAN pour les droits qui sont difficiles à obtenir, ou pour lesquels une licence directe coûterait plus cher. La SOCAN n'a pas le choix : elle ne peut refuser d'octroyer une licence.

En fondant l'escompte sur les revenus, on fait fi de la caractéristique principale et de la logique qui sous-tend le tarif actuel. Le tarif est établi à un pourcentage des revenus. Ce pourcentage est fonction de l'utilisation moyenne de musique dans toutes les émissions, sans égard à la quantité de musique utilisée dans une émission donnée. Il n'existe pas de corrélation entre l'utilisation de musique dans une émission et les revenus qu'elle produit.⁷² Le taux est nécessairement trop haut ou trop bas à l'égard de chacune des émissions qu'une station diffuse; il faudrait établir des taux différents à l'égard de chaque émission, ou de divers types d'émissions.⁷³ On pourrait établir des formules plus appropriées de façon à s'assurer que l'escompte appliqué convienne dans les circonstances. En ne le faisant pas, on encourage le *cherry-picking*.⁷⁴

Le contraste avec la situation américaine est frappant. À ce jour, quelque 150 des 1 020 stations sont titulaires d'une PPL; de l'aveu même des témoins de l'ACR, le plafond devrait se situer autour

Clearly, there is a cost associated with the exercise of this option. By contrast, I expect that the vast majority, if not all, Canadian stations will opt for the MBL, because there are little costs, if any, associated with it.

Finally, the manner in which my colleagues deal with commercials leaves me uncomfortable. I have difficulty with the conclusion that music in advertisement has no value. Furthermore, I find dangerous the analogy being drawn with retransmitted short programs on distant signals.

E. The MBL Will Hurt Canadian Composers

CAB readily admits that “composers for local productions will be most affected, as these programs are relatively unlikely to be exported and thus Canada may be the only source of performing royalties.”⁷⁵ Most, if not all of these composers probably are Canadians. They also happen to be those who benefit most from SOCAN’s current distribution rules. Clearly, CAB is proposing something that will hurt Canadians.

F. Conclusion

The very fact that Canadian composers have been allowed to combine as they have makes the MBL either unworkable or undesirable. It presupposes either an end to exclusive assignments or a broadcasters’ boycott of SOCAN members. Until either composers or the proper authorities decide that this basic institutional arrangement should not be allowed to continue, it would be most inappropriate for the Board to put in place a system which, to be workable, assumes a different world and frustrates composers’ legitimate choices.

In the longer term, and in a world where users themselves look more and more for single-window service, individual bargains can only complicate things. In this respect, the current institutional

de 250. De toute évidence, le fait d’opter pour la PPL entraîne un coût. À l’opposé, je m’attends à ce que la plupart des stations canadiennes, sinon toutes, optent pour la LGM, puisqu’elle n’entraîne presque pas de coûts supplémentaires.

Enfin, la façon dont mes collègues disposent de la question des messages publicitaires m’inquiète. J’ai du mal à accepter leur conclusion selon laquelle la musique contenue dans ces messages est sans valeur. Je trouve aussi dangereuse l’analogie qu’ils établissent entre ces messages et les émissions de courte durée qui sont retransmises sur les signaux éloignés.

E. La LGM causera du tort aux compositeurs canadiens

L’ACR admet d’entrée de jeu que les compositeurs de musique pour les émissions locales seront les plus affectés, puisqu’il y a peu de chances que ces émissions soient exportées et que par conséquent, le Canada est probablement la seule source de redevances pour le droit d’exécution.⁷⁵ La plupart de ces compositeurs, sinon tous, sont probablement canadiens. Ce sont aussi eux qui sont le plus avantagés par les pratiques actuelles de la SOCAN en matière de distribution. Manifestement, l’ACR propose une mesure qui causera du tort aux compositeurs canadiens.

F. Conclusion

Le fait même d’avoir permis aux compositeurs canadiens de se coaliser comme ils l’ont fait rend la LGM impraticable ou peu souhaitable. Elle sous-entend soit la fin des cessions exclusives, soit un boycott des membres de la SOCAN de la part des télédiffuseurs. Tant et aussi longtemps que les compositeurs ou les autorités compétentes n’en viendront pas à la conclusion qu’il faut mettre fin à cette caractéristique institutionnelle fondamentale, la Commission fait fausse route en mettant au point un système qui ne peut fonctionner que dans un monde différent et qui contrecarre les choix légitimes des compositeurs.

À plus long terme, et dans un monde où les utilisateurs eux-mêmes réclament de plus en plus l’accès à des guichets uniques, les transactions individuelles ne peuvent que compliquer les choses. À

arrangements appear to me highly preferable to the world sought by CAB.

Rejecting the MBL does not create permanent paralysis. It simply ensures that the system that we have, and which CAB's own witnesses say will continue to be necessary in television and other media,⁷⁶ is not compromised by the introduction of an option which is bound to produce undesirable results for all concerned, including the broadcasters themselves.

cet égard, les arrangements institutionnels qui existent me semblent de beaucoup préférables au monde que recherche l'ACR.

Le fait de rejeter la LGM n'entraîne pas une paralysie permanente. Cela garantit simplement que l'existence de ce système qui, du dire même des témoins de l'ACR, doit continuer d'exister pour la télévision comme ailleurs,⁷⁶ n'est pas mise en péril en offrant une option qui, nécessairement, aura des conséquences néfastes pour tous les intéressés, y compris les télédifuseurs.

ENDNOTES

1. Later known as PROCAN.
2. That request was reiterated each year from 1986 to 1989.
3. For existing programming, deals could be struck with owners of rights in the programs, when they already own the performing rights. Thus, producers of American programming are, most of the time, first owners of the copyright in commissioned music. This is a result of the American “work-for-hire” doctrine: testimony of Mr. Reimer, tr. p. 1208.
4. The one-price blanket licence is examined later.
5. Such is the case for the management of so-called “grand rights”.
6. In a few cases, (retransmission, public performance of performers’ performances) collective administration is either compulsory, or constitutes the only way in which certain protected uses can be remunerated.
7. No one has challenged that framework or asked that the composers’ ability to opt for collective administration be curtailed or otherwise controlled. If anything, Parliament’s intention over the last several years has been clearly to allow for more, not less, collective administration.
8. Subsection 68.2(2) of the *Act*.
9. In Europe, composers can assign different parts of their repertoire to different societies. Those assignments are, nevertheless, exclusive. See e.g. Exhibit SOCAN-47 (*Acte d’adhésion aux statuts de la SACEM*), art. 34. According to the testimony of Mr. Tournier, very few authors take advantage of this provision.
10. Only by foregoing membership in any music society could a Canadian composer be in a position to negotiate a price higher than the SOCAN tariff.

NOTES

1. Qui deviendra plus tard la SDE.
2. La même demande a été reformulée de 1986 à 1989.
3. Pour l’émission déjà produite, les droits pourraient être acquis du producteur, s’il en est titulaire. Tel pourrait être le cas des émissions américaines : la théorie américaine dite du «*work-for-hire*» fait en sorte que la plupart du temps, c’est le producteur qui est le premier titulaire du droit sur la musique composée sur commande : témoignage de M. Reimer, tr. p. 1208.
4. La question des licences générales fait l’objet plus loin d’un développement.
5. C’est ce qui se fait pour la gestion des «grands droits».
6. Dans certains cas, (retransmission, exécution publique des prestations d’artistes-interprètes) la gestion collective est obligatoire ou constitue la seule façon d’obtenir une rémunération.
7. Personne ne remet en cause ce régime ni ne demande de restreindre la faculté qu’ont les compositeurs d’opter pour la gestion collective. D’ailleurs, l’intention du Parlement depuis quelques années va clairement dans le sens de la gestion collective, et non le contraire.
8. Paragraphe 68.2(2) de la *Loi*.
9. En Europe, les compositeurs peuvent céder, de façon exclusive, différentes parties de leur répertoire à des sociétés distinctes. Voir, par exemple, la pièce SOCAN-47 (*Acte d’adhésion aux statuts de la SACEM*), art. 34. Selon M. Tournier, très peu de compositeurs se prévalent de cette disposition.
10. Seul le compositeur canadien qui n’est membre d’aucune société de gestion peut négocier un prix plus élevé que le tarif SOCAN.

11. Broadcasters already take full advantage of SOCAN's internal rules by securing for themselves, in most cases, the publisher's share of the royalties.
12. Significantly, under the *Status of the Artist Act* (SAA), the exclusive nature of representation is imposed by statute. In effect, the SAA allows to happen in the front end what has been allowed for some time in the back end.
13. The issue of whether broadcasters' publishing subsidiaries actually do a publisher's job remains very much open: contrast, for example, the testimony of Mr. Morley, tr. p. 81, with that of Ms. Schafran, tr. pp. 3290, 3355-9. Ms. Schafran's testimony was especially telling in outlining the conflict of interest which exists in almost all cases between composers and broadcasters: see, e.g., tr. pp. 3292, 3371-2.
14. Exhibit SOCAN-48, p. 2
15. Exhibit SOCAN-48, p. 9
16. Exhibit SOCAN-48, p. 9
17. Exhibit CAB-9, p. 28
18. *Final Report to the Minister of Consumer and Corporate Affairs for 1986* (1986), 11 C.P.R. (3d) 1, p. 11 (Cop.Ap.Bd.)
19. I take the first two suggestions as having been made more in jest than seriously.
20. CAB itself pointed to the increased importance of foreign revenues, especially in the television market.
21. This was clearly recognized in the agreement between SPACQ and SOCAN concerning the former's certification as a bargaining agent: see Exhibit CAB-11, p. 6.
22. CAB is incorrect in stating that the SAA "contemplates setting the terms and conditions for composers *qua* copyright owners": CAB Reply, paragraph 100. Copyright is a good, not a service.
11. Les télédiffuseurs prennent déjà plein avantage des règlements de la SOCAN en obtenant la plupart du temps la part de redevances qui revient à l'éditeur.
12. Fait à souligner, le caractère exclusif de la représentation est imposé par la *Loi sur le statut de l'artiste (LSA)*. Elle permet donc que se produise «en amont» ce qui était déjà permis depuis un certain temps «en aval».
13. On est loin de savoir si les maisons d'édition des télédiffuseurs s'acquittent véritablement de leur travail d'éditeur : comparer, par exemple, les témoignages de M. Morley, tr. p. 81, et de Mme Schafran, tr. p. 3290, 3355-9. Le témoignage de cette dernière illustre particulièrement bien le conflit d'intérêts qui existe dans presque tous les cas entre compositeurs et télédiffuseurs : voir, par exemple, tr. p. 3292, 3371-2.
14. Pièce SOCAN-48, p.2
15. Pièce SOCAN-48, p.9
16. Pièce SOCAN-48, p.9
17. Pièce CAB-9, p. 28
18. *Final Report to the Minister of Consumer and Corporate Affairs for 1986* (1986), 11 C.P.R. (3d) 1, p. 11 (Cop.Ap.Bd.)
19. Je tiens pour acquis que l'ACR ne croit pas vraiment que ses deux premières suggestions sont viables.
20. L'ACR elle-même a souligné l'importance croissante des revenus étrangers, particulièrement dans le domaine de la télévision.
21. Ce qu'ont clairement reconnu la SPACQ et la SOCAN dans leur accord portant sur l'accréditation de la première à titre d'unité de négociation : voir pièce CAB-11, p. 6.
22. L'ACR a tort de prétendre que la LSA permet d'établir des conditions visant les compositeurs en tant que titulaires de droits : réplique de l'ACR, paragraphe 100. Le droit d'auteur est un bien, non un service.

23. One must remember that the *SAA* only sets minimum terms.
 24. SOCAN's market is contestable. The only barrier to entry into that market is the requirement that a tariff be certified before collecting royalties.
 25. Past experiences before this Board with SPACQ and others show that members of SOCAN are quite able to express to the Board their dissatisfaction with some of SOCAN's decisions or practices.
 26. *Public Performance, 1993*, p. 361
 27. See *supra*, n. 3
 28. Exhibit SOCAN-53 (revised chart to SOCAN-4); tr. pp. 1500-5. Music performing royalties represented 5.58 per cent of program expenses in 1972, 4.18 per cent in 1984, 2.96 per cent in 1991 and 3.19 per cent in 1995.
 29. CAB Argument, p. iii and paragraphs 13 to 21.
 30. See Exhibits SOCAN-6 and Board-1
 31. That remains true whether audience loss is due to forms of entertainment which generate royalties to SOCAN, such as viewing to specialty channels, to forms that do not, such as viewing to VCR, or to forms that may or may not generate such royalties in the future, such as the Internet.
 32. See Exhibit CAB-3, Appendix A, Table 2, reproduced in part in the table accompanying n. 61, *infra*.
 33. Exhibit SOCAN-19
 34. Evidence of Mr. Casey, Exhibit SOCAN-3
 35. This can be derived from SOCAN-3.
23. N'oublions pas que la *LSA* prévoit uniquement la négociation de conditions minimales.
 24. Le marché de la SOCAN est contestable. La seule entrave à l'accès dans ce marché est l'exigence de faire homologuer un tarif avant de percevoir des redevances.
 25. Les interventions de la SPACQ et d'autres associations devant cette Commission, par le passé, démontrent à quel point les membres de la SOCAN sont en mesure d'exprimer à la Commission leur mécontentement à l'égard de certaines décisions ou pratiques de leur société.
 26. *Exécution publique, 1993*, p. 361
 27. Voir *supra*, n. 3
 28. Pièce SOCAN-53, (tableau révisé accompagnant la pièce SOCAN-4); tr. p. 1500-5. Les droits d'exécution représentaient 5,58 pour cent des coûts de programmation en 1972, 4,18 pour cent en 1984, 2,96 pour cent en 1991 et 3,19 pour cent en 1995.
 29. Argumentation de l'ACR, p. iii et paragraphes 13 à 21.
 30. Pièces SOCAN-6 et Board-1
 31. L'hypothèse reste valable peu importe que la perte d'auditoire soit en faveur de divertissements qui génèrent des redevances pour la SOCAN, telle l'écoute des chaînes spécialisées, ou qui n'en génèrent pas, telle l'écoute de vidéocassettes, ou encore dont on ne sait toujours pas s'ils en généreront, tel l'Internet.
 32. Pièce CAB-3, annexe A, tableau 2, reproduit en partie dans le tableau qui accompagne la n. 61, *infra*.
 33. Pièce SOCAN-19
 34. Preuve de M. Casey, pièce SOCAN-3
 35. On établit ce fait en utilisant la pièce SOCAN-3.

36. In itself, the comparison in the growth of air-time sales of specialty services and conventional broadcasters is meaningless. Specialty services sales still represent less than 8 per cent of the total air-time sales in the business. Moreover, the difference in rate of increase is explained in large part by the arrival of new services: over the last five years, the number of specialty services has increased from 13 to 21.
37. Exhibit SOCAN-3, p. 4
38. Exhibit CAB-29, p. 5
39. I cannot recall a conventional television station going bankrupt. The failed first attempt at introducing non-broadcast services resulted in a much more tightly supervised, and successful, second attempt.
40. This outline is based on the testimony of Messrs. Reimer and Zwaska, tr. pp. 1142 *passim*, 2659 *passim*, Exhibit CAB-6 and Exhibit SOCAN-10.
41. ASCAP's assignments are non-exclusive. BMI's are exclusive except for the United States.
42. ASCAP's consent decree and related orders also deal with some aspects of sampling and distribution.
43. In their testimony, Messrs. Reimer and Zwaska alluded to a similar provision now applying to BMI. This is confirmed in *Nimmer on Copyright*, p. 8-271.
44. The CBS, ABC and NBC networks, as well as the stations they own, are subject to separate licensing regimes with their own history of litigation. Royalties on account of programming on the Fox, Warner Brothers and UPN networks are, again as a result of a court decision, paid by their affiliates.
45. The so-called *Voice of Alabama* proceedings.
36. En soi, la comparaison du taux de croissance des ventes de temps d'antenne des services spécialisés et des télédiffuseurs conventionnels ne signifie rien. Les ventes des services spécialisés représentent toujours moins de 8 pour cent du total des ventes dans ce marché. Qui plus est, la différence dans le taux de croissance s'explique en grande partie par l'arrivée de nouveaux services : en cinq ans, leur nombre est passé de 13 à 21.
37. Pièce SOCAN-3, p. 4
38. Pièce CAB-29, p. 5
39. Je ne sais pas qu'une station de télévision conventionnelle ait jamais fait faillite. À une première tentative infructueuse d'implantation des services spécialisés a fait suite un deuxième effort, étroitement surveillé et beaucoup plus réussi.
40. Ce qui suit est fondé sur les témoignages de MM. Reimer et Zwaska, tr. p. 1142 *passim*, 2659 *passim*, ainsi que les pièces CAB-6 et SOCAN-10.
41. Les cessions obtenues par l'ASCAP sont non exclusives. La BMI obtient des cessions exclusives sauf pour les États-Unis.
42. Le *consent decree* de l'ASCAP et certaines ordonnances qui s'y rattachent traitent aussi d'échantillonnage et de distribution.
43. Durant leur témoignage, MM. Reimer et Zwaska ont fait allusion à un régime similaire qui s'appliquerait désormais à la BMI. *Nimmer on Copyright*, p. 8-271, les corrobore sur ce point.
44. Les réseaux CBS, ABC et NBC et les stations dont ils sont propriétaires sont assujettis à des licences distinctes ayant aussi fait l'objet de plusieurs litiges. Les redevances pour la musique incorporée à la programmation des réseaux *Fox*, *Warner Brothers* et UPN sont versées par leurs stations affiliées, toujours suite à une décision de justice.
45. L'affaire dite *Voice of Alabama*.

46. BMI's rates, which were first set in 1959, ranged from 0.81 per cent to 1.09 per cent for stations with over \$100,000 in gross revenue.

47. *United States v. ASCAP (Application of Shenandoah Valley Broadcasting Inc.)* 1962 Trade Cases ¶ 70,466 (S.D.N.Y.), 1964 Trade Cases ¶ 71,102, cert. denied 377 U.S. 997 (1964)

48. This is known as the *Shenandoah* formula. As a result, the share of broadcasters' income paid for music performing rights progressively declined to approximately 1.17 per cent by 1985, which is the last year in which the *Shenandoah* formula was applied.

Networks started paying flat fees in 1969. From the time the *Shenandoah* agreement was reached, BMI's licence was set at a percentage of ASCAP's, which increased progressively from 58 per cent in 1969 to 80 per cent in 1995.

49. This is what is referred to as the *Buffalo Broadcasting* proceedings.

50. The last year of the first term of the *Shenandoah* agreements.

51. BMI and broadcasters agreed to put negotiations on hold pending the outcome of the ASCAP Rate Court proceedings. BMI licence agreement covering both blanket and per-program licences now apply for the period from January 1995 to the end of March 1999.

Stations and SESAC reached their first industry-wide agreement in January 1997. The agreement is retroactive to October 1995 and extends to the end of the year 2000. It provides only for blanket licences.

52. That is royalties paid by television stations for their local programming as well as royalties paid by CBS, ABC and NBC for their network programming and for local programming on the stations they own and operate.

46. Un «*commercial fee*» et un «*sustaining fee*». Pour la BMI, les taux établis pour la première fois en 1959, vont de 0,81 pour cent à 1,09 pour cent pour les stations dont les revenus bruts dépassaient 100 000 \$.

47. *United States v. ASCAP (Application de Shenandoah Valley Broadcasting Inc.)* 1962 Trade Cases ¶ 70,466 (S.D.N.Y.), 1964 Trade Cases ¶ 71,102, cert. denied 377 U.S. 997 (1964)

48. C'est ce qu'on appelle la formule *Shenandoah*. La part de revenus versée par les télédiffuseurs pour leurs droits d'exécution passe donc progressivement à 1,17 pour cent en 1985, dernière année d'application de la formule.

À partir de 1969, les réseaux versent des montants forfaitaires. Depuis l'adoption de la formule *Shenandoah*, la redevance de la BMI est un pourcentage du montant payable à l'ASCAP, pourcentage qui augmente progressivement de 58 pour cent en 1969 à 80 pour cent en 1995.

49. Affaire *Buffalo Broadcasting*

50. Soit la dernière année de la première entente *Shenandoah*.

51. La BMI et les télédiffuseurs s'étaient entendus pour remettre leurs négociations jusqu'à la conclusion de l'affaire *Buffalo Broadcasting*. Une entente BMI traitant des licences générales et «à la pièce» s'applique de janvier 1995 à la fin mars 1999.

En janvier 1997, les stations et la SESAC concluent une première entente visant tout le secteur. Elle s'applique d'octobre 1995 à la fin de l'an 2000, et prévoit uniquement une licence générale.

52. C'est-à-dire les droits versés par les stations de télévision à l'égard de leur programmation locale et par les réseaux CBS, ABC et NBC à l'égard de la programmation de réseau et de la programmation locale des stations dont ils sont propriétaires.

53. See Exhibit CAB-3, Appendix A, Table 9 for music licence fees; Exhibit CAB-16 and *supra*, n. 28 for the ratio of licence fees to programming expenses in the United States and in Canada. Population data (262.8 millions for the U.S. and 29.6 millions for Canada) are for 1995 and come from the websites of the U.S. Census Bureau (www.census.gov/stat_abstract) and of Statistics Canada (www.statcan.ca/english/pgdb/people/population).
54. Tr. p. 1706
55. Except for partial account being taken of the increase in the number of stations.
56. Testimony of Mr. Zwaska, tr. pp. 2665-6. The repertoire of the third music society, SESAC, is not important enough to have a significant impact on the market.
57. Exhibit CAB-6, p. 7; see also the testimony of Mr. Reimer, tr. p. 1315.
58. See *supra*, n. 46 and accompanying text. See also the testimony of Mr. Zwaska during the 1993 hearing, Exhibit SOCAN-10, pp. 1267-8.
59. See e.g. the testimony of Mr. Reimer, tr. p. 1316.
60. Testimony of Mr. Ellis, tr. p. 676; Exhibit CAB-3, p. 6
61. The table is derived from Exhibit CAB-3, Appendix A, Table 2.
62. In fact, the viewing share to all services that are subject to tariffs set by this Board (total Canadian services + U.S. specialty services) increased from 74.9 per cent to 77.7 per cent over the period.
63. \$23.7 millions of this is attributable to the Bellingham, Washington situation, which Mr. Goldstein characterized as atypical.
64. This can be determined using *Retransmission, 1990* and *Retransmission, 1992*.
53. Voir pièce CAB-3, annexe A, tableau 9 (droits d'exécution); pièce CAB-16 et *supra*, n. 28 (rapport entre les dépenses de programmation et les droits d'exécution aux États-Unis et au Canada). Les données de population utilisées (262,8 millions pour les États-Unis et 29,6 millions pour le Canada) sont pour l'année 1995 et proviennent des sites web du *U.S. Census Bureau* (www.census.gov/stat_abstract) et de Statistique Canada (www.statcan.ca/français/pgdb/people/population).
54. Tr. p. 1706
55. Sauf, pour partie, de l'augmentation du nombre de stations.
56. Témoignage de M. Zwaska, tr. p. 2665-6. Le répertoire de la troisième société de gestion, la SESAC, n'est pas suffisamment important pour avoir un impact significatif sur ce marché.
57. Pièce CAB-6, p.7; voir aussi le témoignage de M. Reimer, tr. p. 1315.
58. *Supra*, n. 46 et le texte qui l'accompagne. Voir aussi le témoignage de M. Zwaska en 1993, pièce SOCAN-10, p. 1267-8.
59. Voir, par exemple, le témoignage de M. Reimer, tr. p. 1316.
60. Témoignage de M. Ellis, tr. p. 676; pièce CAB-3, p. 6
61. Tableau dérivé de la pièce CAB-3, annexe A, tableau 2.
62. Fait intéressant à noter, la part d'audience de tous les services assujettis aux tarifs de la Commission (tous les services canadiens et les services spécialisés américains) passe de 74,9 pour cent à 77,7 pour cent durant cette période.
63. De ce montant, 23,7 millions de dollars est attribuable à la station de Bellingham (Washington). M. Goldstein a dit que cette situation était exceptionnelle.
64. Ce fait peut être établi en utilisant certaines données contenues dans les décisions *Retransmission, 1990* et *Retransmission, 1992*.

65. *Public Performance, 1993*, p. 362
66. This can be derived from tables in Exhibit SOCAN-4.
67. Testimony of Mr. Morley, tr. pp. 106-8
68. As to SESAC, see *supra*, n. 56
69. There has been little source licensing for syndicated programs: testimony of Mr. Reimer, tr. pp. 1207, 1293.
70. *Supra* n. 3
71. *Public Performance, 1993*, p. 365
72. *Public Performance, 1993*, p. 359
73. This is precisely what Commissioner Fenus did in his dissenting opinion regarding SOCAN's Tariff 17: the Board's decision of April 19, 1996.
74. Adding to the difficulty is the fact that news programming is especially suited to so-called "library music". This means that a producer/broadcaster is in no way dependent on commissioning composers in order to get the music it needs for the production of a news program. It also means that where commissioned music is replaced by library music, composers lose not only their performing rights, but all revenues associated with the composition of music.
75. CAB Argument, paragraph 121
76. Testimony of Messrs. Zwaska and Gertz, tr. pp. 2814-7.
65. *Exécution publique, 1993*, p. 362
66. Les tableaux qui accompagnent la pièce SOCAN-4 permettent d'établir ces rapports.
67. Témoignage de M. Morley, tr. p. 106-8
68. Quant à la SESAC, voir la n. 56, *supra*
69. La musique contenue dans les émissions souscrites fait rarement l'objet d'affranchissement des droits à la source : témoignage de M. Reimer, tr. p. 1207, 1293.
70. *Supra* n. 3
71. *Exécution publique, 1993*, p. 365
72. *Exécution publique, 1993*, p. 359
73. C'est précisément ce que le commissaire Fenus a fait dans sa dissidence à l'égard du tarif 17 de la SOCAN, dans la décision de la Commission du 19 avril 1996.
74. Le fait que les émissions de nouvelles se prêtent particulièrement à l'utilisation de musique provenant des «bibliothèques de musique» n'a rien pour améliorer la situation. Le télédiffuseur qui produit une émission n'a pas besoin de passer une commande auprès d'un compositeur pour obtenir la musique qu'il lui faut pour produire une émission de nouvelles. Cela veut aussi dire que lorsqu'on remplace la musique de commande par de la musique «en boîte», les compositeurs perdent non seulement leurs droits d'exécution, mais aussi tous les revenus que leur procure la composition d'une œuvre originale.
75. Argumentation de l'ACR, paragraphe 121
76. Témoignage de MM. Zwaska et Gertz, tr. p. 2814-7.