

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

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

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

**Collective Administration in Relation to  
Rights Under Sections 3, 15, 18 and 21**

**Gestion collective relative aux droits visés aux  
articles 3, 15, 18 et 21**

*Copyright Act, subsections 68(3) and 70.15(1)*

*Loi sur le droit d'auteur, paragraphes 68(3)  
et 70.15(1)*

Files: Public Performance of Musical Works;  
Public Performance of Sound Recordings;  
Reproduction of Musical Works

Dossiers : Exécution publique d'œuvres  
musicales; Exécution publique d'enregistrements  
sonores; Reproduction d'œuvres musicales

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE  
COLLECTED BY SOCAN, NRCC AND CSI IN  
RESPECT OF MULTI-CHANNEL  
SUBSCRIPTION SATELLITE RADIO SERVICES

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR  
LA SOCAN, LA SCGDV ET CSI À L'ÉGARD DES  
SERVICES DE RADIO SATELLITAIRE À  
CANAUX MULTIPLES PAR ABONNEMENT

SOCAN (2005-2009), NRCC (2007-2010),  
CSI (2006-2009)

SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010),  
CSI (2006-2009)

**DECISION OF THE BOARD**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

Mr. Justice William J. Vancise  
Mr. Stephen J. Callary  
Mrs. Jacinthe Théberge

M. le juge William J. Vancise  
M. Stephen J. Callary  
M<sup>e</sup> Jacinthe Théberge

*Date of Decision*

*Date de la décision*

April 8, 2009

Le 8 avril 2009

*Corrected Version*

*Version corrigée*

May 6, 2009

Le 6 mai 2009

Ottawa, April 8, 2009

Ottawa, le 8 avril, 2009

**Files: Public Performance of Musical Works;  
Public Performance of Sound Recordings;  
Reproduction of Musical Works**

**Dossiers : Exécution publique d'œuvres  
musicales; Exécution publique  
d'enregistrements sonores; Reproduction  
d'œuvres musicales**

**Reasons for the decision certifying the tariff to be collected by SOCAN (2005-2009), NRCC (2007-2010) and CSI (2006-2009) in respect of Multi-Channel Subscription Satellite Radio Services**

**Motifs de la décision homologuant le tarif des redevances à percevoir par la SOCAN (2005-2009), la SCGDV (2007-2010) et CSI (2006-2009) à l'égard des services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement**

**I. INTRODUCTION**

**I. INTRODUCTION**

[1] The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) and CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) filed tariffs for the use of their repertoire by Multi-Channel Subscription Satellite Radio Services. The proposed statements of royalties were filed pursuant to subsection 67.1(1) and 70.13(1) of the *Copyright Act* (the "Act").

[1] La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) et CMRRA/SODRAC inc. (CSI) ont déposé des tarifs pour l'utilisation de leur répertoire par les services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement. Les projets de tarifs ont été déposés en vertu des paragraphes 67.1(1) et 70.13(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « Loi »).

[2] SOCAN's proposed statements for 2005, 2006, 2007, 2008 and 2009 were published in the *Canada Gazette* on May 1, 2004, May 14, 2005, May 20, 2006, June 23, 2007 and June 14, 2008. NRCC's statement for the years 2007 to 2010 was published on May 6, 2006. CSI's statements for 2006 to 2009 and for 2008-2009 were published on April 30, 2005 and May 19, 2007.<sup>1</sup> Potential users and their representatives were advised of their right to object. Sirius Satellite Radio (Sirius) and Canadian Satellite Radio Inc. (CSR), collectively the "Satellite Radio Services" did so.

[2] Les projets de la SOCAN pour 2005, 2006 et 2007, 2008 et 2009 ont été publiés dans la *Gazette du Canada* le 1<sup>er</sup> mai 2004, le 14 mai 2005, le 20 mai 2006, le 23 juin 2007 et le 14 juin 2008. Celui de la SCGDV pour les années 2007 à 2010 a été publié le 6 mai 2006. Les tarifs de CSI pour 2006 à 2009 et pour 2008-2009 ont été publiés le 30 avril 2005 et le 19 mai 2007.<sup>1</sup> Les utilisateurs éventuels et leurs représentants ont été avisés de leur droit de s'opposer. Sirius Radio Satellite (Sirius) et *Canadian Satellite Radio Inc.* (CSR), collectivement désignées les « services de radio par satellite » ou « services de radio satellitaire », l'ont fait.

[3] The examination of these three matters was consolidated at the request of the Satellite Radio Services, for the reasons set out in the Board's order of July 21, 2006. The hearings took place over eleven days, from November 26 to

[3] Pour les motifs exprimés dans une ordonnance de la Commission du 21 juillet 2006, l'examen des trois affaires a été réuni à la demande des services de radio par satellite. Les audiences ont été tenues pendant onze jours, du

December 11, 2007. The record of the proceedings was closed on February 13, 2008 with the parties' last filing of supplementary materials.

### **1. Position of Parties**

[4] SOCAN initially proposed a rate of 25 per cent of total gross income. That proposal was however revised downward substantially at close to 15 per cent, and then to about 13 per cent following the parties' replies.

[5] NRCC initially proposed a rate of 17 per cent of gross income, with a minimum fee of \$1.50 per subscriber per month. NRCC later revised its rate proposal to 4.4 per cent and then 4 per cent, without specifying any minimum fees.

[6] CSI initially proposed a rate of 5 per cent of gross income, with a minimum fee of \$0.50 per subscriber per month. CSI's new proposed tariff for 2008 and 2009 included rates of 5 per cent with a minimum fee of \$0.50 per subscriber per month for a service that does not authorize subscribers to reproduce musical works, and 10 per cent with a minimum fee of \$1 for a service that does. These rates were revised to 2.9 per cent (\$0.29) and 5.8 per cent (\$0.58).

[7] CSR did not propose any specific rates, although it was of the opinion that it should be lower than the rate paid by commercial radio stations. Sirius proposed SOCAN rates of between 2.0 and 2.6 per cent of income, NRCC rates of between 0.5 per cent and 0.7 per cent, and CSI rates of between 0.48 per cent and 1.14 per cent.

### **2. Description of the Multi-Channel Subscription Satellite Radio Services**

[8] The satellite radio services industry originated in the United States. XM Satellite Radio (XM)

26 novembre au 11 décembre 2007. Le dossier de l'instance a été clos le 13 février 2008 avec le dépôt final de documentation additionnelle par les parties.

### **1. Position des parties**

[4] La SOCAN a d'abord proposé un tarif de 25 pour cent du revenu brut total. Cette proposition a toutefois été révisée considérablement à la baisse, passant à près de 15 pour cent, pour ensuite s'établir à 13 pour cent après les réponses des parties.

[5] La SCGDV a d'abord proposé un tarif de 17 pour cent du revenu brut, avec une redevance minimale de 1,50 \$ par mois par abonné. La SCGDV a ultérieurement révisé sa proposition de taux à 4,4 puis à 4 pour cent, sans aborder la question des redevances minimales.

[6] CSI a d'abord proposé un tarif de 5 pour cent du revenu brut, avec une redevance minimale de 0,50 \$ par mois par abonné. Le nouveau tarif de CSI pour 2008 et 2009 comprend un taux de 5 pour cent du revenu brut total avec une redevance minimale de 0,50 \$ par mois par abonné pour un service qui n'autorise pas la reproduction d'œuvres musicales par les abonnés, et de 10 pour cent avec une redevance minimale de 1 \$ pour un service qui les autorise. Ces taux ont été révisés pour s'établir à 2,9 pour cent (0,29 \$) et 5,8 pour cent (0,58 \$).

[7] CSR n'a proposé aucun tarif particulier quoiqu'elle soit d'avis qu'il devrait être inférieur à celui payé par les stations de radio commerciales. Sirius a proposé des taux pour la SOCAN se situant entre 2,0 et 2,6 pour cent du revenu, entre 0,5 et 0,7 pour cent pour la SCGDV et entre 0,48 et 1,14 pour cent pour CSI.

### **2. Description des services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement**

[8] L'industrie des services de radio par satellite a pris naissance aux États-Unis. XM Satellite

launched its operation on September 25, 2001 and Sirius Satellite Radio (Sirius U.S.) launched its operation on July 1, 2002. They were the first and remain the largest operators in the world.

[9] XM uses two high-powered geostationary satellites that rotate in synchronization with the earth and provide blanket coverage of the entire U.S. mainland and southern Canada.

[10] Sirius uses three satellites that move around the earth in an elliptical orbit. These satellites are called geosynchronous and orbit above the equator for 16 hours a day and below the equator for 8 hours permitting the satellite to sleep and conserve energy.

[11] The multiplex signal sent by satellite to the mobile receivers is encrypted so that only those receivers equipped with a decryption key which permits the unscrambling of the signal can receive and play the signal.

[12] The American services were able to expand into Canada by forming exclusive partnerships with Canadian corporations. On June 16, 2005, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) issued broadcasting licences to CSR and Sirius to offer satellite radio services across Canada. CSR (XM Canada) launched its operation on November 22, 2005 and Sirius on December 1, 2005.

[13] At the end of 2004, XM reported over 3.2 million subscribers, and Sirius U.S. had reached the one million subscriber level. At the time of the hearing, Sirius and CSR had 200,000 and 120,000 subscribers respectively. By the summer of 2008, those numbers had increased to 750,000 and 440,000.<sup>2</sup> Satellite radio services quickly penetrated the market. It took Sirius U.S.

Radio (XM) a commencé ses opérations le 25 septembre 2001 et Sirius Satellite Radio (Sirius U.S.), le 1<sup>er</sup> juillet 2002. Ces entreprises ont été les premières et demeurent les plus importantes du monde dans ce domaine.

[9] XM utilise deux satellites géostationnaires de grande puissance dont l'orbite autour de la terre est en phase et qui procurent une couverture englobant toute la partie continentale des États-Unis et le sud du Canada.

[10] Sirius utilise trois satellites qui circulent autour de la terre selon une orbite elliptique. Ces satellites sont appelés géosynchrones et sont placés en orbite au-dessus de l'équateur durant 16 heures par jour et sous celui-ci, pour les autres 8 heures, permettant ainsi au satellite d'entrer en état de veille et de conserver de l'énergie.

[11] Le signal multiplex transmis par satellite aux récepteurs mobiles est codé de telle sorte que seuls les récepteurs munis d'une clé de déchiffrement permettant de débrouiller le signal peuvent le recevoir et le jouer.

[12] L'expansion des services américains chez nous a été rendue possible par la formation de coentreprises exclusives avec des sociétés canadiennes. Le 16 juin 2005, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a délivré à CSR et Sirius des licences de radiodiffusion pour offrir des services de radio par satellite partout au Canada. CSR (XM Canada) a commencé ses opérations le 22 novembre 2005 et Sirius, le 1<sup>er</sup> décembre 2005.

[13] À la fin de 2004, XM déclarait plus de 3,2 millions d'abonnés, et Sirius U.S. avait atteint le plateau du million d'abonnés. Lors de l'audience, Sirius et CSR avaient respectivement 200 000 et 120 000 abonnés. À l'été 2008, ces chiffres avaient augmenté à 750 000 et 440 000.<sup>2</sup> Les services de radio satellitaire ont connu une pénétration rapide du marché. Il aura fallu

3.6 years to have 5,000,000 units in the hands of American customers, while DVDs took 2.5 years to reach the same amount, MP3 players 4.8 years, cellular phones 10 years and satellite television 10.6 years.

[14] For our purposes, the infrastructure and operations of the two American services, on which the Canadian services rely, are fairly similar. In order to provide an uninterrupted radio broadcast service, the U.S. satellite services augment their satellite signal through the use of a network of ground transmitters. This technique, which is said to create “space diversity”, prevents signal dropouts. With this combined infrastructure, the satellite services are able to deliver all of their programming to all subscribers, regardless of their location in North America at the time of reception.

[15] In terms of programming content, although each satellite service has developed its own micro-niche programming, both offer a large selection of commercial-free music channels covering a wide range of genres as well as channels of news, children’s programs, sports, comedy, talk and traffic. Additionally, a subscription to the satellite services offers the following innovative features: text display providing artists’ name, songs’ title, scores, stock quotations, a tagging mechanism alerting listeners when a song or an artist is playing on another channel, temporary and permanent recording options, pause and replay of live radio content, Internet service delivery of some audio channels over the Web as a streaming service as well as allowing the receiver to be used as a MP3 player.

[16] Programming of the U.S. services is created and delivered using a content management system (CMS) located at their main broadcast studio. The objective of this system is to store once and deliver many times.

3,6 années à Sirius U.S. pour placer 5 000 000 d’unités entre les mains de clients américains, alors que le DVD a atteint le même nombre en 2,5 années, le lecteur MP3 en 4,8 années, le téléphone cellulaire en 10 années et la télévision par satellite en 10,6 années.

[14] Pour les besoins de l’espèce, l’infrastructure et l’exploitation des deux services américains, sur lesquels les services canadiens reposent, sont assez semblables. De façon à fournir un service radio ininterrompu, les services américains augmentent leur signal satellitaire en utilisant un réseau d’émetteurs terrestres. La technique qui, dit-on, crée de la « diversité d’espace » évite les interruptions de signal. Avec cette infrastructure mixte, les services sont en mesure de livrer toute leur programmation à tous leurs abonnés, peu importe où ils se trouvent en Amérique du Nord lors de la réception.

[15] Sur le plan du contenu de la programmation, même si chaque service a conçu ses propres micro-créneaux de programmation, les deux offrent un vaste choix de canaux de musique sans message publicitaire dans un large éventail de genres, de même que des canaux d’actualités, d’émissions pour enfants, de sports, de comédie, d’infovariété et de circulation. De plus, l’abonnement aux services par satellite offre les innovations suivantes : affichage texte du nom des artistes, du titre des chansons, des résultats sportifs et des cotes de la bourse, une fonction de repérage avertissant l’auditeur qu’une chanson ou un artiste tourne sur un autre canal, la possibilité de faire un enregistrement temporaire ou permanent, l’arrêt-reprise de contenu audio en direct, le service Internet de transmission sur demande de certains canaux audio par le Web ainsi que l’utilisation du récepteur comme lecteur MP3.

[16] La programmation des services américains est créée et livrée au moyen d’un système de gestion de contenu (SGC) situé à leur studio principal de radiodiffusion. L’objectif de ce système est de mettre en mémoire une fois et de livrer plusieurs fois.

[17] CSR uses a CMS provided by Delat Digital Media System. CSR produces and delivers 12 channels originating in Canada at studios located in Toronto and Montreal. Music directors at these two sites select the music to be used which is then injected in the system using functions of the Delat workstations located in these two cities. These workstations are directly connected to the main Delat CMS located in Washington, D.C. by a fibre optic line (OC3 line).

[18] Sirius uses a CMS called Nex Gen but does not produce any programming in Canada. All Sirius' content in Canada is produced by Canadian third-party content providers. These providers generate and deliver the content to the Sirius master control centre located in New York City.

[19] XM has a complex of 82 studios in Washington as well as studios in New York, Nashville and Chicago. Sirius U.S. is based out of New York and has other studios in Los Angeles and Memphis. Programming is not typically delivered live, with the obvious exception of live sporting events. Essentially, before programming can be uplinked to the satellites for delivery, programming directors must store a copy of all music and audio files required onto the main server. These files are compressed, encoded and combined to complete the process commonly referred to as "multiplexing". Selection and scheduling of programming content are done using specialized software that instructs the main server when and in what order it must play the various music or audio files. The server also serves the alternative delivery channels, including Internet and cellular phone streaming services.

[20] Although the Canadian satellite services rely heavily on their U.S. partner's programming, the terms of their CRTC licence require them to

[17] CSR utilise un SGC fourni par Delat Digital Media System. CSR produit et livre 12 canaux en provenance du Canada de studios situés à Toronto et à Montréal. Les directeurs musicaux à ces deux sites sélectionnent les pièces qui sont par la suite injectées dans le système par des fonctions des postes de travail Delat situés dans ces deux villes. Ces postes sont reliés directement au SGC principal situé à Washington, D.C. par un lien de fibre optique (lien OC3).

[18] Sirius utilise un SGC connu sous le nom de Nex Gen mais ne produit aucune programmation au Canada. Tout son contenu canadien est produit par des tiers canadiens fournisseurs de contenu. Ces derniers génèrent et livrent le contenu au centre de contrôle principal de Sirius, situé à New York.

[19] XM dispose d'un ensemble de 82 studios à Washington ainsi que des studios à New York, Nashville et Chicago. La principale place d'affaires de Sirius U.S. est à New York et elle a d'autres studios à Los Angeles et Memphis. La programmation n'est habituellement pas livrée en direct, sauf bien sûr les événements sportifs en direct. Essentially, avant que la programmation ne soit transmise au satellite en vue de sa livraison, les directeurs de programmation doivent mettre en mémoire dans le serveur principal une copie de tous les fichiers de musique et audio. Les fichiers sont comprimés, encodés et compilés afin de réaliser le processus communément appelé « multiplexage ». Le choix et la programmation du contenu se font au moyen de logiciels spécialisés qui commandent au serveur principal le moment et l'ordre dans lesquels celui-ci doit faire entendre les divers fichiers de musique ou audio. Le serveur dessert également les canaux alternatifs de livraison, dont les services de transmission sur demande sur Internet et aux cellulaires.

[20] Bien que les services par satellite canadiens utilisent abondamment la programmation de leurs partenaires américains, les conditions de leur

include in their subscription package a minimum of content produced in Canada. Accordingly, out of the 130 channels CSR offers, 13 are produced in Canada while out of the 110 channels Sirius offers, 11 are produced in Canada. The Satellite Radio Services differ slightly in the way they create and deliver their Canadian content. It is useful, in light of the legal issues raised, to highlight the distinctive features of each Service.

[21] CSR creates its own programming. A digital communication link from the Canadian offices to the U.S. infrastructure allows the work stations in Canada to send instructions directly to the servers and the scheduling software sitting in U.S. headquarters in Washington. Thus, CSR programming is conceived and controlled in Canada but produced from Washington.

[22] CSR receives audio content in the form of CDs or through DMDS-Musicrypt<sup>3</sup> service provided by the sound recording industry. When dealing with a new CD, the production team makes a copy directly on the server in the U.S. using the digital connection, without making any back up or archival copies. New music obtained through DMDS-Musicrypt is received as digital audio files from a server that sits in Canada. In this case, an intermediary copy of the file is stored on a work station located in Canada. If the Canadian production team selects the song, then that file is “transferred” onto the main server in Washington via the digital communication link.

[23] When it comes time to scheduling program content, the programming director instructs the U.S. scheduling software to play specific songs and recorded voice elements in a certain order and at the appropriate time; the Washington server plays them off its local hard drives, combining the Canadian channels with the

licence du CRTC les obligent à inclure dans leur bouquet d’abonnement un minimum de contenu produit au Canada. En conséquence, des 130 canaux offerts par CSR, 13 sont produits au Canada, alors que des 110 offerts par Sirius, 11 le sont. Les services de radio par satellite créent et livrent leur contenu canadien de façon quelque peu différente. Compte tenu des questions de droit soulevées, il est utile de souligner les caractéristiques qui différencient chaque service.

[21] CSR crée sa propre programmation. Un lien de communication numérique reliant les bureaux canadiens à l’infrastructure américaine permet aux stations de travail de transmettre des instructions directement du Canada aux serveurs et au logiciel d’ordonnancement situés dans les quartiers généraux de Washington. La programmation de CSR est donc conçue et contrôlée au Canada, mais produite de Washington.

[22] CSR reçoit le contenu audio sous forme de CD ou par l’intermédiaire d’un service SDMN-Musicrypt<sup>3</sup> fourni par l’industrie de l’enregistrement sonore. À la réception d’un nouveau CD, l’équipe de production en fait une copie directement sur le serveur aux États-Unis au moyen du lien numérique, sans en faire de copies de sauvegarde ou d’archivage. La nouvelle musique obtenue grâce au SDMN-Musicrypt est reçue sous forme de fichiers audionumériques d’un serveur situé au Canada. Dans ce cas, une copie intermédiaire du fichier est mémorisée dans une station de travail située au Canada. Si l’équipe de production canadienne choisit la chanson, ce fichier est alors « transféré » dans le serveur principal à Washington par le lien de communication numérique.

[23] Le moment venu de programmer le signal, le directeur de la programmation donne des instructions aux logiciels de répartition américains de jouer des chansons et des enregistrements vocaux donnés, dans un certain ordre et au moment opportun; le serveur situé à Washington les fait alors jouer à même ses

American ones into the common multiplex signal that is sent up to the satellite.

[24] Unlike CSR, Sirius does not produce any programming itself; it acquires all of its Canadian content from Canadian third-party content providers. Standard Radio Inc. provides Sirius with a Canadian rock music channel called Iceberg 95 created in studios located in Toronto. The content is available in CD and DMDS-Musicrypt. The music is scheduled from Toronto, loaded onto the Sirius master server where it is encoded and digitized for delivery to the server's master control centre in New York City. Astral Media provides Sirius with two Canadian rock music channels, *Rock Velours* and *Énergie*, pursuant to a subcontract with Standard Radio. The programming is created in Montreal using the same technology used by Standard Radio. The music is scheduled from Montreal on a six-hour loop for broadcast each day by a program called Music Master. Content providers store the music files and create the programming on a server located in their respective broadcast studio. Again, if musical works are provided on a CD, a digital copy is made on the content provider's server. If musical works are provided through DMDS-Musicrypt, a digital link to that service is used to copy that file onto the Canadian server. Sirius' Canadian content providers do not make archival copies of musical works.

[25] Sirius' content providers use a specialized scheduling software that is part of their server complex to determine which songs and other recorded voice elements will be played and when. When it is time for a show to air, the scheduling system automatically plays it off the copies on the Canadian servers. That output is linked by communication lines to the U.S. facility, combined with the other American channels and

propres disques durs en mixant les canaux canadiens et américains en un signal multiplex commun qui est transmis au satellite.

[24] Contrairement à CSR, Sirius ne produit pas elle-même de programmation; elle acquiert la totalité de son contenu canadien de tiers canadiens fournisseurs de contenu. Standard Radio Inc. fournit à Sirius un canal de musique rock canadienne connu sous le nom de Iceberg 95, produit dans des studios situés à Toronto. Le contenu est disponible sur CD et SDMN-Musicrypt. La musique est répartie de Toronto, stockée dans le serveur principal de Sirius où elle est encodée et numérisée pour sa livraison au serveur du centre de contrôle principal à New York. Astral Media fournit à Sirius deux canaux de musique rock canadienne, *Rock Velours* et *Énergie*, en vertu d'un contrat de sous-traitance avec Standard Radio. La programmation est créée à Montréal avec la même technologie que celle utilisée par Standard Radio. La musique est répartie de Montréal en boucle de six heures pour radiodiffusion quotidienne au moyen d'un logiciel appelé *Music Master*. Les fournisseurs de contenu compilent les fichiers de musique et créent la programmation sur un serveur situé dans leur studio de radiodiffusion respectif. Encore une fois, si des œuvres musicales sont fournies sur CD, une copie numérisée en est faite sur le serveur du fournisseur de contenu. Si des œuvres musicales sont fournies par SDMN-Musicrypt, un lien numérique auquel ce service est branché est utilisé pour reproduire ce fichier dans le serveur canadien. Les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius ne font pas de copie d'archives des œuvres musicales.

[25] Les fournisseurs de contenu de Sirius utilisent un logiciel de répartition spécialisé intégré à leur ensemble de serveurs pour déterminer les chansons et autres enregistrements vocaux qui seront joués ainsi que le moment où ils le seront. Lorsque vient le temps de diffuser une émission, le système de répartition la transmet à partir des copies dans les serveurs canadiens. Ces sorties de données sont intégrées

uplinked to the satellites. The content used on the Canadian originated signals is never actually stored on the Sirius U.S. server.

[26] In both cases, once the programming has been multiplexed and uplinked to the satellites, programming is delivered to the subscribers' respective receivers in Canada and the U.S. The Satellite Services' management system tells the Canadian receivers which channels a subscriber is entitled to receive and the U.S. satellite services' management system does the same for its American subscribers. Although the signal that Canadian subscribers receive holds all the channels offered by both the U.S. and Canadian Satellite Services, because the signal is encrypted, they will only have access to a subset of channels.

## **II. THE EVIDENCE**

### **1. Joint Evidence of Parties**

[27] The parties jointly commissioned Erin Research to document the amount of music on all-music channels and the amount of music on selected channels on Sirius and CSR to measure the total amount of music on channels that the parties identified as relevant, that is on "talk channels"; to report on the amount of music used in, for example, commercials; and to report on the amount of music used by each network and each channel. The results accepted by all parties are that for Sirius the amount of music for non-music channels is 31.7 to 33 per cent, and for CSR, 25.3 per cent. They also agree that the music channels use music 94 per cent of programming time.

aux installations américaines par des lignes de communication, mixées aux autres canaux américains et transmises aux satellites par liaison ascendante. Le contenu utilisé dans les signaux provenant du Canada n'est jamais vraiment stocké dans le serveur de Sirius U.S.

[26] Dans les deux cas, une fois que la programmation a été multiplexée et transmise aux satellites par liaison ascendante, elle est livrée aux récepteurs respectifs des abonnés au Canada et aux États-Unis. Les systèmes de gestion des services par satellite indiquent aux récepteurs canadiens les canaux qu'un abonné est en droit de capter; ceux des systèmes américains font de même pour les abonnés américains. Bien que le signal reçu par les abonnés canadiens contienne tous les canaux offerts par les services américain et canadien, parce que le signal est chiffré, les abonnés n'auront accès qu'à un sous-ensemble de canaux.

## **II. LA PREUVE**

### **1. La preuve commune des parties**

[27] Les parties ont conjointement confié à la firme Erin Research le mandat d'établir la quantité de musique sur les canaux entièrement musicaux et celle sur certains canaux de Sirius et de CSR afin d'y mesurer la quantité totale de musique sur des canaux que les parties ont décrit comme pertinents, soit les canaux à prépondérance verbale, de faire rapport sur la quantité de musique utilisée, par exemple dans les messages publicitaires et de faire rapport sur la quantité de musique utilisée par réseau et par canal. Les résultats acceptés par toutes les parties indiquent que la quantité de musique utilisée par Sirius pour les canaux non musicaux se situe entre 31,7 et 33 pour cent, et pour CSR, elle est de 25,3 pour cent. Les parties ont aussi admis que les canaux musicaux utilisent la musique pour 94 pour cent de leur temps de programmation.

## 2. The Collectives

[28] CSI and NRCC commissioned the services of Paul Audley and Associates in consultation with Mr. Benoît Gauthier of Circum Network Inc. to develop a methodology and common database to analyze the use of their repertoire by the Satellite Services.

[29] CSI analyzed a sample of 6,147 plays to determine the percentage of plays of sound recordings used that are eligible for remuneration. It matched the titles in the sample to their existing database and contacted their members to confirm the ownership or eligibility of additional titles.

[30] Mr. Audley contends that ideally, the adjustment to the satellite services rate for CSI should take into account the number of times subscribers listened to musical works as part of the repertoire. However, Mr. Audley was unable to apply this method by reason that he did not have access to the necessary data. Instead, he relied on a 2006 Canadian Listening Study provided by Sirius Canada, ranking subscribers' preferred genres of music and channels, to conclude that 72 per cent of songs played by Sirius Canada are part of CSI's repertoire. When weighted for songs listened to, the ratio increased to 78.6 per cent. Applying the same adjustments to CSR, Mr. Audley found that 67.9 per cent of songs played were part of the CSI repertoire and that the compensable rate increased to 74.1 per cent when the ratio of songs played to songs listened to is accounted for. Overall, he estimated a repertoire share of 76.9 per cent for both Satellite Services.

[31] Ms. Nancy Smith of NextMedia was commissioned by the Collectives to prepare a

## 2. Les sociétés de gestion

[28] CSI et la SCGDV ont retenu les services de la firme Paul Audley and Associates, en collaboration avec M. Benoît Gauthier, Réseau Circum inc., afin de concevoir une méthodologie et une base de données commune pour l'analyse de l'utilisation de leur répertoire par les services par satellite.

[29] CSI a analysé un échantillon de 6147 diffusions d'œuvres musicales pour calculer le pourcentage de diffusion d'enregistrements sonores utilisés admissibles à une rémunération. Elle a jumelé les titres de l'échantillon à ceux de leur base de données et a contacté ses membres pour valider la titularité et l'admissibilité de titres additionnels.

[30] M. Audley soutient qu'idéalement, l'ajustement au tarif des services par satellite pour CSI devrait prendre en compte le nombre de fois que des abonnés ont écouté des œuvres musicales comprises dans le répertoire. Cependant, M. Audley a été incapable d'appliquer cette méthode parce qu'il n'a pas eu accès aux données nécessaires. Il s'est plutôt appuyé sur une étude de l'écoute au Canada de 2006 déposée par Sirius Canada, classant les genres musicaux et les canaux par ordre de préférence des abonnés pour conclure que 72 pour cent des chansons diffusées par Sirius Canada font partie du répertoire de CSI. Après avoir pris en considération les chansons écoutées, le ratio a augmenté à 78,6 pour cent. En appliquant les mêmes ajustements à CSR, M. Audley a conclu que 67,9 pour cent des chansons diffusées faisaient partie du répertoire de CSI et que l'utilisation du répertoire passe à 74,1 pour cent lorsqu'on tient compte du ratio des chansons diffusées par rapport à celles écoutées. Dans l'ensemble, il a évalué la part du répertoire à 76,9 pour cent pour les deux services.

[31] M<sup>me</sup> Nancy Smith de NextMedia a été mandatée par les sociétés de gestion pour

report on the methods used by the Satellite Services to market their receivers, their subscriber services and programming content. She concluded that without music, there would be no viable business strategy for satellite radio. Although talk, news and sports are used to differentiate the CSR and Sirius brands, i.e., *Shock Jock Howard Stern* for Sirius and the NHL for XM, the main attraction for satellite radio remains commercial-free music.

[32] Mr. Benoît Gauthier conducted a survey on behalf of the Collectives to determine the relative importance of various programming and non-programming features of satellite radio on a consumer's decision to subscribe or not to a satellite radio service. Since the Collectives did not have access to the Satellite Services' subscriber lists, a sample of subscribers was obtained by placing computer-generated automated calls to a random sample of households to identify those who were satellite subscribers. Of the 4,201 persons identified as such, 1,000 personal interviews were conducted and 302 individuals completed a web-based questionnaire. Even though it is the best information that the Collectives could obtain in the circumstances, Mr. Gauthier concedes the sample is skewed towards Western Canada, is predominantly male and under-represents French speaking Canadians.

[33] Sixty-five per cent of respondents stated that they made the decision to subscribe to satellite radio, while 34 per cent received the service as a gift or as part of a promotion. Eighty per cent of those questioned were paying for the subscription, 16 per cent were receiving the service as part of a promotion, but were considering whether they would continue with the service, and 3 per cent had purchased a lifetime subscription.

préparer un rapport sur les méthodes utilisées par les services par satellite pour commercialiser leurs récepteurs, leurs services aux abonnés et leurs contenus de programmation. Elle a conclu que sans musique, il n'y aurait pas de plan d'affaire viable pour la radio par satellite. Même si on a recours au contenu parlé, aux actualités et aux sports pour différencier les marques CSR et Sirius (*Shock Jock Howard Stern* pour Sirius, la LNH pour XM), l'attrait principal pour la radio satellitaire demeure la musique sans annonce publicitaire.

[32] M. Benoît Gauthier a mené une enquête pour le compte des sociétés de gestion afin d'évaluer l'importance relative, pour la radio par satellite, de la disponibilité de diverses fonctions liées ou non à la programmation sur la décision d'un consommateur de s'abonner ou non à un service de radio satellitaire. Étant donné que les sociétés de gestion n'avaient pas accès aux listes d'abonnés des services, un échantillon d'abonnés a été constitué en faisant des appels automatiques établis par ordinateur à un échantillon aléatoire de ménages pour déterminer lesquels étaient abonnés au satellite. Des 4201 personnes appartenant à cette catégorie, 1000 ont été interviewées personnellement et 302 autres ont répondu à un questionnaire en ligne. Même si ce sont les meilleurs renseignements que les sociétés de gestion ont pu obtenir dans les circonstances, M. Gauthier reconnaît que l'échantillon surreprésente l'Ouest canadien et les hommes et sous-représente les francophones.

[33] Soixante-cinq pour cent des personnes interrogées ont déclaré qu'elles ont elles-mêmes pris la décision de s'abonner à la radio par satellite, alors que 34 pour cent ont reçu ce service en cadeau ou dans le cadre d'une promotion. Quatre-vingts pour cent des personnes interrogées payaient leur abonnement, 16 pour cent recevaient le service dans le cadre d'une promotion, mais se demandaient si elles continueraient à le recevoir, et 3 pour cent avaient opté pour un abonnement à vie.

[34] The most frequently cited reasons for subscribing to satellite radio were, in order of preference: geographic coverage by satellite radio (36 per cent); variety of programming (20 per cent); and music programming (15 per cent). The factors which were most critical to the decision of consumers to subscribe or continue to subscribe were: music programming (66 per cent); sports programming (18 per cent); and talk & entertainment (17 per cent).

[35] Eighty-six per cent of respondents stated that they would not have subscribed to satellite radio in the absence of music programming. The second most important reason for subscribing was talk & entertainment at 34 per cent.

[36] The respondents were asked how or if subscribing to satellite radio had modified their behaviour. The responses showed a 37 per cent decrease in the purchase of prerecorded CDs, a 65 per cent reduction in the purchase of music downloads, a 57 per cent reduction in the listening to conventional radio, and a 13 per cent reduction in watching news on television.

[37] The respondents also indicated a willingness-to-pay for recording capabilities on satellite radio receivers such as the ability to record music and to be able to rewind current programs. However, the study concluded that more advanced recording features increased the number of customers drawn to the recording product but not the amount such customers were willing to pay for the more sophisticated features.

[38] The Collectives engaged Dr. Ajay K. Agrawal, Professor of Economics at the University of Toronto and Dr. John McHale, Professor of Economics at Queens University to develop a methodology to value music as an

[34] Par ordre de préférence, les raisons qui ont été le plus souvent évoquées pour s'abonner à la radio par satellite sont : la couverture géographique de la radio par satellite (36 pour cent); la variété de la programmation (20 pour cent); la programmation musicale (15 pour cent). Les facteurs les plus déterminants dans la décision prise par les consommateurs de s'abonner ou de prolonger leur abonnement sont : la programmation musicale (66 pour cent); la programmation sportive (18 pour cent); le contenu parlé et les variétés (17 pour cent).

[35] Quatre-vingt-six pour cent des répondants indiquaient qu'ils ne se seraient pas abonnés à la radio par satellite en l'absence de programmation musicale. Avec 34 pour cent, le contenu parlé et les variétés s'est révélé la deuxième plus importante raison pour s'abonner.

[36] On a demandé aux personnes interrogées si, et de quelle façon, l'abonnement à la radio par satellite avait modifié leur comportement. Les réponses ont indiqué une baisse de 37 pour cent des achats de CD préenregistrés, de 65 pour cent des achats de téléchargements de musique, de 57 pour cent de l'écoute de la radio conventionnelle et de 13 pour cent de l'écoute des bulletins de nouvelles télévisés.

[37] Les personnes interrogées ont aussi signifié leur assentiment à payer pour des fonctions d'enregistrement sur les récepteurs de radio satellitaire telles que la possibilité d'enregistrer de la musique et celle de rembobiner les émissions en cours. Toutefois, l'étude a conclu que des fonctions d'enregistrement plus performantes faisaient croître le nombre de clients attirés par l'enregistrement, mais non le montant que de tels clients accepteraient de payer pour les fonctions plus perfectionnées.

[38] Les sociétés de gestion ont retenu les services de M. Ajay K. Agrawal, professeur d'économie à l'Université de Toronto et de M. John McHale, professeur d'économie à l'Université Queens, pour élaborer une méthode

input to satellite radio's subscription services. Dr. Agrawal signed the initial economic report filed as Exhibit Collectives-4 and both Drs. Agrawal and McHale signed the reply to the objectors' experts, Dr. David Reitman, Exhibit Collectives-5; both of them testified and defended the economic theories and approaches referred to in the various reports. We will therefore refer to both of them when discussing their evidence and the reports. With regard to the choice of the appropriate proxy, they favour digital pay audio (DPA) services. They propose however three other economic approaches based on fairness, efficiency and consistency, which are described later. All four approaches arrived at similar results, which the authors contend leads to greater confidence in the tariff they proposed.

### 3. CSI

[39] CSI, in addition to accepting the reports prepared by Drs. Agrawal and McHale, commissioned Mr. Paul Audley and Dr. Douglas Hyatt, to prepare a report determining the amount that should be paid by the Satellite Services for the right to reproduce and authorize the reproduction of musical works in CSI's repertoire. Messrs. Audley and Hyatt agree with Drs. Agrawal and McHale's proposal of a 37.5 per cent rate as the overall value of music use (including both the communication and the reproduction rights of authors, performers and makers of sound recordings). With respect to the appropriate proxy, Messrs. Audley and Hyatt are of the opinion that the tariff for limited downloads, subject to certain adjustments, is the closest proxy to satellite radio.

### 4. The Satellite Radio Services

[40] Dr. David Reitman, Principal, Charles River Associates International, was commissioned by

d'évaluation de la musique en tant qu'intrant pour les services d'abonnement de la radio par satellite. M. Agrawal a signé le premier rapport économique déposé comme pièce Collectives-4, et MM. Agrawal et McHale ont tous deux signé la réponse à l'expert des opposants, M. David Reitman, comme pièce Collectives-5; les deux ont témoigné et soutenu les théories et les approches auxquelles renvoient les divers rapports. Nous référerons donc aux deux lors de notre examen de leur témoignage et des rapports. À l'égard du choix d'un point de référence approprié, ils privilégient les services sonores payants numériques (SSPN). Ils proposent toutefois trois autres approches économiques fondées sur l'équité, l'efficacité et l'uniformité, décrites plus loin. Les quatre approches donnent des résultats similaires, ce qui, selon les auteurs, augmente la confiance à l'égard du tarif qu'ils ont proposé.

### 3. CSI

[39] En plus d'accepter les rapports préparés par MM. Agrawal et McHale, CSI a retenu les services de M. Paul Audley et de M. Douglas Hyatt pour préparer un rapport établissant les sommes que les services par satellite devraient déboursier pour le droit de reproduire des œuvres musicales du répertoire de CSI et d'en autoriser la reproduction. MM. Audley et Hyatt sont d'accord avec la proposition de MM. Agrawal et McHale d'un tarif de 37,5 pour cent comme valeur globale de la musique utilisée (incluant les droits de communication et de reproduction des auteurs, artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores). En ce qui concerne le point de référence approprié, MM. Audley et Hyatt estiment que le tarif pour les téléchargements limités, sous réserve de certains ajustements, est celui se rapprochant le plus de la radio par satellite.

### 4. Les services de radio par satellite

[40] Les services par satellite ont demandé à M. David Reitman, directeur principal de la

the Satellite Services to review and critique the economic report prepared by Drs. Agrawal and McHale. He criticized their work for relying too much on theoretical models (for both the Shapley Value and the Efficiency Approaches) and for placing too little emphasis on the traditional methods using relevant market information. In his opinion, it is more economically sound to start with a market rate for alternative music services that already exists and then adjust for the differences between those services and satellite radio services.

[41] The Satellite Services also commissioned Mr. Kenneth Goldstein, media consultant, to propose a methodology for establishing the tariffs. Having compared DPA to satellite radio and commercial radio, he concluded that commercial radio is the more appropriate proxy. He also criticized Circum Network's attempt to value music as a retail experience rather than valuing the repertoire at the wholesale level. His analysis will also be considered in greater detail.

## 5. Sirius

[42] Sirius commissioned Angus Reid to do a survey of its subscribers to compare the results obtained by Circum Network. That survey used the actual list of Sirius subscribers. Angus Reid conducted a total of 400 telephone interviews of a representative sample of urban and rural as well as regional subscribers. The survey identified the benefits to consumers as:

- Programming packaging – the presentation and breadth of that content;
- Programming content – music, talk, etc.;
- Reception (geographic); and
- Commercial-free.

firme Charles River Associates International, de revoir et de critiquer le rapport économique préparé par MM. Agrawal et McHale. Il reproche à leur travail de trop s'en remettre à des modèles théoriques (dans le cas de l'approche de l'évaluation selon Shapley et celle fondée sur l'efficacité) et de ne pas mettre suffisamment l'accent sur les méthodes traditionnelles utilisant des renseignements pertinents sur le marché. À son avis, il est plus logique sur le plan économique de se fonder sur un taux du marché qui existe déjà pour d'autres services de musique et de s'ajuster par la suite aux différences entre ces services et la radio satellitaire.

[41] Les services par satellite ont également retenu les services de M. Kenneth Goldstein, conseiller-médias, pour proposer une méthodologie en vue d'établir les tarifs. Après avoir comparé les SSPN à la radio par satellite et à la radio commerciale, il a conclu que cette dernière s'avère un indicateur plus approprié. Il a aussi reproché au Réseau Circum sa tentative d'évaluer la musique comme une opération de commerce de détail plutôt que d'en évaluer le répertoire au niveau du gros. Son analyse sera également examinée plus en détail.

## 5. Sirius

[42] Sirius a retenu les services d'Angus Reid pour réaliser un sondage de ses abonnés afin d'établir une comparaison avec les résultats obtenus par le Réseau Circum. La liste à jour des abonnés de Sirius a été utilisée pour ce sondage. Angus Reid a effectué en tout 400 entrevues téléphoniques auprès d'un échantillonnage représentatif, tant des milieux urbains et ruraux que des régions. Voici les avantages pour les consommateurs que le sondage a révélés :

- Assemblage d'émissions – présentation et étendue de ce contenu;
- Contenu des émissions – musique, contenu parlé, etc.;
- Réception (géographie);
- Absence de message publicitaire.

[43] Mr. Reid concluded that there was no one specific benefit that drove the consumer to subscribe. At best, 50 per cent of subscribers made their decision to subscribe based on the commercial-free music channels. Accordingly, Mr. Reid concluded that the Circum Network study exaggerated the value of music. Mr. Gauthier examined the Angus Reid Survey and concluded that the questions asked were either biased or unclear and for that reason, in his opinion, the survey results are misleading and flawed.

### III. LEGAL ISSUES

[44] All parties agree that SOCAN and NRCC are entitled to a royalty, with the result that there are no legal issues to be resolved with respect to them.

[45] The same cannot be said with respect to CSI. Its claim with respect to the right to reproduce music in its repertoire raises four legal issues. First, can CSI claim royalties in respect of reproductions made directly on a server located in the U.S.? Second, does the 4 to 6 second buffer constitute a reproduction of a substantial part of a work within the meaning of subsection 3(1) of the *Act*?<sup>4</sup> Third, does the Internet-based streaming of the satellite services' signals involve such a reproduction? Fourth, do the extended buffer, radio replay, pause and rewind feature and sampling of programming content for promotional purposes by retail outlets involve such reproductions?

#### 1. Reproductions Made in the U.S.

[46] The issue is whether the reproductions made in the U.S. by American third-parties for both Sirius and CSR as well as those made by CSR itself are subject to Canadian copyright law.

[43] M. Reid a conclu qu'aucun de ces avantages en particulier n'incitait les consommateurs à s'abonner. Tout au plus, la moitié des abonnés décidaient de s'abonner à cause des canaux musicaux sans annonces publicitaires. Ainsi, M. Reid a-t-il conclu que la valeur de la musique était exagérée dans l'étude du Réseau Circum. M. Gauthier a pris connaissance du sondage de la firme Angus Reid et a conclu que les questions étaient soit vagues, soit empreintes de partialité et qu'à son avis, et pour cette raison, les résultats du sondage étaient trompeurs et erronés.

### III. LES QUESTIONS DE DROIT

[44] Toutes les parties ayant convenu que la SOCAN et la SCGDV ont droit à des redevances, il s'ensuit qu'il n'y a aucune question de droit à trancher en ce qui les concerne.

[45] Tel n'est pas le cas en ce qui concerne CSI, dont la revendication à l'égard du droit de reproduction de musique provenant de son répertoire soulève quatre questions de droit. Premièrement, CSI peut-elle réclamer des redevances pour des reproductions réalisées directement sur un serveur situé aux États-Unis? Deuxièmement, le tampon d'une durée de 4 à 6 secondes constitue-t-il la reproduction d'une partie importante de l'œuvre au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi*?<sup>4</sup> Troisièmement, la transmission sur demande sur Internet des signaux des services par satellite entraîne-t-elle une reproduction? Quatrièmement, le tampon prolongé, l'écoute en différé, les fonctions d'arrêt et de rembobinage ainsi que l'échantillonnage du contenu d'émission à des fins promotionnelles dans des points de vente engagent-ils de telles reproductions?

#### 1. Reproductions réalisées aux États-Unis

[46] La question est de savoir si les reproductions faites aux États-Unis soit par des tiers américains tant pour Sirius que pour CSR, soit par cette dernière, sont assujetties à la législation canadienne sur le droit d'auteur.

[47] The parties generally agree that the programming copies are reproductions within the meaning of subsection 3(1) of the *Act*. The parties also agree that Sirius authorizes the reproduction made by Canadian third-parties for the reproduction of its Canadian channels which are delivered directly to its U.S. partner.

[48] The Satellite Services agree that they are liable for programming reproductions made in Canada. Such copies are limited to those made by Sirius' Canadian content providers who store the programming copies on their respective servers and to the temporary copies CSR makes of musical works received through DMDS-Musicrypt. Thus, the issue is restricted to whether the Satellite Services are liable for copies made by CSR in the U.S. (from Canada) and by American third-party suppliers.

[49] Programming is an essential and critical part of this application for a tariff. The issue of where the programming takes place is critical to the right to be granted a tariff for the reproduction right.

[50] The Satellite Services contend that they are not liable for copies made in the U.S. because the *Act* is not intended to and does not have extraterritorial effect. They cite and rely on an earlier decision of the Board in support of their position that a tariff for reproduction could not extend to acts occurring abroad. The Board stated that it "does not understand how the act of reproduction, when performed abroad, could trigger liability under the Canadian legislation on copyright."<sup>5</sup> They rely on a number of cases to support their argument on the applicability of the territorial principle to the *Act*, including *Def Lepp Music v. Stuart-Brown*<sup>6</sup> where the English Court stated:

[47] De façon générale, les parties s'entendent pour dire que les copies de programmation sont des reproductions au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi*. Les parties s'entendent également pour dire que Sirius autorise la reproduction réalisée par des tiers canadiens pour la reproduction de ses canaux canadiens qui sont livrés directement à son partenaire américain.

[48] Les services par satellite reconnaissent leur responsabilité à l'égard des copies de programmation faites au Canada. Ces copies se limitent à celles réalisées par les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius qui les mettent en mémoire sur leurs serveurs respectifs et aux copies temporaires d'œuvres musicales reçues par SDMN-Musicrypt que fait CSR. En conséquence, la question se limite à savoir si les services sont responsables des copies faites aux États-Unis soit par CSR (à partir du Canada), soit par les tiers fournisseurs américains.

[49] La programmation constitue une partie essentielle et importante de la présente demande de tarif. La question de savoir où se fait la programmation est déterminante à l'égard du droit de se voir octroyer un tarif visant le droit de reproduction.

[50] Les services par satellite soutiennent qu'ils ne sont pas responsables des copies faites aux États-Unis parce que la *Loi* n'est pas conçue pour avoir une portée extraterritoriale et qu'elle n'en a pas. Ils citent et s'appuient sur une décision antérieure de la Commission pour soutenir la thèse selon laquelle un tarif pour la reproduction ne peut viser les gestes posés à l'étranger. La Commission a indiqué ne pas comprendre « comment l'acte de reproduction effectué à l'étranger pourrait entraîner une responsabilité en vertu de la législation canadienne sur le droit d'auteur. »<sup>5</sup> Les services invoquent plusieurs arrêts à l'appui de leur prétention portant sur l'application à la *Loi* du principe de la territorialité, dont l'affaire *Def Lepp Music c. Stuart-Brown*<sup>6</sup> dans laquelle la Cour anglaise s'est ainsi exprimée :

It is therefore clear that copyright under the English *Act* is strictly defined in terms of territory. The intangible right which is copyright is merely a right to do certain acts exclusively in the United Kingdom: only acts in the United Kingdom constitute infringement either direct or indirect of such a right [...]<sup>7</sup>

[51] They also rely on the decision of *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers*<sup>8</sup> where the Supreme Court, citing as authority Professor Vaver, stated:

Copyright law respects the territorial principle, reflecting the implementation of a “web of interlinking international treaties” based on the principle of national treatment.<sup>9</sup>

[52] The Satellite Services also argue they have not authorized any foreign entities to make programming copies for use as part of the Canadian satellite radio services and even if they did, such authorization would escape the application of the *Act* by reason that the reproduction itself does not occur in Canada. In their submission, the *situs* of the primary infringing act determines whether or not liability under the *Act* for authorizing the infringing act occurs. The *situs* of the authorization is irrelevant. They rely on *ABKCO Music and Records Inc. v. Music Collection International Ltd.*<sup>10</sup> as authority for the argument that: “the requirements of territoriality are satisfied by the need for the act authorized to have been done within the United Kingdom.”<sup>11</sup> It bears noting that the facts at bar are the reverse to those surrounding that case; CSI is looking to engage the Satellite Services’ liability under the *Act* for authorizing in Canada, infringement abroad.

[TRADUCTION] Il est donc manifeste que le droit d’auteur protégé par la loi anglaise reçoit une définition stricte par rapport à la territorialité. Le droit d’auteur, intangible, est simplement le droit de poser certains actes exclusifs au Royaume-Uni : seuls les actes qui y sont posés constituent une violation directe ou indirecte d’un tel droit [...]<sup>7</sup>

[51] Ils invoquent également l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*<sup>8</sup> dans lequel la Cour suprême, se fondant sur le professeur Vaver, s’est ainsi exprimée :

Les dispositions législatives sur le droit d’auteur respectent le principe de la territorialité, reflétant la mise en œuvre d’un [TRADUCTION] « réseau de traités internationaux interreliés » compte tenu du principe du traitement national.<sup>9</sup>

[52] Les services par satellite soutiennent également qu’ils n’ont autorisé aucune entité étrangère à faire des copies de programmation pour leur utilisation dans les services canadiens de radio satellitaire et que même s’il en avait été ainsi, les dispositions de la *Loi* ne s’appliqueraient pas à une telle autorisation parce que la reproduction comme telle ne s’est pas produite au Canada. Selon eux, le *situs* du principal fait de contrefaçon détermine si l’autorisation d’un tel acte entraîne une responsabilité en vertu de la *Loi*. Le *situs* de l’autorisation, n’est pas pertinent. Ils invoquent *ABKCO Music and Records Inc. c. Music Collection International Ltd.*<sup>10</sup> pour étayer l’argument selon lequel : « [TRADUCTION] pour répondre aux exigences de la territorialité, l’acte autorisé doit s’être produit au Royaume-Uni. »<sup>11</sup> Il convient de signaler que les faits en l’espèce sont à l’opposé de ceux entourant cette affaire; CSI cherche à établir la responsabilité des services par satellite en vertu de la *Loi* pour avoir autorisé, au Canada, une contrefaçon à l’étranger.

[53] In Laddie's *The Modern Law of Copyright and Designs*,<sup>12</sup> the leading U.K. textbook on copyright, the authors state:

[A] person who "authorizes" another to do an "act restricted by the copyright" may himself be liable; and in this case the territorial exclusion does not apply, in that it is possible to infringe copyright by authorizing abroad, although of course the act which is authorized to be done must itself be a restricted act, i.e., an act to be performed in the UK.<sup>13</sup>

[54] The Satellite Services rely on American authorities including *Subafilms v. MGM-Pathe Communications*<sup>14</sup> wherein the Ninth Circuit Court of Appeal held that a person could not be held responsible under the U.S. *Copyright Act* for primary acts that occur entirely overseas.

[55] The Satellite Services reject the application of the real and substantial test to reproductions that are made wholly within the U.S. or to acts that authorize such reproductions because unlike a communication, a reproduction does not occur concurrently "here and there" and there is therefore no need to localize the acts of infringement. They also contend that the "connecting factors" discussed in *SOCAN v. CAIP (SCC)*<sup>15</sup> are not relevant.

[56] The Satellite Services contend it is not an infringement to authorize or cause a person to do something the person has a right to do.<sup>16</sup> They argue that CSI provided no evidence that Sirius U.S. or XM U.S. breached any copyright law in the U.S. Even if there was evidence that the reproductions by their U.S. counterparts

[53] Dans *The Modern Law of Copyright and Design*<sup>12</sup> de Laddie, ouvrage qui fait école au Royaume-Uni en matière de droit d'auteur, les auteurs se sont exprimés en ces termes :

[TRADUCTION] Une personne qui en « autorise » une autre à poser un « acte protégé par le droit d'auteur » peut engager sa responsabilité personnelle; en l'espèce, l'exclusion territoriale ne s'applique pas car il est possible de violer le droit d'auteur en autorisant un acte à l'étranger, à la condition bien sûr que l'acte dont l'accomplissement a été autorisé soit lui-même protégé, c.-à-d. un acte devant être posé au Royaume-Uni.<sup>13</sup>

[54] Les services par satellite invoquent la jurisprudence américaine, notamment l'affaire *Subafilms c. MGM-Pathe Communications*<sup>14</sup> dans laquelle la Cour d'appel du neuvième circuit a statué qu'on ne pouvait être tenu pour responsable en vertu de la loi américaine sur le droit d'auteur pour des gestes posés en totalité outre-mer.

[55] Les services par satellite rejettent l'application du critère du lien réel et substantiel aux reproductions qui sont totalement réalisées sur le territoire des États-Unis ou aux actes qui autorisent de telles reproductions parce que, contrairement à une communication, une reproduction ne peut se produire simultanément « ici et là », et il n'y a donc pas lieu de situer les actes illicites. Ils soutiennent aussi que les « facteurs de rattachement » analysés par la Cour suprême dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI (CSC)*<sup>15</sup> ne sont pas pertinents.

[56] Selon les services par satellite, le fait de permettre ou de faire en sorte qu'une personne accomplisse quelque chose, que celle-ci a par ailleurs le droit de faire, ne constitue pas une violation.<sup>16</sup> Ils soutiennent que CSI n'a présenté aucune preuve de violation du droit d'auteur aux États-Unis par Sirius U.S. ou par XM U.S.

infringed copyright it would be a violation of the U.S. *Copyright Act* and not the Canadian *Act*.

[57] They also rely on *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*<sup>17</sup> to support their contention that it is neither contrary to subsections 30.8(4) or (5) nor 30.9(4) or (5) of the *Act*, to store digital copies of a work on a server; simply using or possessing a work without any associated copying is not an infringement.<sup>18</sup>

[58] Finally, the Satellite Services claim that CSI abandoned its right to make any claim for copies of music made in the U.S. in the Responses to Interrogatories.<sup>19</sup>

[59] CSI contends that the Satellite Services authorize in Canada the reproduction of programming both in Canada and the U.S. It also argues that XM U.S. reproduces work that was previously reproduced by CSR to create Canadian programming.

[60] CSI argues that the Satellite Services authorize American reproductions because the restricted act of authorizing occurs in Canada with the result that a licence is required to provide the authorization. In its submission, implicit authorization is established by the fact that the Satellite Services could not operate their service without contracting with American third-parties to produce and program American content on their behalf in lieu of taking the necessary technical and practical steps to assemble and deliver the musical works to Canadian subscribers themselves.<sup>20</sup>

[61] The Satellite Services pay a fee to use the American programming in their own services. CSI assumes that the fee takes into account the programming reproductions, because they are essential to the operation of the Satellite Services.

Même si la preuve avait révélé que les reproductions réalisées par leurs homologues américains violaient le droit d'auteur, cette violation enfreindrait les dispositions de la loi américaine et non celles de la *Loi* canadienne.

[57] Ceux-ci invoquent aussi l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*<sup>17</sup> au soutien de leur argument selon lequel il n'est pas contraire aux paragraphes 30.8(4) ou (5) ni aux paragraphes 30.9(4) ou (5) de la *Loi* de stocker sur un serveur des copies numérisées d'une œuvre; la simple possession ou utilisation d'une œuvre sans la copier n'est pas une violation.<sup>18</sup>

[58] Enfin, les services par satellite affirment que CSI avait abandonné son droit à toute revendication à l'égard de copies d'œuvres musicales faites aux États-Unis dans ses réponses aux demandes de renseignements.<sup>19</sup>

[59] CSI fait valoir que les services par satellite autorisent au Canada la reproduction d'émissions tant au Canada qu'aux États-Unis. Elle soutient également que XM U.S. reproduit des œuvres qui avaient été antérieurement reproduites par CSR pour créer de la programmation canadienne.

[60] CSI soutient que les services par satellite autorisent les reproductions américaines parce que le droit d'autoriser est exercé au Canada, d'où la nécessité d'une licence pour fournir l'autorisation. Selon elle, l'autorisation implicite est établie du fait que les services ne pourraient être exploités sans transiger avec des tiers américains pour la production et la programmation de contenu américain plutôt que de prendre les mesures techniques et pratiques nécessaires pour réunir et livrer eux-mêmes les œuvres musicales aux abonnés canadiens.<sup>20</sup>

[61] Les services par satellite paient des redevances pour utiliser la programmation américaine dans leurs propres services. CSI suppose que ces redevances prennent en compte les reproductions de programmation, essentielles

In its submission, there is no difference between the authorization the Satellite Services give to their American partners to make reproductions in the U.S. and the authorization Sirius gives to its Canadian subcontractors (for which the Satellite Services concede they are liable). CSI relies on the decision of the Federal Court of Appeal in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Internet Providers*<sup>21</sup> to argue that authorization can be inferred from a party's conduct.<sup>22</sup>

[62] CSI also contends that the location of a third party to whom authorization is granted is not relevant. In its submission, the *situs* of the authorization is essential, and *SOCAN v. CAIP (FCA)* stands for the proposition that the location of the authorization may be the determining factor when liability is engaged for having authorized infringement.<sup>23</sup> CSI also emphasizes that the right to authorize a reproduction and the act of making the reproduction are separate rights reserved to the copyright owner with the result that the Board's comments in *SODRAC Video-copies*<sup>24</sup> are not pertinent.

[63] CSI further contends that the "real and substantial connection" test should be used to determine the choice of law with respect to the act of authorization. In its submission, there is no reason that the test applied in *SOCAN v. CAIP (FCA)* in the context of a communication right could not also apply to a reproduction right.<sup>25</sup>

[64] For the reasons that follow, we agree with the Satellite Services that the Canadian *Copyright Act* does not extend to the acts of reproduction made in the U.S. with the result that we do not have jurisdiction to grant a tariff for such acts.

[65] The actual location of the copies is not in issue. All parties agree that except for the copies

à l'exploitation des services par satellite. Elle soutient qu'il n'y a aucune différence entre l'autorisation de reproduire aux États-Unis donnée par les services par satellite à leurs partenaires américains et celle que Sirius donne à ses sous-traitants canadiens (à l'égard de laquelle les services reconnaissent leur responsabilité). CSI invoque la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*<sup>21</sup> pour soutenir qu'une autorisation peut être induite de la conduite d'une partie.<sup>22</sup>

[62] CSI fait aussi valoir que le lieu où se trouve le tiers à qui l'autorisation est accordée n'est pas pertinent. Selon elle, c'est le *situs* de l'autorisation qui compte, et l'arrêt *SOCAN c. ACFI (CAF)* milite en faveur de la proposition selon laquelle le lieu de l'autorisation peut s'avérer le facteur déterminant lorsqu'est engagée la responsabilité pour avoir autorisé la contrefaçon.<sup>23</sup> CSI souligne également que le droit d'autoriser une reproduction et d'en faire une sont des droits distincts réservés au titulaire de droit et qu'en conséquence, les commentaires de la Commission dans *SODRAC vidéocopies*<sup>24</sup> ne sont pas pertinents.

[63] CSI soutient de plus que le critère du « lien réel et substantiel » devrait servir au choix de la loi applicable en ce qui concerne l'acte d'autorisation. Selon elle, il n'y a aucune raison pour que le test appliqué dans *SOCAN c. ACFI (CAF)* en marge du droit de communication ne puisse être appliqué au droit de reproduction.<sup>25</sup>

[64] Pour les motifs exposés ci-dessous, nous sommes d'accord avec les services par satellite que la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne ne s'applique pas aux actes de reproduction faits aux États-Unis; par conséquent, l'octroi d'un tarif pour de tels actes ne relève pas de notre compétence.

[65] Le lieu où se trouvent réellement les copies n'est pas contesté. Tous conviennent que les

made by Sirius Canadian content providers and the ones temporarily made by CSR at the content selection stages, the programming copies are located and made on the master servers in New York or Washington. What the parties do not agree on is the reach of the Canadian *Act*. In other words, can the Board certify a tariff extending to acts that occur outside Canadian borders. Factually, some reproductions are initiated in Canada by CSR but they are actually created directly on the master servers in the U.S. Other reproductions are made by the American content providers directly onto the American master server from which they are broadcasted to both American and Canadian subscribers.

[66] There are two different and distinct legal issues that arise from this factual situation:

- CSR copies initiated in Canada but made in the U.S.;
- copies initiated and made in the U.S. by American third-parties.

We will deal with these in order.

## **2. CSR copies initiated in Canada but made in the U.S.**

[67] The issue of which law applies is different from the issue of jurisdiction. The B.C. Court of Appeal stated in *Tolofson v. Jensen*,<sup>26</sup> the “[c]hoice of law refers to the conflicts rules which have developed, through legislation or jurisprudence, in order to determine which system of substantive law the forum court will apply in respect of a legal matter having connection with other jurisdictions. There are different choices of law rules for different areas of law.”<sup>27</sup>

[68] Walker, in his text on *Canadian Conflict of Laws*<sup>28</sup> states that Canadian laws dealing with

copies de programmation se trouvent dans les serveurs principaux à New York ou Washington et y sont faites, à l’exception de celles réalisées par les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius et de celles temporairement faites par CSR aux stades du choix du contenu. Les parties ne s’entendent toutefois pas sur la portée territoriale de la *Loi* canadienne. En d’autres termes, la Commission peut-elle homologuer un tarif qui s’applique aux actes posés à l’extérieur des frontières canadiennes? Dans les faits, certaines des reproductions sont initiées au Canada par CSR mais, en réalité, elles sont créées directement sur les serveurs principaux aux États-Unis. D’autres reproductions sont faites par les fournisseurs américains de contenu directement sur le serveur principal aux États-Unis, d’où elles sont diffusées tant aux abonnés américains que canadiens.

[66] Cette situation de fait soulève deux questions juridiques différentes et distinctes :

- les copies de CSR entreprises au Canada, mais faites aux États-Unis;
- les copies entreprises et faites aux États-Unis par des tiers américains.

Nous en traiterons dans cet ordre.

## **2. Les copies de CSR faites aux États-Unis à partir du Canada**

[67] Décider du droit applicable et de la juridiction compétente sont deux choses différentes. Dans *Tolofson c. Jensen*,<sup>26</sup> la Cour d’appel de la C.-B. a énoncé que le « [TRADUCTION] choix de la loi renvoie aux règles de conflit qui ont été élaborées, dans la loi et la jurisprudence, pour décider à quel système de droit substantif le tribunal saisi doit recourir pour trancher une affaire qui touche d’autres ressorts. Le choix de règles de droit diffère en fonction des différents domaines de droit. »<sup>27</sup>

[68] Walker, dans son texte intitulé *Canadian Conflict of Laws*,<sup>28</sup> déclare que les lois

intellectual property are territorial<sup>29</sup> and are limited to the national territory.<sup>30</sup> Canada is also bound by certain international conventions that provide for, among other things, national treatment.<sup>31</sup>

[69] Jurisdiction on the other hand is the power of the court to hear a particular matter. The test for jurisdiction in Canada is whether there is a real and substantial connection between the forum and the litigation. A court may have jurisdiction to hear a matter because of the presence of one of the parties to the dispute in the jurisdiction but the real question is whether the court will “exercise” that jurisdiction. The choice of law, while not determinative, may influence the court’s discretion to exercise its jurisdiction.

[70] In the context of copyright law, there are two rules that apply to the choice of law conflict: (a) territoriality; and (b) the real and substantial connection test.

[71] In our opinion, the rule of territoriality applies to the reproductions at issue and consequentially it is the American *Copyright Act* that applies. Rightholders abroad rely on equivalent legislation to protect their copyrights. The *Berne Convention* and other international agreements impose minimal standards to which countries generally adhere.<sup>32</sup> The reproductions here lack the characteristics common to those actions which have been found to occur “here and there” under the real and substantial connection test, including such indicia as international communication, international transactions, or torts based on negligence. All of these “actions” are the product of discrete elements that can occur across national borders and all require more than one participant. Those characteristics are generally not associated with the act of reproduction.

canadiennes traitant de propriété intellectuelle sont territoriales<sup>29</sup> et limitées au territoire national.<sup>30</sup> Le Canada est aussi lié par certaines conventions internationales qui prévoient notamment le traitement national.<sup>31</sup>

[69] Par ailleurs, la compétence est le pouvoir qu’a la cour d’instruire une affaire précise. Le critère servant à établir la compétence au Canada consiste à déterminer s’il existe un lien réel et substantiel entre le forum et le litige. La compétence d’un tribunal d’instruire une affaire peut découler de la présence d’une des parties au litige sur le territoire, mais la vraie question qui se pose est celle de savoir si le tribunal « exercera » cette compétence. Bien qu’il ne soit pas déterminant, le choix de la loi influera possiblement sur le pouvoir discrétionnaire d’exercer la compétence dont le tribunal dispose.

[70] Dans le contexte du droit d’auteur, deux règles s’appliquent au conflit du choix de loi : a) la territorialité; et b) le critère du lien réel et substantiel.

[71] À notre avis, la règle de la territorialité s’applique aux reproductions en cause et, en conséquence, le droit américain s’applique. Les titulaires à l’étranger se fondent sur des dispositions législatives équivalentes pour la protection de leurs droits d’auteur. La *Convention de Berne* et d’autres ententes internationales imposent des normes minimales auxquelles les États adhèrent généralement.<sup>32</sup> Les reproductions en l’espèce ne comportent pas les caractéristiques communes à ces actes à l’égard desquels il a été conclu qu’ils se produisent « ici et là » au sens du critère du lien réel et substantiel, comme des communications ou transactions internationales, ou des délits dont la négligence est le fondement. Chacun de ces « actes » résulte d’éléments distincts qui peuvent se produire au-delà des frontières nationales et qui requièrent tous plus d’un participant. Ces caractéristiques ne sont généralement pas associées à l’acte de reproduction.

[72] The act of reproduction occurs when a copy is created. In this case, the reproduction occurs when a digital copy of a work is put on the server located in the U.S. This occurs when the electronic mechanism activated by the production team in Canada creates the file on the American master server. Without the stored copy, there is no reproduction. In our opinion, the fact that the location of the output is different from that of the person pressing the button to create the copy is not important.

[73] The situation is not unlike what would occur if an Ottawa resident went to an Internet café while in New York to change the settings of the programmable thermostat located in his residence to activate the furnace to change the temperature of the house. The furnace would be turned on in Ottawa, irrespective of where the “enter” key that is used to turn on the furnace is located. Similarly, one can envision a situation where the director of production of a radio station with its head office in Windsor, Ontario calls his production manager working in the broadcast studio in Detroit and instructs him to copy a new single of a certain artist on the U.S. server in order to incorporate it into the upcoming program. In that case, even though the instructions were given from Canada, the copies were clearly made in the U.S. and the U.S. *Copyright Act* would govern the reproduction of the musical work.

[74] In light of our finding that the territoriality principle applies, it is not necessary to consider the substantial connection test. The territoriality principle dictates that the U.S. *Copyright Act* applies in this instance. Therefore, as the Copyright Board of Canada only has jurisdiction to set tariffs under the Canadian *Act*, the Board has no jurisdiction to set a tariff with respect to these copies.

[72] La reproduction se produit lorsqu’une copie est créée. En l’espèce, la reproduction a lieu lorsqu’une copie numérisée d’une œuvre est introduite dans un serveur situé aux États-Unis. Cela se produit lorsque le mécanisme électronique activé par l’équipe de production au Canada crée le fichier dans le serveur principal américain. Sans la copie stockée, il n’y a pas de reproduction. À notre avis, le fait que le lieu de sortie des données soit différent de celui de la personne qui a appuyé sur le bouton pour créer la copie n’a aucune importance.

[73] La situation n’est pas sans rappeler ce qui surviendrait si un résident d’Ottawa se présentait à un café Internet lors d’un passage à New York pour modifier les paramètres d’un thermostat programmable situé dans sa demeure en vue de changer la température de la maison par l’activation de la fournaise. Celle-ci serait activée à Ottawa, peu importe où se trouve la touche « Entrée » utilisée pour l’actionner. De même, d’aucuns pourraient s’imaginer la situation où le directeur de la production d’une station de radio dont le siège social est situé à Windsor, en Ontario, communique avec son gérant de production œuvrant dans un studio de radiodiffusion à Détroit et lui donne instruction de copier le nouvel enregistrement d’un certain artiste dans le serveur américain pour qu’il fasse partie de la prochaine émission. Dans ce cas, même si les instructions émanent du Canada, les copies ont clairement été faites aux États-Unis et la loi américaine s’appliquerait à la reproduction de l’œuvre musicale.

[74] Nous avons conclu que le principe de la territorialité s’applique; il n’est donc pas nécessaire de prendre en compte le critère du lien substantiel. En l’espèce, le principe de la territorialité impose l’application de la loi américaine sur le droit d’auteur. En conséquence, comme la compétence de la Commission du droit d’auteur du Canada se limite à fixer des tarifs en application de la *Loi* canadienne, la Commission n’a pas compétence pour fixer un tarif à l’égard des présentes copies.

### **3. Copies initiated and made in the U.S. by American third-parties**

[75] The copies in question are those made in American broadcast studios for the programming of American channels, a number of which are included in the Canadian subscription package. The U.S. originated channels received by Canadian subscribers are prepared and programmed from studios in New York and Washington that are owned and operated by the Satellite Services respective American counterparts. These American third-parties make the reproductions for the purposes of programming the American channels.

[76] The evidence is unequivocal that the Satellite Services benefit and depend on the reproductions made by third-parties in the U.S. but have no involvement in their making. Liability of the Satellite Services for these copies can only occur if we find both: that authorizing from Canada an act that occurs abroad is an authorization “in Canada”; and that, in the absence of express authorization, authorization can be inferred by either the degree of control exercised by the Satellite Services or the nature of their relationship with their respective American counterparts.

[77] Once again we must choose which law applies to the authorization of an “infringing” act that occurs in the U.S. when the authorization is given in Canada. In our opinion, it is the American statute that applies for the following reasons.

[78] Briefly stated, the choice of law is determined by territoriality and cannot be based upon the “substantial connection test” when dealing with programming copies initiated in the U.S. by American third-parties. The evidence does not establish that these copies occur “here and there” or across borders. Thus, the reproductions lack the characteristics common to

### **3. Les copies entreprises et faites aux États-Unis par des tierces parties américaines**

[75] Les copies dont il est question sont celles faites dans les studios de production américains pour la programmation des canaux américains, dont certains se retrouvent dans les forfaits d’abonnement canadiens. Les canaux en provenance des États-Unis qui sont captés par les abonnés canadiens sont préparés et programmés dans des studios situés à New York et à Washington qui appartiennent et sont exploités par les homologues américains respectifs des services par satellite. Ces tiers américains font les reproductions pour la programmation des canaux américains.

[76] La preuve indique sans équivoque que les services par satellite tirent profit et dépendent des reproductions réalisées par des tiers aux États-Unis, mais aussi qu’ils ne participent en rien à leur fabrication. La responsabilité des services par satellite à l’égard de ces copies ne peut être établie que si nous concluons à la fois : qu’une autorisation venant du Canada de poser un acte à l’étranger est une autorisation donnée « au Canada » et, qu’en l’absence d’autorisation expresse, l’autorisation peut s’inférer du degré de contrôle exercé par les services par satellite ou de la nature de leur relation avec leurs homologues américains respectifs.

[77] Nous devons là encore choisir la loi qui s’applique à l’autorisation d’un acte « illicite » posé aux États-Unis alors que l’autorisation provient du Canada. À notre avis, pour les motifs qui sont énoncés ci-dessous, c’est le droit américain qui s’applique.

[78] En résumé, lorsqu’il est question de copies de programmation faites aux États-Unis par des tiers américains, le choix de la loi se décide en fonction de la territorialité et ne peut se fonder sur le « critère du lien substantiel ». Rien n’indique dans la preuve que les copies ont été réalisées « ici et là » ou au-delà des frontières. En conséquence, les reproductions ne présentent pas

those actions which have been found to occur “here and there” in the jurisprudence cited by CSI.

[79] The making of the reproductions does not involve any action taken in Canada with the result that there can be no “injury” sustained under Canadian legislation. Therefore, the comments of the Supreme Court in *Moran*<sup>33</sup> that the wrongful act of the tortfeasor must have occurred where the injury took place are of no assistance to CSI. Equally, the comments in *Tolofson (SCC)* regarding the fact that “people expect their activities to be governed by the law of the place where [these activities] happen”<sup>34</sup> are not helpful. All of the activity involved in making the copies takes place in the U.S. and is therefore governed by U.S. legislation. The act of authorizing infringement abroad is covered by the act governing the primary infringement.

[80] CSI rightly points out that the act of authorizing is distinct from the act of doing. That being said, the Board has previously explained the interrelationship that exists between the two acts:

It is generally accepted that all acts protected in subsection 3(1), including the Authorization Right, are distinct. Even though it exists separately, the Authorization Right is, in the Board’s view, of a different nature since it is directly linked to the act being authorized. For one thing, the Authorization Right exists only if the act being authorized is itself protected by copyright. For example, the Public Performance Right can exist without the Communication Right being protected, but the right to authorize a communication cannot exist if the Communication Right is not protected.<sup>35</sup>

[81] If making a copy in the U.S. on instructions from Canada is subject to U.S. law, then, a

les caractéristiques propres au type d’actes à l’égard desquels la jurisprudence citée par CSI a conclu qu’ils sont survenus « ici et là ».

[79] La réalisation des reproductions ne s’accompagne de l’accomplissement d’aucun acte au Canada et, par conséquent, il ne peut en résulter aucun « préjudice » sous le régime de la législation canadienne. Ainsi, les commentaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Moran*<sup>33</sup> selon lesquels l’acte préjudiciable de l’auteur du délit doit avoir été accompli là où le dommage a été subi ne sont d’aucune utilité à CSI. De la même manière, nous ne trouvons aucune utilité aux commentaires formulés par la Cour suprême dans l’arrêt *Tolofson (CSC)* en ce qui concerne le fait que « [L]es gens s’attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent ». <sup>34</sup> Tous les gestes associés à la réalisation des copies sont survenus aux États-Unis et sont, en conséquence, régis par le droit américain. L’acte autorisant la contrefaçon à l’étranger est assujéti à la loi régissant cette contrefaçon.

[80] CSI souligne à juste titre que l’acte d’autoriser diffère de celui de faire. Ceci étant dit, la Commission a déjà expliqué l’interrelation qui existe entre les deux actes :

Il est généralement reconnu que tous les actes protégés au paragraphe 3(1) sont distincts, y compris le droit d’autoriser. Bien qu’il ait sa propre existence, le droit d’autoriser est, selon la Commission, de nature différente puisqu’il est directement lié à l’acte qui est autorisé. En effet, le droit d’autorisation existe uniquement si l’acte qu’on autorise est lui-même un acte protégé. Par exemple, le droit d’exécution publique peut exister sans que le droit de communication soit protégé, mais le droit d’autoriser une communication ne peut exister si le droit de communication ne l’est pas.<sup>35</sup>

[81] Si la copie faite aux États-Unis sur instructions émanant du Canada est régie par la

*fortiori*, any authorization of the making of a copy in the U.S. from the U.S. is subject to U.S. law.

[82] It follows that the mere act of authorizing in Canada is not actionable under the Canadian *Copyright Act* where the primary infringement occurs abroad. There is therefore no need to consider whether or not the Satellite Services have in effect authorized the programming copies of the American channels. In any event, they have not.

#### 4. The 4 to 6 Second Buffer

[83] Every satellite radio receiver stores 4 to 6 seconds of the Satellite Services' multiplex signal at all times in its random access memory (RAM). The principle of first in first out is used to describe buffering – that is, the first byte of information received is the first byte out after 4 to 6 seconds. According to Mr. Greg Nease, Sirius' technical expert, the information contained in the buffer is in a "native signal transmission", which he described as "byte soup" containing "a lot of slicing, interleaving, coding for transmission so that they're totally unrecognizable in terms of audio files".<sup>36</sup> In his opinion, the information is inaccessible and completely invisible to users.

[84] Mr. Paul Marko, an expert called by CSR, explained that in the technology used by CSR the information is transmitted from the satellites to the CSR receivers' by a process that spreads the signal out over 4 to 6 seconds and once received by the receivers' RAM, the receivers perform a despreading function rendering it audible.

[85] The issue is whether the 4 to 6 second buffer – which stores in the temporary memory of the satellite radio user's receiver a "rolling" four seconds of the signal received from the satellite or repeater which provides time diversity – is a

loi américaine, alors, *a fortiori*, l'autorisation émanant des États-Unis d'y faire une copie l'est aussi.

[82] Il s'ensuit que le simple acte d'autoriser ne confère pas de droit d'action en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne lorsque la contrefaçon survient à l'étranger. Nul besoin, donc, d'examiner si les services par satellite ont réellement autorisé les copies de programmation des canaux américains. De toute façon, ils ne l'ont pas fait.

#### 4. Le tampon d'une durée de 4 à 6 secondes

[83] Chaque récepteur de radio satellitaire stocke en tout temps dans sa mémoire vive (MEV) de 4 à 6 secondes du signal multiplex des services par satellite. Le principe du premier entré, premier sorti sert à décrire la mise en mémoire tampon : le premier octet de données reçu sera le premier octet à sortir, après un intervalle de 4 à 6 secondes. Selon M. Greg Nease, l'expert technique de Sirius, les renseignements contenus dans le tampon y sont dans un [TRADUCTION] « format de signal de transmission natif », décrit comme une « soupe d'octets » contenant « beaucoup de découpage, d'entrelacement et de codage pour transmission et est totalement indéchiffrable en terme de fichiers audios ». <sup>36</sup> À son avis, les renseignements ne sont pas accessibles aux usagers et ils leur sont complètement invisibles.

[84] M. Paul Marko, un expert appelé par CSR, a expliqué qu'en raison de la technologie utilisée par CSR, les données sont transmises des satellites aux récepteurs de CSR au moyen d'un processus étalant le signal sur une période de 4 à 6 secondes et que, dès sa réception par la MEV des récepteurs, ceux-ci le rendent audible grâce à l'activation d'une fonction de désétalement.

[85] La question est de savoir si le tampon de 4 à 6 secondes, lequel stocke par défilement vertical dans une mémoire temporaire du récepteur de l'auditeur de radio satellitaire quatre secondes du signal reçu du satellite ou du répéteur produisant ainsi de la

reproduction of a substantial part of a work. To so conclude, we must find that: (1) buffers are in effect a copy of the protected work; (2) the copying is substantial; and (3) the resulting copy is in a material form.

[86] The Satellite Services contend that the buffers are not reproductions within subsection 3(1) of the *Act* because no new copy of a work in a material form is created. They also contend that the sequential transitory storage of small fragments of a musical work that is transmitted to facilitate time diversity fails to meet the substantiality requirement of a reproduction. In the U.S., the transient buffer is considered to be *de minimis* and therefore not infringing.<sup>37</sup> They cite as authority *Australian Video Retailers Association Ltd. v. Warner Home Video Pty Ltd.*<sup>38</sup> and *Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment.*<sup>39</sup> They argue, as well, that the 4 to 6 second buffer does not meet the material form requirement that is defined by the case law that is “fixed in some concrete or non-evanescent form, having a more or less permanent endurance”.<sup>40</sup>

[87] Alternatively, the Satellite Services submit that the 4 to 6 second buffer benefits from the protection of paragraph 64.1(1)(d) of the *Act*, as it is essentially a method or principle of manufacture and therefore, should not be actionable under Canadian law. In support of this contention, the Satellite Services merely refer to *SOCAN v. CAIP (SCC)*<sup>41</sup> and *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*<sup>42</sup>

[88] CSI argues that all buffer copies are reproductions and attract copyright liability because aggregating the sequential content of the buffer will generate a copy of the whole work. The 4 to 6 second buffer is in a form that is sufficiently palpable, tangible and perceptible as to be fixed in a

diversité dans le temps, est la reproduction d’une partie importante d’une œuvre. Pour conclure en ce sens, nous devons établir que : (1) le tampon constitue réellement une copie de l’œuvre protégée; (2) la copie est importante; (3) la copie qui en découle est sous une forme matérielle.

[86] Les services par satellite soutiennent que les tampons ne sont pas des reproductions au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi* car aucune nouvelle copie de l’œuvre n’est créée sous une forme matérielle. Ils font aussi valoir que le stockage transitoire séquentiel de petites portions d’une œuvre musicale transmises pour permettre la diversité dans le temps n’est pas suffisamment important pour engager le droit de l’auteur. Aux États-Unis, le tampon transitoire est considéré comme n’ayant qu’une incidence minimale et, en conséquence, il ne constitue pas une contrefaçon.<sup>37</sup> Les services par satellite invoquent comme jurisprudence *Australian Video Retailers Association Ltd. c. Warner Home Video Pty Ltd.*<sup>38</sup> et *Stevens c. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment.*<sup>39</sup> Ils font aussi valoir que le tampon de 4 à 6 secondes ne répond pas à l’exigence de la forme matérielle que la jurisprudence a développée, c’est-à-dire « qu’elle soit exprimée [...] sous une certaine forme matérielle susceptible d’identification et dotée d’une durabilité plus ou moins grande ». <sup>40</sup>

[87] Subsidiairement, les services par satellite font valoir que le tampon de 4 à 6 secondes bénéficie de la protection conférée par l’alinéa 64.1(1)(d) de la *Loi*, en ce qu’il n’est qu’une méthode ou un processus de fabrication et qu’en conséquence il ne devrait pas donner ouverture à un recours judiciaire en vertu du droit canadien. À l’appui de cet argument, les services par satellite font simplement mention de *SOCAN c. ACFI (CSC)*<sup>41</sup> et d’*Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*<sup>42</sup>

[88] CSI soutient que toutes les copies tampons sont des reproductions et emportent l’obligation de payer la redevance parce que le cumul du contenu séquentiel du tampon produira une copie de l’œuvre complète. Le tampon de 4 à 6 secondes revêt une forme qui est suffisamment palpable, tangible et

medium from which the works can be reproduced or otherwise communicated.<sup>43</sup> It relies on *Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Systems Corp.*<sup>44</sup> which found, among other things, that buffer copies are capable of being reproduced and that the buffer copies in the aggregate comprise the whole of the plaintiff's programming.

[89] CSI adds that the buffer copy is similar to a streaming copy which, according to the Board, contains all the constituent elements of copying, substantiality and material form.<sup>45</sup> CSI also submits that the 4 to 6 second buffer cannot be equated with the cache copy in *SOCAN v. CAIP (SCC)*<sup>46</sup> because the exception provided for in paragraph 2.4(1)(b) of the *Act* only concerns the communication right, not the reproduction right.

[90] We conclude that the 4 to 6 second buffer is not a protected reproduction within the meaning of the *Act* because it does not meet all of the three requirements we set out above.

[91] The 4 to 6 second buffer is a reproduction of the protected work, just as downloads and streams targeted in the *CSI – Online Music Services Tariff*<sup>47</sup> are copies. The buffer stores information, if temporarily, before it can be used. Thus, buffering like streaming involves an act of copying, which in our view satisfies the first requirement.

[92] The next issue is whether the 4 to 6 second buffer is a "substantial" part of a work copied. The Satellite Services rely on *Copinger and Skone James* to conclude that it does not: in commenting on a film being copied in the RAM of a machine as it was being played, the authors conclude that "each fragment is so small that at any one time there cannot be said to be a 'copy' of the film or a substantial part of the film in RAM and so no copying of the film will have taken place for the purposes of the *Act*. [...] in the case of the

perceptible pour être gravé dans un support à partir duquel les œuvres peuvent être reproduites ou communiquées de quelque autre façon.<sup>43</sup> Elle s'appuie sur *Twentieth Century Fox Film Corp. c. Cablevision Systems Corp.*<sup>44</sup> qui a conclu notamment que la reproduction des copies tampons est possible et que mises ensemble, elles constituent la totalité de la programmation de la requérante.

[89] CSI ajoute que la copie tampon est semblable à une copie faite lors d'une transmission sur demande qui, selon la Commission, est à la fois une reproduction, importante et dans une forme matérielle.<sup>45</sup> CSI soutient également que le tampon de 4 à 6 secondes ne peut être assimilé à la « copie antémémoire » dans *SOCAN c. ACFI (CSC)*<sup>46</sup> parce que l'exception prévue à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi* ne vise que le droit de communication et non celui de reproduction.

[90] Nous concluons que le tampon de 4 à 6 secondes n'est pas une reproduction protégée au sens de la *Loi* parce qu'il ne répond pas aux trois exigences que nous avons établies précédemment.

[91] Le tampon de 4 à 6 secondes est une reproduction d'une œuvre protégée, tout comme les téléchargements et les transmissions sur demande visés dans le *Tarif CSI pour les services de musique en ligne*.<sup>47</sup> Le tampon stocke des renseignements, ne serait-ce que temporairement, avant leur utilisation. En conséquence, la mise en tampon comme la transmission sur demande entraîne un acte de reproduction qui, selon nous, répond à la première exigence.

[92] La question suivante est de savoir si le tampon de 4 à 6 secondes constitue une partie « importante » de l'œuvre reproduite. Les services par satellite concluent par la négative en s'appuyant sur *Copinger and Skone James* : commentant la reproduction d'un film en MEV d'une machine au moment de sa projection, les auteurs concluent que « [TRADUCTION] chaque fragment est si petit qu'à n'importe quel moment on ne peut prétendre qu'il existe une "copie" du film ou d'une partie importante du film dans la MEV et, ainsi, aucune

fragmentary copy into RAM at no point does there exist anything which can realistically be said to be a copy.”<sup>48</sup> The Satellite Services fail to point out that the authors concede that the “restricted act” is the “copying” of the work, not the making of a copy such that this streaming process “could be a situation in which the principle of little and often could be adopted.” The authors do however conclude that if a copy is not produced at some stage of the process it seems unrealistic to say that copying has taken place.<sup>49</sup>

[93] The Satellite Radio Services also turn to Professor Paul Goldstein and argue that in the U.S. transient data buffer is considered to be *de minimis* and that copyright law sets the *de minimis* hurdle to infringement relatively low.<sup>50</sup> The Satellite Services rely on the two Australian cases, *AVRA v. Warner* and *Stevens v. Kabushiki* in support of their argument that sequential fragments do not amount to a substantial part of a musical work. It should be noted, however, that there are substantial differences between the Australian legislation and subsection 3(1) of the *Act* and that consequently, the cases are of limited assistance.

[94] CSI argues that by aggregating the sequential content of the buffer there will be a copy of the entire work. It relies on the decision of the Board in *SOCAN 22.A* which dealt with a communication right and not a reproduction right. CSI also relies on U.S. Copyright Office’s *DMCA Section 106 Report*. This report, in our opinion, is non-binding and, more importantly, it is inconclusive.

[95] Finally, CSI refers to *Cablevision*. There is no need to address this aspect of the argument, by reason that the decision has since been reversed, vacated and remanded by the United States Court of Appeal for the Second Circuit.

reproduction du film n’a été faite aux fins de la *Loi*. [...] en ce qui concerne la copie fragmentaire dans la MEV, en aucun temps n’existe-t-il quelque chose qui de façon réaliste s’apparente à une copie. »<sup>48</sup> Les services par satellite omettent de souligner que les auteurs reconnaissent que l’acte protégé est la « reproduction » de l’œuvre, et non la réalisation d’une copie de manière telle que ce processus de transit « [TRADUCTION] pourrait être un cas possible d’application du principe “peu mais souvent”. » Les auteurs concluent cependant que si une copie n’est pas produite à un moment ou l’autre du processus, il semble irréaliste d’affirmer qu’une reproduction a été faite.<sup>49</sup>

[93] Les services de radio par satellite s’appuient également sur le professeur Paul Goldstein et soutiennent qu’aux États-Unis, le tampon transitoire de données est considéré comme n’ayant qu’une incidence minimale et que la législation sur le droit d’auteur établit que le test à respecter en matière de contrefaçon n’est pas très exigeant.<sup>50</sup> Les services par satellite invoquent les deux précédents australiens, *AVRA c. Warner* et *Stevens c. Kabushiki* au soutien de leur thèse selon laquelle des fragments séquentiels ne constituent pas une partie importante d’une œuvre musicale. Il convient toutefois de souligner qu’il existe des différences importantes entre la législation australienne et le paragraphe 3(1) de la *Loi* et que conséquemment, les précédents ne sont pas d’un grand secours.

[94] CSI fait valoir qu’une copie de l’œuvre entière peut se faire en regroupant le contenu séquentiel du tampon. Elle invoque la décision de la Commission dans *SOCAN 22.A* qui traitait du droit de communication et non de celui de reproduction. CSI invoque également le *DMCA Section 106 Report* du Bureau du droit d’auteur des États-Unis. À notre avis, nous ne sommes pas liés par ce rapport et, qui plus est, il n’est pas concluant.

[95] Enfin, CSI renvoie à *Cablevision*. Il n’est pas nécessaire de se pencher sur ce volet de l’argumentation parce que depuis lors la décision a été infirmée, annulée et a fait l’objet d’un renvoi par la Cour d’appel des États-Unis pour le deuxième circuit.

[96] The leading authority on how to assess substantiality remains *U & R Tax Services Ltd. v. H & R Block Canada Inc.*,<sup>51</sup> in which Richard J. (as he then was) decided, among other things, that substantiality must be assessed by placing “more emphasis on the quality of what was taken from the original work rather than the quantity”.<sup>52</sup> Whether there has been a reproduction of a substantial part of a work is a question of fact which must be determined in light of all the circumstances in each case.

[97] Thus, the question is reduced to whether the 4 to 6 second buffer is a substantial part of an entire work. The rolling 4 to 6 seconds of a musical work is not an aggregate of an entire work. At no time does a subscriber possess a series of 4 to 6 second clips which when taken together would constitute a substantial part of the work. It matters not that over time the totality of all works transmitted are reproduced. We are dealing with a rolling buffer and at no time can we line up all of the fragmented copies amounting to one complete copy of a musical work. At no point in time can one extract from the RAM of the receiver more than 4 to 6 seconds of a song (or more accurately of a signal). More importantly, at no time is there a choice as to what goes in there or when it comes out.

[98] In our opinion, the 4 to 6 second buffer fails to satisfy the substantiality requirement. It is not a substantial part of the protected work. It is not, therefore, strictly necessary for us to deal with whether or not the buffer is stored in a material form. We will do so, however, to provide guidance in future cases.

[99] The Satellite Services contend that it is not in a material form because it is a fleeting copy and not perceptible to subscribers. It is byte soup stored in a “native signal transmission format”. They rely on U.S. and Australian case law which as we have noted is, because of differences in the respective copyright acts, of limited use.

[96] L’arrêt qui fait autorité sur la façon d’évaluer le caractère important demeure *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.*,<sup>51</sup> dans lequel le juge Richard, alors juge à la Cour fédérale, a notamment statué que le caractère important devait s’évaluer en donnant « plus d’importance à la qualité des parties plagiées qu’à leur quantité ». <sup>52</sup> La question de savoir si une partie importante d’une œuvre a été reproduite est une question de fait qui doit être tranchée en fonction de toutes les circonstances de chaque espèce.

[97] En conséquence, la question se résume à savoir si le tampon de 4 à 6 secondes constitue une partie importante d’une œuvre complète. Le déroulement par tranches de 4 à 6 secondes d’une œuvre musicale n’offre jamais l’œuvre dans son ensemble. Un abonné ne dispose en aucun temps d’une série de clips qui, réunis ensemble, constitueraient une partie importante de l’œuvre. Il importe peu qu’au bout du compte la totalité des œuvres transmises soit reproduite. Il s’agit d’un tampon en défilement et en aucun temps pouvons-nous accoler toutes les portions de copies pour en arriver à une copie complète d’une œuvre musicale. À quelque moment que ce soit, personne ne peut extraire de façon efficace de la MEV du récepteur plus de 4 à 6 secondes d’une chanson (ou plus précisément, d’un signal). Plus important encore, jamais il n’est possible de choisir ce qui y entre ou quand il sort.

[98] À notre avis, le tampon de 4 à 6 secondes ne répond pas à l’exigence d’importance. Ce n’est pas une partie importante d’une œuvre protégée. Il ne nous est donc pas strictement nécessaire de traiter de la question de savoir si le tampon est stocké sous forme matérielle. Nous le ferons cependant afin de fournir des repères pour les affaires à venir.

[99] Les services par satellite soutiennent que le tampon n’a pas de forme matérielle parce qu’il est une copie fugace, non perceptible pour les abonnés. C’est une soupe d’octets mémorisée dans un « format de signal de transmission natif ». Ils invoquent des précédents américains et australiens qui sont peu utiles, comme nous l’avons souligné, en raison de différences entre les législations respectives sur le droit d’auteur.

[100] There is no definition of “material form” in the *Act*. In Canada, the case cited to determine whether a work is in “material form” is *Canadian Admiral* which stands for the proposition that “for a work to be protected by the Canadian *Copyright Act*, a work must be expressed in some material form capable of identification and having a more or less permanent endurance”.<sup>53</sup>

[101] In *EROS-Équipe*, the Federal Court defined “material form” based on its ordinary meaning of something that was palpable, tangible and perceptible.<sup>54</sup> The Court concluded that the use of software which showed forms owned by the plaintiff on computer screens infringed copyright because they were not ephemeral and they reproduced the plaintiff’s work in a material form within the meaning of the section. The Court relied on *Bookmakers’ Afternoon Greyhound Services Ltd. et al v. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*<sup>55</sup> that found mere posting on a television screen constitutes material reproduction. The Court further added that the generation of a printed version of the on-screen version was also an infringing reproduction.

[102] The Board has recognized various ephemeral copies including streaming, caching, and permanent and temporary downloads as being in material form. In our opinion, RAM copies created by digital technology meet the requirement of material form.<sup>56</sup> It would be contrary to the case law to find that in order to be in a material form, the copy must be capable of being seen or retrieved. Even if it were so, similarly to the circumstances in *EROS-Équipe*,<sup>57</sup> the user who owns a receiver equipped with the extended buffer or recording features could potentially retrieve a more permanent ephemeral copy.

[103] In our opinion, the 4 to 6 second buffer does meet the third requirement. Having said that, it matters not given our conclusion on substantiality.

[100] La *Loi* ne contient aucune définition de « forme matérielle ». Au Canada, la cause citée pour décider si une œuvre revêt une « forme matérielle » est *Canadian Admiral*, laquelle consacre le principe portant que « [TRADUCTION] pour que le droit d’auteur s’attache à une “œuvre”, il faut qu’elle soit exprimée dans une certaine mesure du moins, sous une certaine forme matérielle susceptible d’identification et dotée d’une durabilité plus ou moins grande ». <sup>53</sup>

[101] Dans *EROS-Équipe*, la Cour fédérale a défini « forme matérielle » en s’appuyant sur le sens ordinaire des mots soit quelque chose de palpable, tangible et perceptible.<sup>54</sup> La Cour a conclu que l’utilisation de logiciel affichant sur des écrans d’ordinateur des formulaires appartenant à la requérante violait le droit d’auteur parce que ceux-ci n’étaient pas éphémères et reproduisaient son œuvre sous une forme matérielle au sens de la disposition. La Cour a renvoyé à la décision *Bookmakers’ Afternoon Greyhound Services Ltd. et al c. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.*<sup>55</sup> selon laquelle le simple affichage sur un écran de télévision constituait une reproduction matérielle. De plus, la Cour a ajouté que la génération d’une version imprimée de celle apparaissant à l’écran constituait aussi une violation du droit d’auteur.

[102] La Commission a reconnu la forme matérielle de diverses copies éphémères, dont celles émanant de la transmission sur demande, de la mise en cache, et des téléchargements permanents et temporaires. À notre avis, les copies MEV issues de la technologie numérique répondent aux exigences de la forme matérielle.<sup>56</sup> Il serait contraire à la jurisprudence de conclure que pour apparaître sous une forme matérielle, la copie doit être visible ou récupérable. Même si c’était le cas, tout comme les circonstances dans *EROS-Équipe*,<sup>57</sup> l’utilisateur qui possède un récepteur muni du tampon prolongé ou de fonctions d’enregistrement pourrait extraire une copie éphémère plus permanente.

[103] À notre avis, le tampon de 4 à 6 secondes répond à la troisième exigence. Ceci étant dit, cela importe peu compte tenu de notre conclusion portant sur le caractère important.

## 5. Internet Streaming

[104] The Satellite Services offer, as an additional feature, a free online service of a subset of satellite radio channels through an Internet-based streaming service using a specially designed media player. The content for the media player is delivered at virtually the same time as it is uplifted to the satellite. The streamed content is extracted from the same process by which radio satellite services are programmed and delivered. The stream is copied temporarily in the buffer of a computer to make it play without interruption. The buffer, which according to Dr. Michael J. Murphy never exceeds ten seconds, delays the playback just long enough to ensure smooth playback to the listener.

[105] A number of cellular phone service providers have entered into agreements with the Satellite Services to permit their subscribers to connect to the streamed service. The streaming technology used to deliver this service is identical to the one used on the Internet. The Satellite Services contend that apart from the “so-called copy” resulting from the buffering process, no other reproductions are created by this service.<sup>58</sup>

[106] The Satellite Services contend the Board has not yet decided whether the reception of a pure stream on a computer or other device involves the reproduction right. Any comments made by the Board to date are, in the submission of the Satellite Services, *obiter* and more importantly contradict recent decisions of the Supreme Court of Canada.<sup>59</sup> The Satellite Services contend this is the first time the Board is squarely faced with making a decision as to whether the transmission of information to a device in the course of a streaming service involves the making of a reproduction.

[107] CSI, on the other hand, argues that streams are reproductions within the meaning of subsection

## 5. La transmission Internet sur demande

[104] Les services par satellite offrent, comme fonction additionnelle, un service en ligne gratuit d'un sous-ensemble des canaux de radio par satellite au moyen d'un service de transmission par Internet utilisant un diffuseur de médias spécialement conçu. Le contenu pour le diffuseur de médias est livré pratiquement en même temps que sa transmission vers le satellite. Le contenu transmis est extrait du même processus en vertu duquel les services de radio par satellite sont programmés et livrés. La transmission est temporairement copiée dans le tampon d'un ordinateur pour une lecture sans interruption. Le tampon, qui selon M. Michael J. Murphy n'excède jamais dix secondes, retarde la lecture juste assez longtemps pour assurer une écoute en douceur.

[105] Un certain nombre de fournisseurs de service de téléphonie cellulaire ont conclu des ententes avec les services par satellite pour permettre à leurs abonnés de se brancher au service de transmission sur demande. La technologie de transmission utilisée pour la livraison de ce service est identique à celle utilisée sur Internet. Les services par satellite soutiennent qu'à l'exception de la « soi-disant copie » résultant du processus de mise en tampon, aucune autre reproduction n'est créée par ce service.<sup>58</sup>

[106] Les services par satellite soutiennent que la Commission n'a pas encore décidé si la réception d'une transmission sur demande à l'état pur sur un ordinateur ou un autre dispositif met en cause le droit de reproduction. Selon les services par satellite, les commentaires formulés par la Commission à ce jour sont des *obiter* et, ce qui est plus important encore, contredisent des arrêts récents de la Cour suprême du Canada.<sup>59</sup> Les services font valoir que la Commission est directement tenue pour la première fois de décider si la transmission de données à un dispositif dans le cadre d'un service de transmission sur demande comprend la réalisation d'une reproduction.

[107] À l'opposé, CSI soutient que les transmissions sont des reproductions au sens du

3(1) of the *Act* and relies on the Board's comments in *CSI – Online Music Services for the Years 2005 to 2007*.<sup>60</sup> In CSI's submission, the evidence before the Board is that there is no difference between a stream in the context of the delivery of a satellite radio service and a stream in the context of a delivery of an online music service. It also relies on the comments made by the Board in *SOCAN 22.A*.<sup>61</sup> The Board did not decide whether or not the temporarily stored copy was a reproduction within the meaning of the *Act* in *SOCAN 22.A*.

[108] The Board decided in *CSI – Online Music Services*,<sup>62</sup> as we do here, that the Internet cellular phone streaming of the objectors' services require the making of copies. The issue here, however, is whether or not these copies are sufficiently substantial to attract liability. In our opinion, they are not. The uncontradicted evidence of Dr. Murphy is that the buffer never stores more than 10 seconds of information. Based on our earlier comments with respect to the 4 to 6 second buffer, the same finding must be made, that is, they are not sufficiently "substantial" and therefore do not constitute a protected reproduction within the meaning of subsection 3(1) of the *Act*.

## 6. Extended Buffers

[109] A small percentage of receivers contain an extended buffer feature. This enables the subscriber to block record programming, to pause and replay, to radio replay which once enabled permits subscribers to record programming content for subsequent enjoyment, and to pause and rewind. All these features are user selectable: any decision to employ them is made by the user, not by the Satellite Services.

[110] The parties agree that these copies are reproductions within the meaning of the *Act* and that

paragraphe 3(1) de la *Loi* et s'appuie sur les commentaires de la Commission dans *CSI – Services de musique en ligne pour les années 2005 à 2007*.<sup>60</sup> Selon CSI, la preuve présentée à la Commission établit qu'il n'y a pas de différence entre la transmission dans le cadre de la livraison d'un service de radio par satellite et celle dans le cadre de la livraison d'un service de musique en ligne. Elle s'appuie également sur les commentaires formulés par la Commission dans *SOCAN 22.A*.<sup>61</sup> La Commission n'a pas décidé si la copie stockée temporairement était une reproduction au sens de la *Loi* dans *SOCAN 22.A*.

[108] Tout comme la Commission l'a fait dans *CSI – Services de musique en ligne*,<sup>62</sup> nous décidons que la transmission par téléphonie cellulaire des services des opposantes exige la réalisation de copies. Toutefois, en l'espèce, la question en litige est de savoir si ces copies sont importantes au point de constituer un acte protégé. À notre avis, elles ne le sont pas. Selon le témoignage non contredit de M. Murphy, le tampon ne stocke jamais plus de 10 secondes de données. Nous fondant sur nos commentaires déjà formulés à l'égard du tampon de 4 à 6 secondes, nous devons conclure dans le même sens, c'est-à-dire que ces copies ne sont pas suffisamment « importantes » et, en conséquence, qu'elles ne constituent pas des reproductions protégées visées par le paragraphe 3(1) de la *Loi*.

## 6. Les tampons prolongés

[109] Un faible pourcentage de récepteurs offrent la fonction dite de tampon prolongé. Celle-ci permet à l'abonné d'enregistrer en vrac la programmation, de faire une pause et de reprendre l'écoute, de réentendre une émission, fonction qui une fois activée permet à l'utilisateur d'enregistrer le contenu d'une émission pour en profiter ultérieurement et de suspendre et rembobiner. Toutes ces fonctions sont activées par l'utilisateur : la décision d'y recourir lui appartient, et non pas aux services par satellite.

[110] Les parties conviennent que ces copies sont des reproductions au sens de la *Loi* et qu'elles sont

users, not the Satellite Services, make them. What is not agreed is whether the Satellite Services authorize their subscribers to make the copies in question.

[111] The Satellite Services note that all these features are used and initiated by the user, who alone determines what, if anything, is stored. In their submission, the services do not authorize or purport to grant the right to make copies. They rely on *Muzak Corp. v. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*,<sup>63</sup> *Vigneux v. Canadian Performing Rights Society Ltd.*<sup>64</sup> and *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc.*<sup>65</sup> Succinctly stated, their argument is that they do not have or exercise the necessary control to be deemed to have authorized or purported to authorize the reproductions. In their submission, based upon *De Tervagne v. Beloeil*<sup>66</sup> “an act is not authorised by somebody who merely enables or possibly assists or even encourages another to do an act, but does not purport to have any authority which he can grant to justify the doing of the act.”<sup>67</sup> They also rely on *Muzak*,<sup>68</sup> *CCH*<sup>69</sup> and *SOCAN v. CAIP (SCC)*<sup>70</sup> to argue that they are entitled to presume that the means they provide will be used in accordance with the law.

[112] CSI contends that on the evidence the Satellite Services “sanction, approve and countenance” the programming activities of their subscribers. In its submission, the Satellite Services exercise a sufficient level of control to infer authorization.<sup>71</sup>

[113] In our opinion, the Satellite Services have authorized a reproduction in the present circumstances. All the recording options contained in the “Stiletto” and similar receivers sold by CSR are dependent on the subscriber’s decision to use those features. The Satellite Services’ contention that they authorize the mere use of equipment that may or may not be used to infringe copyright which entitles them to presume that subscribers use the device in accordance with the law is not in accord with the evidence in this case. Here the Satellite

faites par les utilisateurs et non par les services par satellite. Les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si les services par satellite autorisent leurs abonnés à faire les copies en cause.

[111] Les services par satellite soulignent que c’est l’usager qui utilise et fait démarrer toutes ces fonctions, et que lui seul décide ce qui est stocké, le cas échéant. Selon eux, les services n’autorisent ni ne prétendent donner le droit de faire des copies. Ils citent *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*,<sup>63</sup> *Vigneux c. Canadian Performing Rights Society Ltd.*<sup>64</sup> et *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics Plc.*<sup>65</sup> En résumé, ils soutiennent qu’ils n’ont pas le contrôle nécessaire, ni ne l’exercent, pour être réputés avoir autorisé ou prétendu autoriser les reproductions. Selon eux, en s’appuyant sur *De Tervagne c. Beloeil*,<sup>66</sup> « un acte n’est pas autorisé par quelqu’un qui ne fait que permettre à un autre d’accomplir un acte ou probablement l’aider ou même l’encourager à le faire, mais qui ne prétend pas avoir une autorisation qu’il peut octroyer pour justifier l’accomplissement de l’acte. »<sup>67</sup> Ils citent aussi *Muzak*,<sup>68</sup> *CCH*<sup>69</sup> et *SOCAN c. ACFI (CSC)*<sup>70</sup> au soutien de l’argument selon lequel ils sont en droit de supposer que les moyens qu’ils fournissent seront utilisés dans le respect de la loi.

[112] Compte tenu de la preuve, CSI soutient que les services par satellite « autorisent, approuvent ou tolèrent » les activités de programmation de leurs abonnés. Selon elle, les services par satellite exercent un niveau de contrôle suffisant pour en inférer une autorisation.<sup>71</sup>

[113] À notre avis, les services par satellite ont autorisé une reproduction dans les présentes circonstances. Toutes les fonctions d’enregistrement dont sont dotés le « Stiletto » et les récepteurs semblables vendus par CSR sont tributaires de la décision de l’abonné de les utiliser. L’argument des services par satellite selon lequel ceux-ci ne font que permettre l’utilisation d’équipement, laquelle peut s’avérer illicite ou non, et s’autorisant de ce fait pour supposer que les abonnés se servent des appareils dans le respect de

Services are not passive. They control the programming sent to the subscribers by encrypting the signal, and by decrypting it they grant to their subscriber the right to access the full programming including the right to use all of those services. The Satellite Services can program their receivers to permit or prevent copying. With respect to block copying, pause and replay and other features, access to the content copied in the extended buffers is controlled by the Satellite Services. Subscribers who stop paying for the service no longer have access to the content stored in their receivers. In addition, some end-user licence agreements contemplate the possibility that subscribers will use the receiver software to copy content programming or even individual songs based on which a subscriber could presume that the Satellite Services purport to have the authority to allow private copying.

[114] Finally, the Satellite Services commercial interests are tied to the ability of subscribers to use the extended buffers. While to date the number of subscribers using the more sophisticated devices is quite small, the fact is that the Satellite Services rely on these features to promote themselves as a better alternative to other substitute services. For example, they market themselves as an alternative to iPods or MP3 players. They prominently advertise the reproduction features of their radio receivers. For example, CSR describes one of its receivers as a substitute for the iPod-iTunes combination proclaiming “another Pod? Hardly. This is the mother ship.”

[115] In *SOCAN v. CAIP (SCC)* the Supreme Court, in deciding whether or not Internet Service Providers could be deemed to authorize the communication of protected works, pointed out “that copyright liability may well attach if the activities of the Internet Service Provider cease to be content neutral, e.g. if it has notice that a content

la loi, n’est pas conforme à la preuve versée au présent dossier. Les services par satellite ne sont pas passifs. Ils contrôlent la programmation transmise aux abonnés en chiffrant le signal; en le décryptant, ils leur accordent le droit d’accéder à toute la programmation, y compris le droit d’utiliser tous ces services. Les services par satellite peuvent programmer leurs récepteurs pour autoriser ou empêcher la copie. En ce qui concerne la copie de bloc, la pause, l’écoute différée et autres fonctions, l’accès au contenu reproduit dans le tampon prolongé est contrôlé par les services par satellite. L’abonné qui cesse de payer pour le service n’a alors plus accès au contenu stocké dans son récepteur. De plus, certains contrats de licence d’utilisation prévoient la possibilité pour les abonnés d’utiliser le logiciel du récepteur pour copier du contenu de programmation ou même des chansons ce qui autoriserait un abonné à supposer que les services par satellite sont censés disposer du pouvoir d’autoriser les copies privées.

[114] Enfin, les intérêts commerciaux des services par satellite sont liés à la capacité d’utilisation des tampons prolongés par les abonnés. Bien qu’à ce jour le nombre d’abonnés utilisant les appareils plus perfectionnés soit relativement faible, il n’en demeure pas moins que les services par satellite misent sur ces fonctions pour se faire connaître comme offrant des services de qualité supérieure aux produits substitués. Par exemple, ils se mettent en valeur en se présentant comme la solution de rechange aux lecteurs iPod et MP3. Ils mènent une campagne publicitaire agressive sur la fonction de reproduction de leurs récepteurs de radio. Par exemple, CSR décrit l’un de ses récepteurs comme remplaçant le tandem iPod-iTunes en proclamant « [TRADUCTION] un autre Pod? Pas du tout. Nous sommes le vaisseau mère. »

[115] Dans *SOCAN c. ACFI (CSC)* la Cour suprême, en déterminant si les fournisseurs de services Internet pouvaient être réputés autoriser la communication d’œuvres protégées, a souligné que « le fournisseur de services Internet pourrait violer le droit d’auteur si ses activités avaient une incidence sur le contenu, c’est-à-dire s’il savait

provider has posted infringing material on its system and fails to take remedial action.”<sup>72</sup> Based on the evidence before us, the Satellite Services’ activities are not content neutral. This finding is consistent with the decision of the Federal Court of Appeal in *CCTA* where the Board found the cable television services were liable for the transmitters’ public performances of music over their network on the grounds that they either authorized the performances or were joint performers. The Court stated:

However, if one wants to lay with the subscriber the ultimate responsibility for the materialization of the public performance and therefore the infringement of the copyrights, there is no doubt that, upon a plain or a constructive meaning of the word “authorization”, the appellant authorizes such materialization by its customers. I think the learned Trial Division judge correctly summarized the state of the law with regard to the appellant’s actions when he wrote:

I believe a cable television system which provides electromagnetic signals to a subscriber, under a contract which clearly contemplates that the sole use of the cable company’s service is to be the production of audible and visual messages from the subscriber’s television set connected to that cable, must be taken to have authorized that ultimate performance.<sup>73</sup>

[116] In our opinion, those comments apply with equal force to the present case.

[117] That brings us to the final issue and that is whether or not the Satellite Services can rely on the fair dealing right to escape liability for authorizing their affiliated retailers to reproduce a sample of programming content. We note that initially the Satellite Services sought to invoke the private copying regime to evade liability but appear to have

qu’un fournisseur de contenu rend du matériel illicite disponible grâce à son système et ne prenait pas de mesures pour y remédier. »<sup>72</sup> Selon la preuve qui nous a été présentée, les activités des services par satellite ont une incidence sur le contenu. Cette conclusion est conforme à l’arrêt *ACTC* de la Cour d’appel fédérale, dans lequel la Commission a conclu que les services de télévision par câble étaient responsables des exécutions publiques de musique des transmetteurs sur leur réseau au motif soit qu’ils ont autorisé les prestations, soit qu’ils sont des co-exécutants. La Cour s’est ainsi exprimée :

Cependant, même si l’abonné est l’ultime responsable de la réalisation de l’exécution publique et, par conséquent, de la violation du droit d’auteur, il ne fait aucun doute, suivant le sens littéral du terme « autorisation » ou suivant l’interprétation qu’on en fait, que l’appelante autorise ses clients à faire en sorte que l’exécution se matérialise. J’estime que le juge de première instance a bien résumé le droit applicable aux actes de l’appelante en disant ce qui suit :

[L]orsqu’une société exploitant un système de télévision par câble fournit à un abonné des signaux électromagnétiques, aux termes d’un contrat qui prévoit clairement que la prestation de la compagnie consiste uniquement à faire produire par le téléviseur de l’abonné, téléviseur relié au câble, des messages sonores et visuels, cette société est censé[e] avoir autorisé cette dernière exécution.<sup>73</sup>

[116] À notre avis, ces commentaires s’appliquent avec autant de force en l’espèce.

[117] Cela nous amène à la dernière question en litige qui est de savoir si les services par satellite peuvent s’en remettre au droit à l’utilisation équitable pour échapper à la responsabilité d’avoir autorisé leurs détaillants affiliés à reproduire un échantillon du contenu d’émissions. Nous constatons que les services par satellite ont

resiled from that position. The Satellite Services now rely on the concept of fair dealing with respect to the programming content recorded for retail purposes. The Satellite Services further contend that even if the Board concludes that they authorized the copies, they cannot be liable for such reproductions by virtue of the fair dealing exception for research or private study purposes. In our opinion, that argument is a long reach and one which, as will be seen, is easily rejected. The Satellite Services contend that the samples recorded on the devices provided to affiliated retailers should come within the fair dealing right because the purpose is to facilitate private research of potential subscribers.

[118] The fair dealing right for the purposes of research or private study is governed by section 29 of the *Act* which states:

29. Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

[119] The Supreme Court of Canada examined the issue at some length in *CCH*.<sup>74</sup> Chief Justice McLachlin, writing for the Court, stated that fair dealing is not an exception (as has previously been thought) but a right. In order to show that the dealing was fair, the defendant must prove on a balance of probabilities that the dealing was for research or private study and that it was fair. The Chief Justice described what is required to prove fair dealing in the following terms:

[60] To conclude, the purpose of the dealing, the character of the dealing, the amount of the dealing, the nature of the work, available alternatives to the dealing and the effect of the dealing on the work are all factors that could

initialement cherché à invoquer le régime de copie privée afin d'échapper à leur responsabilité, mais qu'ils semblent avoir abandonné cet argument. Ceux-ci font maintenant appel au concept de l'utilisation équitable à l'égard de la programmation enregistrée aux fins de vente au détail. Les services par satellite soutiennent de plus que même si la Commission tirait la conclusion qu'ils ont autorisé les copies, ils ne violeraient pas le droit d'auteur à l'égard de ces reproductions en raison de l'exception découlant de l'utilisation équitable aux fins de recherche ou d'étude privée. À notre avis, cet argument est forcé et, comme nous le verrons, est aisément rejeté. Les services par satellite soutiennent que les échantillons enregistrés sur les appareils fournis aux détaillants affiliés devraient être visés par le droit à l'utilisation équitable parce que l'objectif consiste à faciliter la recherche privée d'abonnés potentiels.

[118] Le droit à l'utilisation équitable aux fins de recherche ou d'étude privée est régi par l'article 29 de la *Loi* dont voici les dispositions :

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

[119] La Cour suprême du Canada a examiné la question assez en détail dans l'arrêt *CCH*.<sup>74</sup> Le Juge en chef McLachlin, rédigeant l'arrêt de la Cour, a indiqué que l'utilisation équitable n'était pas une exception (comme on l'avait jusque-là pensé), mais un droit. Pour établir qu'une utilisation est équitable, le défendeur doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il s'agit d'une utilisation aux fins d'étude privée ou de recherche et qu'elle est équitable. Le Juge en chef s'est ainsi exprimée sur les éléments nécessaires pour prouver l'utilisation équitable :

[60] En conclusion, le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, la nature de l'œuvre, les solutions de rechange à l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre sont tous des facteurs qui peuvent contribuer à la

help determine whether or not a dealing is fair. These factors may be more or less relevant to assessing the fairness of a dealing depending on the factual context of the allegedly infringing dealing. In some contexts, there may be factors other than those listed here that may help a court decide whether the dealing was fair.

[120] In *CCH*, the Supreme Court recognized that the right equally applies to facilitators of research and private study. The Court stated unequivocally that the onus of establishing fair dealing lies with the person seeking to invoke it. In this regard, the Court stated:

[48] [...] Procedurally, a defendant is required to prove that his or her dealing with a work has been fair; however, the fair dealing exception is perhaps more properly understood as an integral part of the *Copyright Act* than simply a defence. Any act falling within the fair dealing exception will not be an infringement of copyright. The fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user's right. In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, it must not be interpreted restrictively. As Professor Vaver, *supra*, has explained, at p. 171: "User rights are not just loopholes. Both owner rights and user rights should therefore be given the fair and balanced reading that befits remedial legislation."

[121] The Satellite Services argue that in the context of a proceeding before the Board the burden of proof is shifted to the Collectives because they have the burden of establishing the reasonableness of their proposed tariff. This submission is untenable. The information respecting the intentional purpose is strictly within the control of the user. The onus of establishing fair dealing should remain, as the Supreme Court stated, with

détermination du caractère équitable ou inéquitable de l'utilisation. Ces facteurs peuvent être plus ou moins pertinents selon le contexte factuel de la violation alléguée du droit d'auteur. Dans certains cas, d'autres facteurs que ceux énumérés peuvent aider le tribunal à statuer sur le caractère équitable de l'utilisation.

[120] Dans l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a reconnu que ce droit s'applique tout autant à ceux qui facilitent la recherche et l'étude privée. La Cour a clairement indiqué que le fardeau de prouver l'utilisation équitable incombe à la personne qui l'invoque. À cet égard, voici comment la Cour s'est exprimée :

[48] [...] Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver, *op. cit.*, l'a expliqué, à la p. 171, [TRADUCTION] « [L]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. »

[121] Les services par satellite soutiennent que dans le cadre de procédures intentées devant la Commission, le fardeau de la preuve est renversé car il incombe aux sociétés de gestion d'établir la raisonnablement du tarif proposé. Cet argument est indéfendable. Les renseignements concernant l'intention et l'objectif reposent strictement entre les mains de l'utilisateur. Comme l'a exprimé la Cour suprême, le fardeau de prouver que l'utilisation est

the person asserting the right. The Satellite Services have not provided any evidence to establish that the subscribers using the extended buffer were doing so for the purposes of research or private study. There is no aspect of the recording features that suggests that potential purchasers use the prerecorded messages for research or private study. Quite the contrary, the evidence demonstrates that retailers use this feature to promote the sale of the service.

[122] A sample of the content contained on devices for retail purposes and for the benefit of on-site sampling is distinguishable from the previews described in *SOCAN 22.A*.<sup>75</sup> The receivers sold in retail stores hold a prerecorded sample of the various channels in their memory. When the device is turned on by a potential buyer, it will play the prerecorded channel. The potential consumer has no choice in selecting channels other than what is offered by the Satellite Services. After the device is purchased, the subscriber must contact the satellite service and pay the subscription fee before the Satellite Services' respective management systems will send a signal informing the receiver that the subscriber is entitled to the full subscription and to playback the recorded content.<sup>76</sup>

[123] Contrary to the facts in *SOCAN 22.A*,<sup>77</sup> here the consumer does not request a sample from the Satellite Services. On the contrary, it is the Satellite Services who initiate and make the copy. In our opinion, the Satellite Services cannot be considered facilitators of research. The prerecorded content offers a sample of the channels offered to incite customers to purchase their services.

[124] The Satellite Services have not provided sufficient evidence to discharge the onus of proof that this activity is fair dealing within section 29 of the *Act*. Thus, the Satellite Services cannot rely on

équitable devrait demeurer sur les épaules de la personne qui invoque ce droit. Rien n'indique dans la preuve présentée par les services par satellite que les abonnés utilisant les tampons prolongés l'ont fait à des fins de recherche ou d'étude privée. Les fonctions d'enregistrement ne présentent aucun attribut pouvant laisser croire que d'éventuels acheteurs utilisent les messages préenregistrés à des fins de recherche ou d'étude privée. Bien au contraire, la preuve établit que les détaillants utilisent cette fonction pour promouvoir la vente du service.

[122] Un échantillon du contenu emmagasiné dans les appareils destinés à la vente au détail et pour les besoins d'échantillonnage sur place se différencie de l'écoute préalable décrite dans *SOCAN 22.A*.<sup>75</sup> Les récepteurs vendus dans les magasins de détail contiennent en mémoire un échantillon préenregistré des divers canaux. Lorsque l'appareil est activé par un acheteur potentiel, il jouera le canal préenregistré. Le consommateur potentiel n'a pas le choix de sélectionner des canaux autres que ceux offerts par les services par satellite. Suite à l'achat du récepteur, l'abonné doit communiquer avec le service par satellite et payer les frais d'abonnement avant que les systèmes de gestion respectifs des services par satellite n'envoient un signal informant le récepteur que l'abonné a droit à l'abonnement complet et de jouer le contenu enregistré.<sup>76</sup>

[123] Contrairement aux faits dans *SOCAN 22.A*,<sup>77</sup> le consommateur en l'espèce ne demande pas d'échantillon des services par satellite. Au contraire, la copie est entreprise et produite par les services par satellite. À notre avis, ils ne peuvent être assimilés à une personne facilitant une recherche. Le contenu préenregistré offre un échantillon des canaux proposés dans le but d'inciter les consommateurs à se procurer leurs services.

[124] Les services par satellite n'ont pas présenté les éléments de preuve suffisants pour se décharger du fardeau qui leur incombe de prouver que cette activité constitue une utilisation équitable au sens de

fair dealing to escape liability for the reproduction of the sample programming.

#### IV. ECONOMIC ANALYSIS

[125] In the narration of the facts we described briefly the approaches advocated by the economic experts called by the various parties.

Mr. Glen Bloom, when arguing the Collectives' case, stressed that there is a problem with the Board continuing to use the benchmark approach by reason that it builds upon prior proxies. In his submission, a newer and more innovative approach is necessary to ensure that the certified tariff is a reflection of the true value of music to the industry. We have examined the alternative approaches developed by Drs. Agrawal and McHale and while we find them interesting and believe that they could become useful as the market matures, we are not persuaded to use them at the present time.

[126] We essentially agree with Dr. Reitman that the benchmark approach, even with the specific adjustments that are required, permits the Board to certify rates that are fair and equitable for satellite radio. Once a tariff has been established by the benchmark, it is not a simple reflection of the initial proxy, but rather a tariff arrived at as the result of an independent analysis of the specific sector to which the tariff applies.

[127] We will therefore use the benchmark approach to determine the fair and equitable tariff. However, we will briefly describe the alternative approaches proposed by Drs. Agrawal and McHale and will provide reasons why we cannot rely on them at this time. We offer these comments in the hope that they will provide guidance for the parties in developing new economic models in the future. In our opinion the development and presentation to the Board of such alternative economic models can, in

l'article 29 de la *Loi*. En conséquence, les services par satellite ne peuvent se fonder sur l'utilisation équitable pour échapper à leur responsabilité à l'égard de la reproduction d'échantillon d'émissions.

#### IV. ANALYSE ÉCONOMIQUE

[125] Dans l'exposé des faits, nous avons décrit brièvement les approches proposées par les experts économiques appelés par les différentes parties. Dans sa défense de la position des sociétés de gestion, M<sup>c</sup> Glen Bloom a souligné que le fait que la Commission continue d'utiliser l'approche privilégiant un point de référence posait problème, parce que celle-ci s'appuie sur les indicateurs antérieurs. Selon lui, il faut une approche novatrice qui fera en sorte que le tarif homologué reflète la valeur réelle de la musique pour l'industrie. Nous avons étudié les différentes approches élaborées par MM. Agrawal et McHale, et bien que nous les trouvions intéressantes et que nous croyions qu'elles pourraient devenir utiles lorsque le marché sera bien développé, nous ne sommes pas convaincus de leur pertinence à l'heure actuelle.

[126] Nous sommes essentiellement d'accord avec l'argument de M. Reitman selon lequel l'approche privilégiant un point de référence, malgré les ajustements particuliers qu'elle nécessite, permet à la Commission d'homologuer des taux qui soient justes et équitables pour la radio par satellite. Une fois qu'un tarif a été établi au moyen de cette méthode, il n'est pas la simple reproduction de l'indicateur initial, mais le résultat d'une analyse indépendante du secteur particulier auquel s'applique ce tarif.

[127] Nous nous servirons donc d'un point de référence pour déterminer le tarif juste et équitable. Néanmoins, nous décrirons brièvement les différentes approches proposées par MM. Agrawal et McHale et nous expliquerons pourquoi nous ne pouvons y recourir à l'heure actuelle. Ces commentaires ont pour but d'aider les parties à élaborer de nouveaux modèles économiques dans l'avenir. À notre avis, l'élaboration de nouveaux modèles et leur présentation devant la Commission

the long term, play a crucial role in the determination of fair and equitable tariffs.

[128] We begin by examining the economic models proposed by Drs. Agrawal and McHale based on fairness, efficiency and consistency.

### **1. Industry's Willingness-to-Pay**

[129] Drs. Agrawal and McHale propose to use sample agreements to estimate the share of revenues the Satellite Services are willing to pay to the automobile industry to obtain subscribers, and apply this share to the subscribers that are attracted to the service because of the music. They claim this leads to a fair tariff since the Satellite Services should be willing to pay the same share of their revenues for all the subscribers, whether attracted by music or otherwise.

[130] Drs. Agrawal and McHale include every financial transfer between the Satellite Services and the car manufacturer. They find that the Satellite Services incur two costs from their agreements with the automobile industry: a hardware subsidy and a share of subscription revenues. In exchange, the car manufacturer pays for a trial subscription for a brief period when the car is sold. They also consider the percentage of the consumers that will retain the service once the trial period paid for by the car manufacturer is over.

[131] The authors conclude that, when including the trial subscription and other amounts, the Satellite Services are willing to pay approximately 45 per cent of revenues earned from automotive subscribers to car manufacturers.

[132] Drs. Agrawal and McHale also note that, according to the Circum Network survey, 86 per cent of current subscribers would not continue to subscribe to the satellite radio service if music was

peuvent, à long terme, jouer un rôle essentiel dans l'établissement de tarifs justes et équitables.

[128] Nous commencerons par étudier les modèles économiques proposés par MM. Agrawal et McHale en se fondant sur les critères d'équité, d'efficacité et d'uniformité.

### **1. Volonté de payer de l'industrie**

[129] MM. Agrawal et McHale proposent de se fonder sur un échantillon d'ententes pour calculer la part de revenus que les services par satellite sont disposés à verser à l'industrie de l'automobile pour vendre des abonnements, pour ensuite appliquer cette proportion à ceux qui s'abonnent au service à cause de la musique. À leur avis, cela permet d'établir un tarif équitable, puisque les services devraient être disposés à verser la même part de revenus pour tous les abonnés, que ce soit la musique ou autre chose qui les attire vers le service.

[130] MM. Agrawal et McHale tiennent compte de tous les transferts financiers entre les services par satellite et le constructeur d'automobiles. Ils notent que les ententes conclues avec l'industrie de l'automobile engendrent deux types de coûts pour les services par satellite : une subvention de matériel et une part des revenus d'abonnement. En contrepartie, le constructeur d'automobiles souscrit un abonnement d'essai pour une courte période lorsque le véhicule est vendu. MM. Agrawal et McHale prennent aussi en considération le pourcentage de consommateurs qui renouvelleront l'abonnement une fois la période d'essai terminée.

[131] Les auteurs concluent, en incluant les montants d'abonnement d'essai et d'autres montants, que les services par satellite sont disposés à verser environ 45 pour cent des revenus d'abonnement provenant du secteur de l'automobile aux constructeurs d'automobiles.

[132] MM. Agrawal et McHale observent en outre que, selon l'enquête du Réseau Circum, 86 pour cent des abonnés actuels mettraient fin à leur abonnement à la radio par satellite si le volet

removed from the programming. Applying this to the proportion of 45 per cent leads the authors to conclude that the Satellite Services should be willing to pay 39 per cent of their revenues for music.

[133] The authors recognize, however, that music rights owners might not be able to capture all of the Satellite Services' willingness-to-pay. On the other hand, they also recognize that the Satellite Services might be "willing to pay" even more to car manufacturers. They conclude that it may be unsustainable for the Satellite Services to pay at the maximum they are willing to pay for each input.

[134] Dr. Reitman disagrees with the calculation with respect to the subscription fee for trial months paid for by the car manufacturer. Rather than include trial months paid by car manufacturers in the revenues of the Satellite Services, he suggests they should net out the payments the Satellite Services make to car manufacturers to subsidize the equipment and share subscription revenues. He argues that although this treatment of trial months should make no difference in terms of business decisions for the Satellite Services and car manufacturers, it has an important impact on the cost-benefit ratio. Dr. Reitman also proposes certain changes to the exchange rate calculation.

[135] The result is that he calculates an estimated willingness-to-pay of approximately 10 per cent, much lower than the 39 per cent estimated by Drs. Agrawal and McHale. Moreover, in Dr. Reitman's opinion the willingness-to-pay corresponds to payments for all music costs including music programming and only a proportion of it should constitute the tariff.

[136] In addition, Dr. Reitman notes that the Satellite Services would pay out more than their revenues if every input was remunerated at the maximum willingness-to-pay rate.

musical était supprimé. En multipliant ce chiffre par la proportion de 45 pour cent, les auteurs en viennent à la conclusion que les services par satellite seraient prêts à déboursier 39 pour cent de leurs revenus pour la musique.

[133] Les auteurs reconnaissent toutefois que les titulaires de droits sur la musique pourraient ne pas être en mesure de profiter pleinement de la volonté de payer des services par satellite. Ils reconnaissent par ailleurs que ces derniers pourraient être disposés à verser encore plus d'argent aux constructeurs d'automobiles. Ils concluent qu'il pourrait être peu viable pour les services par satellite de verser pour chaque intrant le montant maximal qu'ils sont prêts à payer.

[134] M. Reitman n'est pas d'accord avec la manière dont est fait le calcul pour ce qui est du tarif d'abonnement pour les mois d'essai que paie le constructeur d'automobiles. Au lieu d'inclure le produit des mois d'essai dans les revenus des services par satellite, M. Reitman propose plutôt de le déduire du montant qu'ils versent aux constructeurs d'automobiles au titre de la subvention de matériel et du partage des revenus d'abonnement. Bien que, selon lui, cette façon de traiter les mois d'essai ne modifie pas les décisions d'affaires des services par satellite et des constructeurs d'automobiles, elle a une incidence notable sur le ratio coûts-avantages. M. Reitman propose en outre certaines modifications au calcul du taux de change.

[135] Par conséquent, il estime la volonté de payer à environ 10 pour cent, ce qui est beaucoup moins que le 39 pour cent calculé par MM. Agrawal et McHale. M. Reitman croit en outre que la volonté de payer correspond aux paiements couvrant tous les coûts associés à la musique, y compris la programmation musicale, et que le tarif ne devrait représenter qu'une partie de ce montant.

[136] De plus, M. Reitman fait remarquer que les services par satellite déboursieraient un montant supérieur à leurs revenus si chaque intrant était rémunéré au taux maximum que ces services sont prêts à payer.

[137] Finally, Dr. Reitman calculates that, using the retail channel from which 75 per cent of customers originate, the Satellite Services are only paying 2-3 per cent of their revenues for a new subscriber-month. He argues that the Satellite Services are willing to pay more when it comes to car manufacturers because it provides brand equity to the service.

[138] The willingness-to-pay approach proposed by Drs. Agrawal and McHale is based on the assumption that the Satellite Services should be willing to pay the same amount for a new subscriber-month, whether it is attracted by the music offerings of the service or from an agreement with a car manufacturer. In our opinion, the evidence does not support this assumption. On the contrary, the evidence dealing with the retail channel is that willingness-to-pay can differ substantially between various inputs. Even the two car manufacturers do not obtain the same share of revenues from their agreements with the Satellite Services. Thus, the willingness-to-pay for a particular input does not appear to be a reliable proxy for the willingness-to-pay of another.

[139] When they began the negotiations with the car manufacturers, the Satellite Services had already incurred many of the costs required for providing the service and as a result, they were willing to pay a high rate to attract new customers, as long as the benefit exceeded the incremental cost. Drs. Agrawal and McHale recognize that one reason the car manufacturers might have been able to negotiate such a high share of revenues is because they arrived later in the development of the business. When negotiating with content providers, the Satellite Services were able to demonstrate they had to incur important start-up costs to deliver the service and as a result did not have a high profit margin to share. Once the service is in place and certain costs are unavoidable, the bargaining positions change. In theory, if a car manufacturer requested 99 per cent of revenues from every new

[137] Enfin, encore selon les calculs de M. Reitman, si l'on considère le réseau de détail d'où provient 75 pour cent de la clientèle, les services par satellite ne paient que l'équivalent de 2 ou 3 pour cent de leurs revenus pour un nouvel abonné-mois. Il affirme que les services par satellite sont prêts à déboursier plus lorsqu'ils traitent avec les constructeurs d'automobiles, parce que cela leur procure un capital de marque.

[138] L'approche fondée sur la volonté de payer que proposent MM. Agrawal et McHale repose sur l'hypothèse que les services par satellite seraient disposés à payer le même montant pour un nouvel abonné-mois, peu importe que celui-ci soit attiré par la programmation musicale ou d'une entente avec un constructeur d'automobiles. À notre avis, les faits ne vont pas dans le sens de cette hypothèse. Au contraire, les informations ayant trait au réseau de détail indiquent que la volonté de payer peut varier sensiblement selon les intrants; qui plus est, les deux constructeurs d'automobiles qui ont conclu une entente avec un service n'obtiennent pas la même part de revenus. En conséquence, la volonté de payer pour un intrant particulier ne semble pas être un indicateur fiable de la volonté de payer pour un autre.

[139] Lorsqu'ils ont entamé les négociations avec les constructeurs d'automobiles, les services par satellite avaient déjà engagé une bonne partie des dépenses nécessaires à la prestation du service et étaient donc disposés à payer un fort taux pour attirer de nouveaux clients, pourvu que le gain soit supérieur au coût marginal. MM. Agrawal et McHale reconnaissent que si les constructeurs d'automobiles sont parvenus à négocier une part des revenus aussi élevée, c'est peut-être parce qu'on les a approchés plus tard dans la mise en place du plan d'affaires. Lorsqu'ils ont négocié avec les fournisseurs de contenu, les services par satellite ont pu démontrer qu'ils devaient engager d'importants frais de démarrage pour assurer le service et que, par conséquent, leur marge bénéficiaire n'était pas très élevée. Une fois que le service est assuré et que certains coûts sont inévitables, les positions de

subscriber they sign up, it could still be accepted by the Satellite Services.

[140] For these reasons, the willingness-to-pay model is, in our opinion, fundamentally unsuited for the setting of a tariff. In general, the order of arrival of a particular input in a business should not make a difference to the tariff.

## 2. Shapley Value

[141] To address the problem of the order of arrival of a particular input, Drs. Agrawal and McHale propose to use the Shapley value approach, a methodology that models the Satellite Services as the result of an agreement between five members of a potential coalition: the Satellite Services and four content providers (music, news, sports and talk & entertainment).

[142] Drs. Agrawal and McHale examine the value of the five members of the coalition using data from Circum Network about the share of current subscribers that would unsubscribe if one or more members of the coalition were to withdraw from the agreement. They start with the proposition that nobody would subscribe to satellite radio if the Satellite Services were not part of the coalition, because there would be no service to provide the content; or if the Satellite Services were the only members of the coalition, they would have no content to offer subscribers. The survey asked respondents about the 32 possible coalitions, ranging from all the members in the coalition joining (where all of the current subscribers would subscribe) to no members joining (where none of the current subscribers would subscribe).

[143] Based on the 120 different ordering scenarios of the five members of the coalition, the authors determined the marginal value of each member, or

négociation changent. En théorie, si un constructeur d'automobiles exigeait 99 pour cent des revenus pour chaque nouvel abonné qu'il ajoute, il pourrait encore s'entendre avec les services par satellite.

[140] C'est pourquoi nous sommes d'avis que le modèle fondé sur la volonté de payer est fondamentalement inadéquat pour l'établissement d'un tarif. En règle générale, l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier au cours du processus de développement d'une entreprise ne doit pas influencer sur le tarif.

## 2. Valeur de Shapley

[141] Pour résoudre le problème de l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier, MM. Agrawal et McHale proposent de recourir à la méthode d'évaluation Shapley, qui permet de modéliser les services par satellite comme le résultat d'une entente conclue entre les cinq membres d'une coalition théorique : les services par satellite et quatre fournisseurs de contenu (musique, nouvelles, sports et contenu parlé-divertissement).

[142] MM. Agrawal et McHale examinent la valeur des cinq membres de la coalition en se servant de données du Réseau Circum portant sur la proportion d'abonnés qui résilieraient leur abonnement si un ou plusieurs membres de la coalition s'en retireraient. Ils posent au départ que personne ne s'abonnerait à la radio satellitaire si les services n'étaient pas membres de la coalition, car il n'y aurait alors personne pour diffuser le contenu; à l'inverse, si les services étaient seuls dans la coalition, ils n'auraient aucun contenu à offrir aux abonnés. Dans son enquête, le Réseau Circum a sondé l'opinion des répondants sur 32 coalitions possibles, allant de la participation de tous (où tous les abonnés conserveraient leur abonnement) à l'absence de participation (où personne ne conserverait son abonnement).

[143] S'appuyant sur les 120 scénarios de classement des cinq membres de la coalition, les auteurs ont calculé la valeur marginale de chaque

what they also call the Shapley value of the Satellite Services and the four content providers. This approach led Drs. Agrawal and McHale to estimate that music should receive 34 per cent of revenues, compared with 44 per cent for the Services, 5 per cent for news content, 7 per cent for sports content and 9 per cent for talk & entertainment content.

[144] In Dr. Reitman's opinion this approach should be adjusted to take into account the operating costs of the Satellite Services, since they reflect their own spending to attract and retain customers. Using projections of future Satellite Services costs, he estimates that operating costs constitute 84.2 per cent of revenues. Therefore, the Shapley approach is used to share the remaining 15.8 per cent of revenues between the five members of the coalition.

[145] Based on the data on listening time and on the reasons for the decision to subscribe, he obtains a value for music ranging from 5.5 to 6 per cent of revenues, using Sirius and XM data respectively. His results also show that the Services should be getting between 88 to 90 per cent, news content about 1 per cent, sports content between 1.1 and 1.3 per cent and talk & entertainment content between 3.1 and 4 per cent. Subtracting music programming costs (3.6 and 5.5 per cent for Sirius and XM, respectively), Dr. Reitman obtains a tariff proposal of 0.5 to 1.9 per cent.

[146] In our opinion, the Shapley approach is interesting by reason that it provides information on the fundamental value of music for Satellite Services. However, it relies heavily on data from a survey where respondents were questioned on hypothetical scenarios. Unfortunately, we do not have enough information to be able to test the variations and the stability of this model. Under these circumstances, we cannot use this approach. The parties could eventually further develop and better utilize it if they agreed on the model and the data collection methodology. This would permit the Board to analyse and validate the numbers.

membre, ou ce qu'ils appellent la valeur de Shapley des services par satellite et des quatre fournisseurs de contenu. Ils ont ainsi déterminé que les revenus devraient être répartis comme suit : 34 pour cent pour le contenu musical, 44 pour cent pour les services, 5 pour cent pour les nouvelles, 7 pour cent pour les sports et 9 pour cent pour le contenu parlé-divertissement.

[144] Selon M. Reitman, il faudrait modifier cette méthode pour qu'elle tienne compte des coûts d'exploitation des services par satellite, puisque ces coûts incluent les frais engagés par les services pour attirer et retenir la clientèle. En se fondant sur les prévisions budgétaires des services, M. Reitman a établi que les coûts d'exploitation égalent 84,2 pour cent des revenus. Il répartit ensuite les 15,8 pour cent restants entre les cinq membres de la coalition au moyen de la méthode Shapley.

[145] En se fondant sur les données sur les heures d'écoute et les motifs d'abonnement, il obtient pour le contenu musical une valeur entre 5,5 et 6 pour cent des revenus, en utilisant respectivement les données de Sirius et de XM. Ses résultats montrent également que les services devraient obtenir entre 88 et 90 pour cent, les nouvelles environ 1 pour cent, les sports entre 1,1 et 1,3 pour cent et le contenu parlé et le divertissement entre 3,1 et 4 pour cent. En soustrayant les coûts de la programmation musicale (3,6 et 5,5 pour cent des revenus pour Sirius et XM, respectivement), M. Reitman arrive à un tarif oscillant entre 0,5 et 1,9 pour cent.

[146] À notre avis, la méthode Shapley est intéressante parce qu'elle fournit de l'information sur la valeur fondamentale de la musique pour les services par satellite. Cependant, elle repose largement sur les données d'une enquête où les répondants sont questionnés sur des scénarios hypothétiques. Malheureusement, l'insuffisance des données ne nous permet pas de tester la variabilité et la stabilité de ce modèle. C'est pourquoi nous ne pouvons utiliser cette approche dans le cas présent. Les parties pourraient éventuellement la perfectionner et mieux l'utiliser si elles se mettaient d'accord sur le modèle et la méthodologie de collecte des données. La Commission serait alors en mesure d'analyser et de valider les résultats.

### *Cannibalization*

[147] Drs. Agrawal and McHale argue that the presence of music on satellite radio has consequences on music revenues in other markets, notably CD sales and music downloads. In their opinion, if it were not for the compulsory licence, the Collectives would not accept to licence the use of music if the revenues resulting from the Satellite Services were inferior to the loss of revenues in other markets. Thus, the minimum tariff the Collectives would accept without the compulsory licence is a rate that would offset lost revenues in other markets.

[148] Using data that Circum Network obtained from current subscribers of the Satellite Services about the impact of their subscription on their purchase of CDs and music downloads, Drs. Agrawal and McHale estimate that the equivalent of \$2.58 per subscriber-month is lost as a result of the Satellite Services.

[149] Dr. Reitman opines that the surveys do not provide accurate answers in this case. In his opinion, to add a cannibalization effect to the tariff constitutes a surcharge, and a fair and equitable tariff does not require such an adjustment.

[150] Dr. Reitman also states that the results from Drs. Agrawal and McHale are substantially higher than other evidence. Using U.S. data and applying the same method as Drs. Agrawal and McHale leads to a cannibalization effect of \$1.10 per subscriber-month.

[151] In our opinion, the cannibalization effect is not a useful measure. If it is possible that the Collectives would refuse to be part of the Satellite Services if the revenues were inferior to the resulting losses in other markets, it is also possible that they would accept to be part of it if, for instance, they expected satellite radio to grow

### *Cannibalisation*

[147] MM. Agrawal et McHale soutiennent que la diffusion de musique sur la radio satellitaire a des répercussions sur les revenus tirés de la musique dans d'autres marchés, notamment ceux du CD et du téléchargement. Selon eux, si ce n'était de la licence obligatoire, les sociétés de gestion n'accepteraient pas d'autoriser l'utilisation de musique si les revenus provenant des services par satellite ne compensaient pas le manque à gagner dans les autres marchés. Par conséquent, le tarif minimum qu'accepteraient les sociétés de gestion en l'absence de licence obligatoire est le taux par lequel on pourra compenser le manque à gagner dans les autres marchés.

[148] En se servant des données obtenues par le Réseau Circum lorsqu'ils ont demandé aux abonnés des services par satellite si le fait d'être abonné avait une incidence sur leurs achats de CD et de téléchargements, MM. Agrawal et McHale ont calculé un manque à gagner de 2,58 \$ par abonné-mois causé par les services par satellite.

[149] M. Reitman est d'avis que les enquêtes n'apportent pas de réponse précise dans ce cas. Selon lui, le fait de hausser le tarif pour tenir compte de l'effet de cannibalisation revient à appliquer une surcharge, et un tel ajustement n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de fixer un tarif juste et équitable.

[150] M. Reitman souligne en outre que les chiffres de MM. Agrawal et McHale sont beaucoup plus élevés que d'autres. En utilisant des données des États-Unis et en appliquant la même méthode que MM. Agrawal et McHale, on calcule un effet de cannibalisation de 1,10 \$ par abonné-mois.

[151] Nous croyons que l'effet de cannibalisation n'est pas une mesure utile. S'il est possible que les sociétés de gestion refusent d'être partie prenante aux services par satellite si les revenus étaient inférieurs au manque à gagner dans les autres marchés, il se peut également qu'elles acceptent d'être partie prenante si, par exemple, elles

stronger in the future. The cannibalization effect, even if we could obtain a reliable measure, should not be added to the tariff, and should not be used as an indication of a minimum value either.

### 3. Efficiency Approach

[152] In this approach, the tariff is determined as the rate that maximizes the value of music for society. Drs. Agrawal and McHale believe that the establishment of a tariff implies a trade-off between the loss of subscribers arising from higher subscription costs and the increase of music production resulting from increased revenues for the industry. Therefore, the “optimal tariff” is determined by the rate where the incremental dynamic efficiency gain from additional music content offsets the incremental static efficiency loss from a reduced number of subscribers.

[153] In order to evaluate the static efficiency loss, the authors need to obtain an estimate of the elasticity of demand of subscribers. They used data from the Circum Network survey and found that subscribers would collectively accept an average increase of \$1.44 and that 73 per cent of them would retain their subscription if the price was increased by one dollar. They also found that, as economic theory predicts, there is a bigger sensitivity to the price of the firm people subscribe to, than to the price of the competing firm.

[154] Drs. Agrawal and McHale need to estimate how music revenue gain is translated into increased music content and how increased music content increases social surplus for society to evaluate the dynamic efficiency gain.

[155] Drs. Agrawal and McHale use data from a 2006 Canadian Heritage publication about annual revenues for the music industry and on production

prévoient que la radio satellitaire pourrait gagner en vigueur dans les années à venir. Même si nous pouvions obtenir une mesure fiable de l'effet de cannibalisation, celui-ci ne devrait pas entrer en ligne de compte dans l'établissement du tarif, ni servir d'indicateur de la valeur minimale.

### 3. Approche fondée sur l'efficience

[152] Dans cette approche, le tarif est établi au taux qui maximise la valeur de la musique pour la société. MM. Agrawal et McHale croient que le calcul d'un tarif suppose que l'on fasse l'arbitrage entre la perte d'abonnés imputable à une hausse des tarifs d'abonnement et l'accroissement de la production musicale résultant de la hausse des revenus de l'industrie. Par conséquent, le « tarif optimal » correspond au taux auquel le gain d'efficience dynamique résultant de l'enrichissement du contenu musical compense la perte d'efficience statique résultant de la diminution du nombre d'abonnés.

[153] Afin d'évaluer la perte d'efficience statique, les auteurs doivent calculer l'élasticité de la demande émanant des abonnés. En se servant des données de l'enquête du Réseau Circum, ils observent que les abonnés seraient prêts à payer, en moyenne, 1,44 \$ de plus pour le service et que 73 pour cent d'entre eux conserveraient leur abonnement si le tarif était haussé d'un dollar. Ils observent en outre que, comme le prévoit la théorie économique, le consommateur est plus sensible au tarif pratiqué par leur fournisseur qu'au tarif pratiqué par la concurrence.

[154] Pour évaluer le gain d'efficience dynamique, MM. Agrawal et McHale doivent déterminer comment la hausse des revenus tirés de la musique se traduit par l'enrichissement du contenu musical et comment cet enrichissement se traduit à son tour par une augmentation du surplus social pour l'ensemble de la société.

[155] Les auteurs utilisent des données tirées d'une publication de Patrimoine canadien de 2006 portant sur les revenus annuels de l'industrie de la musique

of musical works. Using data from 2001 to 2004, for French and English music, Drs. Agrawal and McHale find that it costs about \$55,000 to generate an album. They argue this result is validated by Sellaband, a music corporation that collects money from consumers and holds these “micro-investments” in escrow until an artist raises \$50,000 allowing Sellaband to produce an album for that artist.

[156] In addition, they use data from Canadian Heritage to estimate that the average lifetime revenue of a new album is \$109,827. Applying basic economic theory, the authors calculate that half of that amount, or \$54,914, corresponds to the social surplus. Therefore, every additional dollar of revenue for the music industry generates approximately one additional dollar of dynamic efficiency gain (or social surplus).

[157] Drs. Agrawal and McHale are then able to resolve their model, since they have estimated how a tariff would induce the loss of subscribers and how that same tariff would induce additional music revenues from music sales. The maximization of these two contrasting effects leads them to an optimal tariff of 38 per cent of revenues (\$6.47 per month per subscriber). Drs. Agrawal and McHale state that this rate is optimal because it balances the costs and benefits from a tariff and maximizes the social welfare of Canadians.

[158] In Dr. Reitman’s opinion, the model proposed by Drs. Agrawal and McHale is not appropriate since it does not take into account the dynamic loss incurred by an increased tariff. In his opinion, as music becomes a higher cost input, potential new channels or new music services are dissuaded from entering the market.

[159] Dr. Reitman also criticizes Drs. Agrawal and McHale for not including subscriber acquisition

et la production d’œuvres musicales. Au moyen des données de la période 2001-2004, pour la musique française et anglaise, MM. Agrawal et McHale estiment à 55 000 \$ environ le coût de production d’un album. Ils affirment que ce chiffre est confirmé par Sellaband, une société de production musicale qui lève des fonds auprès des consommateurs et conserve ces « microinvestissements » en mains tierces jusqu’à ce qu’un artiste parvienne à mobiliser 50 000 \$, somme qui permet à Sellaband de produire un album pour cet artiste.

[156] En outre, les auteurs utilisent des données du Patrimoine canadien pour établir que les revenus que peut générer un nouvel album pour sa durée de vie s’élèvent à 109 827 \$. En appliquant des principes économiques de base, ils calculent que la moitié de cette somme, soit 54 914 \$, correspond au surplus social. Par conséquent, chaque dollar additionnel de revenu pour l’industrie de la musique engendre environ un dollar de gain d’efficience dynamique (ou de surplus social).

[157] MM. Agrawal et McHale sont donc maintenant en mesure de résoudre leur modèle, puisqu’ils ont déterminé de quelle manière un tarif peut influencer à la baisse sur le nombre d’abonnés et de quelle manière il peut aussi influencer à la hausse sur les revenus provenant des ventes de musique. En maximisant ces deux effets contraires, les auteurs arrivent à un tarif optimal de 38 pour cent des revenus (soit 6,47 \$ par mois par abonné). Ils affirment que ce taux est optimal, parce qu’il établit un juste équilibre entre les coûts et les avantages rattachés à un tarif et qu’il maximise le bien-être collectif des Canadiens.

[158] M. Reitman estime que le modèle proposé par MM. Agrawal et McHale n’est pas approprié, car il fait abstraction de la perte dynamique qui résulte de la hausse des tarifs. À son avis, si la musique devient un intrant de plus en plus coûteux, on sera de moins en moins tenté d’entrer sur ce marché.

[159] M. Reitman déplore en outre que MM. Agrawal et McHale n’aient pas inclus les

costs as a variable cost of operating the satellite services. This unique but important adjustment to the methodology leads Dr. Reitman to an optimal tariff of 5.2 per cent of revenues, compared with 38 per cent for Drs. Agrawal and McHale.

[160] Finally, Dr. Reitman notes that the model does not include language as a variable. He argues that this is a problem since revenues of the English music industry appear to be much higher than the French music industry.

[161] Dr. Reitman also finds that adding a language variable leads the model to predict that it would take a much higher level of additional revenue for the industry to lead to a new album, than the \$55,000 obtained by Drs. Agrawal and McHale. This would result in an optimal tariff of \$0.

[162] The relation between industry revenues and album production is essential to the model since it measures the dynamic efficiency gain resulting from the tariff. In our opinion, having only six observations and not being able to control for relevant variables like language is problematic for such an important component of the model. This problem with the methodology makes the approach very difficult to adopt.

[163] Once again, while we find the conceptual approach interesting, it is essential that it be based on high quality data, leading to results that are reliable and stable. That is not the case in this instance but, as noted, we think there are possibilities for such an approach in the future if there is reliable underlying data.

#### **4. Benchmark Approach**

[164] Having rejected the conceptual approaches proposed by the Collectives, we will now turn to how the parties propose to use the benchmark

coûts d'acquisition de la clientèle dans les coûts variables d'exploitation des services par satellite. Par cette seule mais importante correction méthodologique, M. Reitman calcule un tarif optimal de 5,2 pour cent des revenus, comparativement à 38 pour cent chez MM. Agrawal et McHale.

[160] Enfin, M. Reitman note que le modèle fait abstraction de la langue comme variable. Cela pose problème selon lui, car les revenus de l'industrie de la musique anglaise semblent beaucoup plus élevés que ceux de l'industrie de la musique française.

[161] M. Reitman a en outre constaté que si l'on ajoute la variable langue, le modèle estimera à un montant beaucoup plus élevé que le montant de 55 000 \$ obtenu par MM. Agrawal et McHale, les revenus additionnels qu'il faudra à l'industrie pour produire un nouvel album. Le tarif optimal serait donc de 0 \$.

[162] Le rapport entre les revenus de l'industrie et la production d'album est essentiel au modèle, car il permet de mesurer le gain d'efficacité dynamique qui résulte du tarif. À notre avis, le fait qu'on dispose de six observations seulement et qu'on ne soit pas en mesure de tenir compte de variables telles que la langue pose problème pour une composante aussi importante du modèle, d'où la très grande difficulté d'adopter cette approche.

[163] Ici encore, même si nous trouvons cette approche intéressante, il est essentiel qu'elle repose sur des données de qualité, garantissant la fiabilité et la stabilité des résultats. Or, ce n'est pas le cas ici, mais comme nous l'avons déjà mentionné, nous croyons que cette méthode offre des possibilités d'application dans l'avenir, pourvu qu'elle repose sur des données fiables.

#### **4. Approche privilégiant un point de référence**

[164] Ayant écarté les approches théoriques qu'ont proposées les sociétés de gestion, nous allons maintenant examiner comment les parties proposent

approach to establish the tariffs and then describe our approach to set the tariffs in this case.

### *Collectives*

[165] Drs. Agrawal and McHale propose a benchmark methodology that establishes the total royalties that should be paid by Satellite Radio Services, and then proposes rules to divide the total among the three Collectives.

[166] Drs. Agrawal and McHale consider that DPA services are similar in nature to satellite radio services since both are subscription-based models and both focus on narrowly defined musical preferences. As the starting point, they use the rate of 26 per cent the Board used for DPA, before an adjustment for repertoire. A ratio of 1 to 3.2 (reproduction to communication ratio for commercial radio) is then applied to the 26 per cent rate to account for the value of the reproduction rate of both musical works and sound recordings. This leads to a total reproduction rate of about 8.1 per cent, and a total royalty rate of 34.1 per cent.

[167] After having initially applied a further correction to reflect higher value arising from portability offered by satellite radio, which DPA does not offer, Drs. Agrawal and McHale subsequently agreed with Dr. Reitman that the higher value from portability is already reflected in the subscription prices, and that a percentage tariff takes this higher value into consideration.

[168] Drs. Agrawal and McHale then examine possible adjustments that take into account the non-music content of satellite radio. They argue that contrary to DPA, not all satellite channels are music; about 60 per cent are. This in itself would

d'utiliser l'approche privilégiant un point de référence pour établir les tarifs, puis décrivons notre propre façon de fixer les tarifs dans les circonstances.

### *Les sociétés de gestion*

[165] MM. Agrawal et McHale proposent une méthode impliquant de trouver d'abord un point de référence pour calculer le montant total des redevances que doivent verser les services de radio par satellite et proposent ensuite des règles pour répartir ce montant entre les trois sociétés de gestion.

[166] MM. Agrawal et McHale considèrent que les SSPN sont de même nature que les services de radio par satellite, puisqu'il s'agit dans les deux cas de services par abonnement et que ces deux types de services cherchent avant tout à répondre à des goûts musicaux ciblés. Les auteurs utilisent comme point de départ le taux de 26 pour cent dont s'est servie la Commission dans sa décision relative aux SSPN, avant un ajustement en fonction du répertoire. Ils multiplient ce taux par un rapport de 1 à 3,2 (le ratio reproduction - communication pour la radio commerciale) pour rendre compte de la valeur du taux de reproduction des œuvres musicales et des enregistrements sonores, ce qui donne un taux de reproduction global d'environ 8,1 pour cent et un taux de redevances global de 34,1 pour cent.

[167] Après avoir introduit initialement une autre correction pour tenir compte de la valeur additionnelle que représente la portabilité offerte par la radio satellitaire, ce que n'offre pas les SSPN, MM. Agrawal et McHale ont par la suite partagé l'avis de M. Reitman selon lequel les coûts d'abonnement reflètent déjà cette valeur additionnelle, et qu'un tarif exprimé en pourcentage en tient compte.

[168] MM. Agrawal et McHale se penchent ensuite sur les corrections qui pourraient être introduites pour tenir compte du contenu non musical de la radio satellitaire. Ils affirment que contrairement aux SSPN, tous les canaux par satellite ne sont pas

justify a downward adjustment. However, it is compensated by the fact that satellite radio offers more music channels than DPA. To resolve this, they propose an adjustment to reflect the fact that not all subscribers to satellite radio subscribe to the service for music. Drs. Agrawal and McHale use the percentage of subscribers that would stop subscribing if music was removed from satellite radio, i.e., 86 per cent to make the last adjustment which results in an overall royalty rate of 29 per cent.

[169] SOCAN and NRCC argue that based on past decisions of the Board, they should get equal value, and CSI should get about one-third of SOCAN's rate. If one applies this calculation to the 29 per cent rate calculated by Drs. Agrawal and McHale, it results in a SOCAN (or NRCC) rate of 12.5 per cent and a CSI rate of 4.0 per cent. By adjusting the 12.5 per cent rate to account for the repertoire use (91.19 per cent and 27 per cent of programming time for SOCAN and NRCC, respectively) results in final rates of 11.4 per cent for SOCAN and 3.4 per cent for NRCC.

[170] CSI contends there are two types of reproduction activities involved in satellite radio. First, the reproduction right is used in the operation of the service, which includes reproductions as part of programming activities, the 4 to 6 second buffer, the pause and replay feature and the Internet streaming services. Second, reproductions are also initiated by the subscribers (and authorized by the service).

[171] Mr. Audley and Dr. Hyatt argue on behalf of CSI that neither the commercial radio nor the DPA tariff can be used as a proxy for the tariff, because neither of them includes a value for the authorization right. They argue the best proxy is the rate certified by the Board on limited downloads of

dédiés à la musique; environ 60 pour cent le sont. Cette proportion justifierait en soi une correction à la baisse. Cependant, il faut aussi prendre en considération le fait que la radio satellitaire offre un plus grand nombre de canaux musicaux que les SSPN. Pour résoudre ce dilemme, les auteurs proposent une correction qui tienne compte du fait que certains clients de la radio satellitaire s'abonnent pour autre chose que la musique. Ils introduisent cette dernière correction en se servant du pourcentage d'abonnés qui résilieraient leur abonnement si le volet musical était supprimé, soit 86 pour cent, ce qui donne un taux de redevances global de 29 pour cent.

[169] S'appuyant sur des décisions antérieures de la Commission, la SOCAN et la SCGDV prétendent qu'elles ont droit à des redevances d'égale valeur et que CSI a droit à environ un tiers du taux de la SOCAN. Si l'on applique ces principes au taux de 29 pour cent calculé par MM. Agrawal et McHale, on arrive à un taux de 12,5 pour cent pour la SOCAN (ou la SCGDV) et un taux de 4,0 pour cent pour CSI. En corrigeant le taux de 12,5 pour cent en fonction de l'utilisation du répertoire (soit 91,19 pour cent du temps d'antenne pour la SOCAN et 27 pour cent pour la SCGDV), on obtient finalement un taux de 11,4 pour cent pour la SOCAN et de 3,4 pour cent pour la SCGDV.

[170] CSI prétend que la radio satellitaire suppose deux types d'activités de reproduction. Premièrement, le droit de reproduction est utilisé dans le cadre des opérations normales du service (programmation, tampon de 4 à 6 secondes, fonction pause-reprise, et services en lecture continue sur Internet). Deuxièmement, des reproductions sont également faites par les abonnés (et autorisées par le service).

[171] MM. Audley et Hyatt, témoignant pour CSI, affirment que ni le tarif de la radio commerciale ni celui des SSPN ne peuvent servir d'indicateur pour le présent tarif parce qu'aucun d'eux ne renferme une valeur pour le droit d'autorisation. Ils soutiennent que le meilleur indicateur est le taux

online music services because of the recording features on some receivers. Even though these recording features are not currently used to a significant degree, what is important is that subscribers have the option of buying receivers with these features and have the option of making these reproductions.

### **Satellite Radio Services**

[172] Dr. Reitman agrees with Drs. Agrawal and McHale regarding the adjustment to include the reproduction right in the tariff. He disagrees, however, with the adjustment used by Drs. Agrawal and McHale concerning non-music content, which is based on the percentage of subscribers that would cancel their subscription if music was subtracted from the programming. Dr. Reitman believes that, because the sum of these percentages for all the various content providers is much higher than 100 per cent (172 per cent), the adjustment should be closer to 50 per cent or 40 per cent.

[173] In addition, Dr. Reitman argues that Drs. Agrawal and McHale omitted an important adjustment. DPA services are provided at the wholesale level and if one applies the unadjusted DPA rate to satellite radio services, which are provided at the retail level, this results in royalties far higher than would otherwise be the case by using the DPA benchmark. After applying the appropriate adjustments, Dr. Reitman suggests the appropriate rate should be in the range of 1.6 to 6.5 per cent.

[174] Mr. Goldstein, Sirius' expert, argues that commercial radio, rather than DPA, should be used as the benchmark. He contends that commercial and satellite radios are close markets by reason that they are competitive substitutes, listeners use both types of radio in similar ways, and the use of music is similar between the two (and more so than between satellite and pay audio). He thus uses the rates of 4.4 per cent (music stations) and 1.5 per cent (low-use stations) as starting points.

homologué par la Commission pour les téléchargements limités de musique en ligne parce que certains récepteurs sont munis d'une fonction d'enregistrement. Même si cette fonction est encore relativement peu utilisée, ce qui importe est que les abonnés ont la possibilité d'acheter ces récepteurs et de faire des reproductions.

### **Les services de radio par satellite**

[172] M. Reitman est d'accord avec MM. Agrawal et McHale pour ce qui est de la correction à introduire pour que le tarif rende compte du droit de reproduction. Il réfute toutefois la proposition de MM. Agrawal et McHale concernant l'ajustement portant sur le contenu non musical, qui repose sur la proportion d'abonnés qui résilieraient leur contrat si le volet musical était supprimé. Selon M. Reitman, étant donné que la somme des pourcentages associés aux divers fournisseurs de contenu excède de beaucoup 100 pour cent (172 pour cent), le facteur d'ajustement devrait être plus près de 40 ou 50 pour cent.

[173] M. Reitman affirme en outre que MM. Agrawal et McHale ont omis une correction importante. Les SSPN sont offerts au niveau du gros et si l'on applique le taux SSPN non corrigé aux services de la radio par satellite, qui, eux, sont offerts au niveau du détail, on obtient un montant de redevances beaucoup plus élevé qu'il ne le serait autrement. Après avoir apporté les ajustements nécessaires, M. Reitman pense qu'un taux se situant entre 1,6 et 6,5 pour cent serait approprié.

[174] Selon le témoin expert de Sirius, M. Goldstein, on devrait utiliser la radio commerciale, plutôt que les SSPN, comme point de référence. Il soutient que la radio commerciale et satellitaire constituent des marchés similaires pour trois raisons : ce sont des substituts concurrentiels, les auditeurs en font un usage semblable, et l'utilisation de musique est similaire dans l'une et l'autre (bien plus qu'entre la radio satellitaire et les SSPN). Il utilise donc comme valeurs initiales les taux de 4,4 pour cent (stations de musique) et de 1,5 pour cent (stations à faible utilisation de musique).

[175] Mr. Goldstein makes a first adjustment to account for the higher use of music by the music satellite radio channels. He starts from the music use rate of 94 per cent for music channels, as agreed among the parties. He then revises this rate by including from the list of non-music channels, six additional ones that, according to the percentage of sound recordings in programming time, should be classified as music channels. He obtains a revised estimate of music use by music channels of 90.2 per cent of the programming time. Comparing this percentage to the percentage of music use by commercial radio, 76.1 per cent, leads to an adjusted rate of 5.2 per cent ( $= 4.4 \times 90.2 \div 76.1$ ).

[176] Using this rate of 5.2 per cent for the 71 music channels that are part of Sirius offerings, and the rate of 1.5 per cent for the 38 non-music channels, Mr. Goldstein obtains a weighted average rate of 3.9 per cent. A further correction is made to account for the use of SOCAN's repertoire, at 0.9119. This brings the final SOCAN rate to 3.57 per cent.

[177] The rate for NRCC is obtained by adjusting the 3.9 per cent rate to take into account NRCC's repertoire use of 0.27. This leads to a NRCC rate of 1.06 per cent. Finally, for CSI, Mr. Goldstein first takes a proportion of 1 to 3.2 of the SOCAN rate of 3.9 per cent and then applies a repertoire adjustment of 0.705. This leads to a final CSI rate of 0.86 per cent.

[178] Mr. Goldstein argues that these rates should be applied to revenues from programming activities and that operations similar to broadcast distribution undertakings should not generate royalties to rights owners. While he first estimated that BDU-like activities constituted about 50 per cent of all satellite radio activities, additional analysis brought him to

[175] M. Goldstein introduit une première correction pour tenir compte de la place relativement plus importante qu'occupe la musique dans les canaux musicaux de radio satellitaire. Il part du taux d'utilisation de musique de 94 pour cent sur lequel se sont mises d'accord les parties en ce qui concerne les canaux musicaux. Il corrige ensuite ce taux en ajoutant de la liste des canaux non dédiés à la musique six canaux qui, suivant le pourcentage d'enregistrements sonores sur le temps d'antenne, devraient être classés comme des canaux musicaux. Il arrive ainsi à un taux d'utilisation de musique corrigé de 90,2 pour cent pour les canaux musicaux. En mettant en rapport ce taux et le taux d'utilisation de musique par la radio commerciale, soit 76,1 pour cent, il obtient un taux rajusté de 5,2 pour cent (soit  $4,4 \times 90,2 \div 76,1$ ).

[176] En utilisant le taux ainsi calculé pour les 71 canaux musicaux qui font partie de l'offre de Sirius et le taux de 1,5 pour cent pour les 38 canaux non musicaux, M. Goldstein obtient un taux moyen pondéré de 3,9 pour cent. Une autre correction est introduite pour tenir compte du taux d'utilisation du répertoire de la SOCAN, soit 0,9119, ce qui donne finalement un taux de 3,57 pour cent pour cette société de gestion.

[177] Le taux auquel a droit la SCGDV est obtenu en corrigeant le taux de 3,9 pour cent par un facteur de 0,27, qui tient compte de l'utilisation de son répertoire. Cette correction mène à un taux de 1,06 pour cent. Enfin, pour CSI, M. Goldstein multiplie le taux de la SOCAN de 3,9 pour cent par le ratio de 1 à 3,2, et applique un ajustement de répertoire de 0,705. Le taux final obtenu pour CSI est de 0,86 pour cent.

[178] M. Goldstein fait valoir que ces taux devraient être appliqués aux revenus de programmation et que les activités assimilables à de la distribution de radiodiffusion ne devraient pas générer des redevances pour les titulaires de droits. S'il a évalué au départ que les activités assimilables à de la radiodiffusion constituaient environ la moitié

conclude that programming activities represented only 30 per cent of all revenues.

[179] Finally, Ms. Sherry Kerr, Vice-President and General Counsel of Sirius Canada Inc., filed a report that proposes a benchmark approach to set the CSI rate for the reproduction right. Ms. Kerr analysed the various types of reproduction activities that satellite radio undertakes.

[180] With regard to reproductions in the programming of the service, Ms. Kerr assumes that Canadian satellite radio and commercial radio stations make a similar use. Thus, the proxy to apply to this type of reproduction is the CSI rate for commercial radio. She proposes to adjust this rate to take into account the higher music use of the music channels. She applies a further reduction of 50 per cent to account for the wholesale/retail difference. This leads to a rate of 0.47 per cent on gross income above the first \$1.25 million (0.16 and 0.31 per cent of the first two tranches of \$625,000). In addition, she proposes that the rate apply only to Canadian produced channels and that the revenue base consist of gross income of the satellite operator multiplied by the listening share of the channel.

[181] For extended buffer and radio replay functions, Ms. Kerr starts from the 5.2 per cent rate obtained by Mr. Goldstein. She also uses Mr. Goldstein's initial assumption that only 50 per cent of the rate base should be subjected to royalties. Hence, her starting point is a rate of 2.6 per cent. Ms. Kerr uses the rates certified by the Board for Internet streaming as an indication of the ratio to use to obtain a reproduction rate. The rate certified for reproduction is 4.6, which represents 38 per cent of the total (of communication and

de toute l'activité de la radio satellitaire, il en est venu à conclure grâce à une analyse plus approfondie que la programmation n'expliquait que 30 pour cent du total des revenus.

[179] En dernier lieu, M<sup>me</sup> Sherry Kerr, vice-présidente et directrice des affaires juridiques de Sirius Canada inc., a déposé un rapport dans lequel elle propose d'établir le taux de CSI pour le droit de reproduction au moyen d'une approche privilégiant un point de référence. M<sup>me</sup> Kerr a analysé les divers types d'activités de reproduction qu'exerce la radio satellitaire.

[180] En ce qui concerne les reproductions faites dans le cadre de la programmation, M<sup>me</sup> Kerr suppose que les radios par satellite et les stations de radio commerciales au Canada ont des pratiques semblables. Par conséquent, l'indicateur à considérer pour ce type de reproduction est le taux de CSI pour la radio commerciale. M<sup>me</sup> Kerr propose de rajuster ce taux pour tenir compte de la place plus importante qu'occupe la musique dans les canaux musicaux. Elle introduit ensuite une réduction de 50 pour cent pour tenir compte de la différence entre le gros et le détail. Elle obtient ainsi un taux de 0,47 pour cent, applicable au montant excédant le premier 1,25 million de dollars de revenus bruts (0,16 et 0,31 pour cent sur les deux premières tranches de 625 000 \$). Elle propose en outre que seuls les canaux de production canadienne soient assujettis à ce taux et que l'assiette de revenus soit définie comme le produit du revenu brut de l'exploitant de satellite par la part d'écoute du canal.

[181] En ce qui concerne les fonctions de tampon prolongé et d'écoute en différé, M<sup>me</sup> Kerr utilise comme point de départ le taux de 5,2 pour cent calculé par M. Goldstein. Elle reprend aussi l'hypothèse de départ de ce dernier, selon laquelle seulement la moitié de l'assiette tarifaire devrait être assujettie à une redevance. Elle s'appuie donc au départ sur un taux de 2,6 pour cent. Enfin, elle se sert des taux homologués par la Commission pour la transmission sur demande sur Internet comme indicateur du ratio à utiliser pour calculer un taux

reproduction rate) of 12.2 per cent. The adjusted rate is thus 0.988 (= 2.6 per cent  $\times$  0.38).

[182] Ms. Kerr makes two further adjustments to take into account the share of music in the total value, estimated by Dr. Reitman to be 55 per cent, and the use of CSI's repertoire. For the latter, she adjusts for the difference between the use of the repertoire by satellite radio (70 per cent) and commercial radio (80 per cent). The final rate is 0.4755 per cent (=  $0.988 \times 0.55 \times (70 \div 80)$ ).

[183] For reproductions initiated by subscribers, Ms. Kerr argues that the appropriate proxy is limited downloads rather than streaming. The rates certified by the Board for limited downloads are 6.3 per cent for communication and 5.9 per cent for reproduction. The adjusted rate is thus 1.3 per cent (=  $2.6 \times 5.9 \div 12.2$ ).

[184] Ms. Kerr further distinguishes between two types of reproductions initiated by subscribers: the storing of blocks of programming, and of individual songs. For the former, Ms. Kerr suggests making the same adjustments as before, resulting in a final rate of 0.626 per cent (=  $1.3 \text{ per cent} \times 0.55 \times 70 \div 80$ ). For the latter, Ms. Kerr suggests that no downward adjustment be applied since subscribers may only store individual songs. However, she adds that given the uncertainty as to how many reproductions are being made, the Board might still consider a discount. Thus, for individual songs, she suggests a rate of 1.14 per cent (=  $1.3 \times 70 \div 80$ ).

#### **Approach Used**<sup>78</sup>

[185] We agree with the Collectives' use of DPA as the proxy subject to certain adjustments. The mix of

de reproduction. Le taux homologué pour la reproduction est de 4,6, ce qui équivaut à 38 pour cent du taux global (communication et reproduction combinées) de 12,2 pour cent. Le taux corrigé est donc de 0,988 (soit 2,6 pour cent  $\times$  0,38).

[182] M<sup>me</sup> Kerr introduit deux nouvelles corrections pour tenir compte de la part de la musique dans la valeur totale, que M. Reitman estime à 55 pour cent, et de l'utilisation du répertoire de CSI. Dans le second cas, elle tient compte de la différence entre le taux d'utilisation du répertoire de la radio satellitaire (70 pour cent) et de la radio commerciale (80 pour cent). Elle arrive finalement à un taux de 0,4755 pour cent (soit  $0,988 \times 0,55 \times (70 \div 80)$ ).

[183] Pour les reproductions faites par les abonnés, M<sup>me</sup> Kerr soutient que l'indicateur approprié est le taux pour les téléchargements limités plutôt que celui pour les transmissions sur demande. Les taux homologués par la Commission pour les téléchargements limités sont de 6,3 pour cent pour la communication et de 5,9 pour cent pour la reproduction. Le taux corrigé est donc de 1,3 pour cent (soit  $2,6 \times 5,9 \div 12,2$ ).

[184] M<sup>me</sup> Kerr fait en outre la distinction entre deux types de reproductions effectuées par les abonnés : le stockage de blocs d'émissions et le stockage de chansons individuelles. Dans le premier cas, M<sup>me</sup> Kerr propose d'effectuer les mêmes corrections que précédemment, ce qui donne en définitive un taux de 0,626 pour cent (soit  $1,3 \text{ pour cent} \times 0,55 \times 70 \div 80$ ). Dans le second cas, elle propose qu'aucune correction à la baisse ne soit apportée puisque les abonnés ne peuvent stocker que des chansons individuelles. Elle ajoute toutefois que comme on ignore le nombre exact de reproductions qui sont faites, la Commission pourrait toujours envisager d'introduire une correction à la baisse. En conséquence, elle propose un taux de 1,14 pour cent pour les chansons individuelles (soit  $1,3 \times 70 \div 80$ ).

#### **Approche retenue**<sup>78</sup>

[185] Nous souscrivons à la proposition des sociétés de gestion d'utiliser le taux pour les SSPN

satellite radio programming that brings together “music” and “non-music” channels has some similarity to the programming offered by commercial radio, but the music channel component of the satellite radio service is much closer to DPA in terms of the prevalence, importance and use of music. Satellite music channels are based on strong genre segmentation, a feature that is very similar to DPA. And finally, both business models are subscriber-based, even though DPA services are not directly “observable” by the consumers. Therefore, we will use DPA as the proxy for the rates to be established for the various collectives.

#### SOCAN

[186] Our starting point for SOCAN is the rate established by the Board for DPA, that is, 13 per cent – with a number of adjustments. First, we must adjust for the fact that the DPA rate was set at the “wholesale” level, while the rate for satellite radio is at the “retail” level.

[187] Dr. Reitman proposes to use the payments made to content providers to calculate the appropriate tariff. In our opinion, these payments underestimate the true “wholesale value” of the music programming. The affiliation revenues DPA services receive from cable operators pay for a variety of expenses of which programming is only one. DPA services incur other expenses: technical resources, sales, promotion and administration services. The equivalent expenses incurred by the Services are higher than just the payment for content. In addition, the main business of the content providers is not selling programming to the Services. In our opinion, this is a reason to find that the prices negotiated with the Services are less than their true competitive value.

comme indicateur, moyennant certains ajustements. La gamme des émissions de radio satellitaire qui combine canaux « musicaux » et « non musicaux » ressemble à certains égards à la programmation offerte par la radio commerciale, mais les canaux de musique qu’offre la radio satellitaire se rapprochent beaucoup plus des SSPN en ce qui a trait à l’importance, la prépondérance et l’utilisation de la musique. Les canaux musicaux par satellite reposent sur une forte segmentation des genres, une caractéristique très proche des SSPN. Enfin, les deux modèles d’affaires reposent sur le principe de l’abonnement, même si les SSPN ne sont pas directement « observables » du point de vue du consommateur. Nous nous servons donc des taux applicables aux SSPN pour nous guider dans l’établissement des taux applicables aux sociétés de gestion collective.

#### SOCAN

[186] Pour la SOCAN, notre point de départ est le taux qu’a établi la Commission pour les SSPN, soit 13 pour cent, avec plusieurs ajustements. Premièrement, nous devons tenir compte du fait que le taux pour les SSPN a été fixé au niveau du gros, tandis que le taux pour la radio satellitaire s’applique au niveau du détail.

[187] Pour calculer le tarif approprié, M. Reitman propose de se fonder sur les montants versés à des fournisseurs de contenu. À notre avis, ces montants sous-estiment la vraie « valeur de gros » de la programmation musicale. Les paiements d’affiliation que les SSPN reçoivent des câblodistributeurs servent à couvrir des dépenses autres que celles liées à la programmation. Ces fournisseurs ont d’autres dépenses à supporter : ressources techniques, ventes, promotion et services administratifs. Le montant des dépenses correspondantes que doivent supporter les Services est plus élevé que le seul montant à verser pour le contenu. De plus, la principale activité des fournisseurs de contenu n’est pas de vendre des émissions aux Services. C’est pourquoi nous croyons que les tarifs négociés avec les Services sont inférieurs à leur valeur réelle sur le marché concurrentiel.

[188] Mr. Goldstein examined the various activities performed by Satellite Radio Services and concluded that there are essentially two functions: the first is programming; the second is all other, non-programming activities such as the cost of using the satellite, the cost of subsidizing the receivers and the cost of providing customer services.

[189] Mr. Goldstein equates these latter functions to a broadcast distribution undertaking (BDU). He argues that several indicators point to these functions being shared equally in total expenses. He assumes, therefore, that the BDU function represents about 50 per cent of all activities of satellite radio.

[190] Mr. Goldstein later revised his estimate of this proportion to something between 21 and 30 per cent, depending on whether satellite radio is being compared to DPA or to commercial radio. This revision was based on a detailed analysis of the cost structure of satellite radio. Ms. Colette Matteau's cross-examination of Mr. Goldstein on this issue made it clear that his analysis of similarities between cost categories of satellite radio and DPA or commercial radio is at best very imprecise, and mostly reflected personal judgment. We therefore prefer to rely on Mr. Goldstein's initial estimate of 50 per cent.

[191] The adjusted rate, after deducting the percentage attributable to the BDU function of the satellite radio service is 6.5 per cent.

[192] Next the proxy must be further adjusted to account for the difference in music use. The parties agree the music channels use music 94 per cent of programming time. The Erin Research study found that non-music channels use music 22.7 per cent of programming time. However, as pointed out by Mr. Goldstein, many of the "non-music" channels

[188] M. Goldstein a examiné les diverses activités des services de radio par satellite et a conclu que la radio par satellite accomplit essentiellement deux fonctions : la programmation et l'ensemble des autres activités, notamment celles liées à l'exploitation du satellite, à la subvention de l'achat de récepteurs, et aux services à la clientèle.

[189] M. Goldstein assimile la seconde fonction à celle d'une entreprise de distribution de radiodiffusion (EDR). Il affirme que plusieurs indications portent à croire que chacune de ces activités représente une part égale des dépenses totales. Il suppose donc que la fonction EDR englobe environ 50 pour cent des activités de la radio satellitaire.

[190] M. Goldstein a par la suite révisé son estimation, établissant cette proportion entre 21 et 30 pour cent, selon que la radio satellitaire est comparée aux SSPN ou à la radio commerciale. Cette révision s'appuyait sur une analyse détaillée de la structure des coûts de la radio satellitaire. Le contre-interrogatoire de M. Goldstein par M<sup>e</sup> Colette Matteau sur cette question a démontré clairement que l'analyse faite des points de ressemblance entre les catégories de coûts de la radio satellitaire et des SSPN ou de la radio commerciale était au mieux très approximative et largement influencée par le jugement personnel de l'auteur. Par conséquent, nous nous fonderons plutôt sur l'estimation initiale de M. Goldstein, à savoir 50 pour cent.

[191] Le taux corrigé est donc de 6,5 pour cent, déduction faite du pourcentage que représente la fonction EDR dans la radio satellitaire.

[192] Il faut ensuite corriger l'indicateur pour tenir compte de la différence dans l'utilisation de musique. Les parties conviennent que la musique occupe 94 pour cent du temps d'antenne des canaux musicaux. Selon l'étude d'Erin Research, les canaux non musicaux consacrent 22,7 pour cent de leur temps d'antenne à la musique. Or, comme l'a

use music more than 20 per cent of programming time, the Board's usual definition of low use.

[193] We use the Erin Research results to include as low-use channels, the ones that use music less than 20 per cent of their programming time. Of the "non-music" channels identified by Erin Research, 31 used music more than 20 per cent of program time. The average use was 36.5 per cent. This affects the average use of music for music channels. The result is that the average rate of music use for music channels is 83.2 per cent. The remaining non-music channels used music an average of 10.7 per cent. This results in increasing the percentage of music channels to 72 per cent of the total. The remainder, 28 per cent, represents the non-music channels.

[194] Since DPA services use music 100 per cent of program time, the 6.5 per cent rate obtained before must be adjusted by taking a proportion of 0.832. This results in a rate of 5.41 per cent.

[195] Finally, we must account for the amount of music used by the Satellite Radio Services that is in SOCAN's repertoire. In its statement of case, SOCAN assumed that the equivalent of 4 out of 134 music channels used music in the public domain. This translates into 97 per cent of music that is part of SOCAN's repertoire. The Satellite Radio Services do not contest this number and use it in their proposed rate calculations. The rate to apply to the music channels, adjusted for SOCAN's repertoire, is thus 5.25 per cent.

[196] We now deal with low-use channels, which have no equivalent in DPA services programming.

souligné M. Goldstein, bon nombre des canaux dits « non musicaux » consacrent plus de 20 pour cent de leur temps d'antenne à la musique, pourcentage que la Commission utilise normalement pour établir le seuil de faible utilisation de musique.

[193] Nous nous servons des résultats de l'étude d'Erin Research pour identifier comme canaux à faible utilisation de musique ceux qui y consacrent moins de 20 pour cent de leur temps d'antenne. Parmi les canaux « non musicaux » repérés par Erin Research, 31 réservaient plus de 20 pour cent de leur temps d'antenne à la musique, la moyenne étant de 36,5 pour cent. Cette proportion influe sur le taux moyen d'utilisation de musique pour les canaux musicaux. En effet, le taux moyen d'utilisation de musique pour les canaux musicaux est de 83,2 pour cent, tandis que le taux correspondant pour les canaux non musicaux est de 10,7 pour cent. Ceci porte à 72 pour cent du total la proportion des canaux musicaux, le reste (28 pour cent) étant constitué des canaux non musicaux.

[194] Les SSPN consacrent 100 pour cent de leur temps d'antenne à la musique; en conséquence, le taux de 6,5 pour cent obtenu précédemment doit être ajusté par une proportion de 0,832, ce qui mène à un taux de 5,41 pour cent.

[195] Enfin, nous devons tenir compte de la quantité de musique utilisée par les services de radio par satellite qui provient du répertoire de la SOCAN. Dans son énoncé de cause, la SOCAN a supposé que l'équivalent de 4 des 134 canaux musicaux faisaient usage de musique dans le domaine public, ce qui revient à dire que 97 pour cent de la musique appartient au répertoire de la SOCAN. Les services de radio par satellite ne contestent pas ce pourcentage et l'utilisent dans leur proposition de calcul des taux. Par conséquent, le taux applicable aux canaux musicaux, après correction en fonction du répertoire de la SOCAN, est de 5,25 pour cent.

[196] Nous examinons maintenant le cas des canaux à faible utilisation de musique, qui n'ont pas

We will use commercial radio as the proxy, where the rate for low-use stations is 1.5 per cent. This rate needs to be adjusted to reflect the higher value of music that was used for the main rate. The use of DPA as the proxy for the main rate results in an overall value of music that is higher than for commercial radio (i.e., 5.25 per cent as opposed to an effective rate of 4.2 per cent). This higher value is the result of two factors: a higher value for music, and a higher use of music. Only the former must be applied to the low use rate.

[197] If we apply a rate of music use of 76.1 per cent (rather than 83.2 per cent) to adjust for music use, the final rate for SOCAN would be 4.8 per cent for music channels. The difference between 4.8 per cent and 4.2 per cent, is 14 per cent and reflects the difference in the value of music. If we apply this calculation to the low-use rate of 1.5 per cent, the adjusted rate is 1.71 per cent.

[198] There is no evidence that the Satellite Radio Services have the capability to allocate portions of their total revenues to music or non-music channels. These services are sold as a package for a single subscription fee. Thus, we certify a single rate of 4.26 per cent, which constitutes the weighted average of the rate set above for music channels, 5.25 per cent, and the rate set for low-use channels, 1.71 per cent.

#### NRCC

[199] The parties agree that 27 per cent of the music used by the satellite music channels consists of NRCC's repertoire. The SOCAN blended rate of 4.26 per cent was adjusted to take into account the small percentage of the music that is not part of SOCAN's repertoire. The uncorrected rate is 4.39 per cent ( $= 4.26 \div 0.97$ ) which, when multiplied by

d'équivalent chez les SSPN. Nous retenons comme indicateur la radio commerciale, où le taux pour les stations à faible utilisation de musique est de 1,5 pour cent. Ce taux doit être rajusté pour tenir compte de la valeur supérieure de la musique qui a servi à l'établissement du taux principal. Si l'on retient les SSPN comme indicateur pour le taux principal, on arrive à une valeur globale de la musique plus élevée que pour la radio commerciale (soit 5,25 pour cent contre un taux effectif de 4,2 pour cent). Cette différence est le résultat de deux facteurs : une valeur plus grande pour la musique, et une utilisation plus grande de la musique. Seul le premier doit être appliqué au taux de faible utilisation.

[197] Si on appliquait un taux d'utilisation de 76,1 pour cent (plutôt que 83,2 pour cent) pour tenir compte de l'utilisation relative de musique, le taux final pour la SOCAN serait de 4,8 pour cent pour les canaux musicaux. L'écart entre ce pourcentage et 4,2 pour cent, soit 14 pour cent, reflète la différence dans la valeur de la musique. Si on applique cette différence au taux de 1,5 pour cent, on obtient un taux corrigé de 1,71 pour cent.

[198] Rien n'indique que les services de radio par satellite soient en mesure de répartir leurs revenus totaux entre les canaux musicaux et non musicaux. Ces services sont offerts par bloc moyennant un tarif d'abonnement unique. Nous homologuons donc un taux unique de 4,26 pour cent, qui est égal à la moyenne pondérée du taux établi plus tôt pour les canaux musicaux, soit 5,25 pour cent, et du taux fixé pour les canaux à faible utilisation, soit 1,71 pour cent.

#### SCGDV

[199] Les parties conviennent que 27 pour cent de la musique utilisée par les canaux musicaux par satellite provient du répertoire de la SCGDV. On a corrigé le taux pondéré de 4,26 pour cent calculé pour la SOCAN pour tenir compte du faible pourcentage de la musique qui ne provient pas du répertoire de cette société. À partir d'un taux non

27 per cent produces a blended rate of 1.18 per cent, which is the rate we certify for NRCC.

### CSI

[200] The approach proposed by Mr. Goldstein with respect to the CSI rate is not acceptable. Mr. Goldstein uses a ratio of 1 to 3.2 derived from the rates prevailing for commercial radio when the evidence demonstrates that the reproduction activities are much more important to the Satellite Radio Services than they are for commercial radio. Commercial radio does not have buffers, radio replays or reproductions initiated by users. These additional functions of the Satellite Services have to be taken into account in calculating the rate for CSI. The commercial radio proxy is simply inadequate.

[201] We also reject the proposal by Mr. Audley and Dr. Hyatt to use the rate set for CSI for limited downloads by online music services. The “limited downloads” services offered by the Satellite Services are available to about 3 per cent of all satellite subscribers. Mr. Audley and Dr. Hyatt contend that the tariff rate should reflect the value of this option, and every subscriber has the option of using this service. We do not agree. The percentage use must be part of the equation when setting a rate. For instance, a blanket licence provides broadcasters with the option of using music 100 per cent of program time, yet we adjust the rate to take into account the actual amount of music use. The same principle must apply to the limited download services of the Satellite Services.

[202] The overall approach proposed by Ms. Kerr is useful and reasonable, with some adjustments. For example, we agree that subscribers who use a more sophisticated receiver should attract higher

corrigé de 4,39 pour cent (soit  $4,26 \div 0,97$ ) que nous multiplions par 27 pour cent, nous obtenons un taux pondéré de 1,18 pour cent que nous homologuons pour la SCGDV.

### CSI

[200] L’approche proposée par M. Goldstein en ce qui concerne le taux pour CSI est inacceptable. M. Goldstein utilise un ratio de 1 à 3,2, qu’il a établi à partir des taux applicables à la radio commerciale; or, l’information dont nous disposons montre que les activités de reproduction sont beaucoup plus importantes dans le cas des services de radio par satellite que dans celui de la radio commerciale. Celle-ci n’est pas assortie des fonctions de tampon, d’écoute différée ou de reproduction par l’utilisateur. Ces fonctions propres aux services par satellite doivent être prises en compte dans le calcul du taux pour CSI. La radio commerciale est un indicateur tout simplement inadéquat.

[201] Nous rejetons également la proposition de MM. Audley et Hyatt d’utiliser le taux établi dans le cas de CSI pour les téléchargements limités effectués par les services de musique en ligne. Environ 3 pour cent des abonnés aux services par satellite ont accès au service des « téléchargements limités ». MM. Audley et Hyatt prétendent que le taux tarifaire doit refléter la valeur de cette option et que chaque abonné a la possibilité d’utiliser ce service. Nous ne sommes pas d’accord. Le pourcentage d’utilisation doit faire partie de l’équation lorsqu’on fixe un taux. À titre d’exemple, la licence générale donne aux radiodiffuseurs l’option d’utiliser de la musique pendant tout le temps d’antenne; pourtant, on corrige le taux en fonction de l’utilisation réelle de musique. Le même principe doit s’appliquer aux services de téléchargement limité offerts par les services par satellite.

[202] L’approche globale proposée par M<sup>me</sup> Kerr est utile et raisonnable une fois ajustée. Par exemple, nous croyons nous aussi qu’il faut verser davantage de redevances à l’égard de l’abonné

royalties. However, we would limit the number of categories to three instead of the proposed four. Satellite Services will pay only for programming copies if a subscriber's receiver cannot make copies. Receivers equipped with extended buffer and replay functions will trigger an additional royalty and those that can store blocks of programming or individual tracks yet another one. This approach establishes a direct correlation between the rate and the receiver's functionality (something the services already know), rather than with the actual use made of each receiver (something the services cannot know).

[203] We agree with Ms. Kerr that the reproductions involved in the programming operations are similar to those made by commercial radio stations. For these specific reproductions, we could then simply apply the ratio of the reproduction to the communication right of commercial radio ( $1 \div 3.2$ , or 0.3125) to the SOCAN uncorrected blended rate of 4.39 per cent. This produces a rate of 1.33 per cent. However, the rate must reflect the fact that most programming copies are made outside the country and are not subject to the *Act*. Ten per cent of the channels each service offers are programmed in or from Canada. Therefore, a first adjustment for programming copies yields a rate of 0.13 per cent ( $= 1.33 \text{ per cent} \times 0.10$ ).

[204] A further adjustment is required. There are two types of Canadian programming copies: assessment copies that Canadian programmers make when they upload a DMDS file onto their server, and "play" copies that Canadian programmers make onto a server to be played when the software so instructs the server. The adjusted rate of 0.14 per cent accounts for both types of copies. CSR never makes "play" copies in Canada; consequently, it should pay less for its programming copies. Nothing on the record would

utilisant un appareil plus sophistiqué. Par contre, nous limiterions à trois, plutôt qu'aux quatre qu'elle propose, le nombre de catégories. Un service par satellite paiera uniquement pour les copies de programmation si l'appareil de l'abonné ne peut faire de copies. L'appareil permettant la mise en tampon prolongé et l'écoute différée entraînera le paiement d'une redevance supplémentaire et celui qui peut stocker des blocs de programmation ou des pistes individuelles une autre encore. Cette façon de faire établit un lien direct entre le taux et la fonctionnalité de l'appareil (que les services connaissent déjà), plutôt que l'usage réel fait de chaque appareil (que les services ne peuvent savoir).

[203] Nous sommes d'accord avec M<sup>me</sup> Kerr lorsqu'elle affirme que les reproductions faites dans le cadre des activités de programmation sont comparables à celles effectuées par les stations de radio commerciales. Pour ce type particulier de reproductions, nous pourrions simplement multiplier le ratio entre les taux pour la reproduction et la communication pour la radio commerciale (soit  $1 \div 3,2$  ou 0,3125) par le taux pondéré non corrigé pour la SOCAN de 4,39 pour cent, ce qui donne un taux de 1,37 pour cent. Cependant, le taux doit tenir compte du fait que la plupart des copies de programmation sont faites à l'extérieur du pays et ne sont pas assujetties à la *Loi*. Dix pour cent des canaux qu'offre chaque service sont programmés au Canada ou à partir du Canada. Par conséquent, un premier ajustement à l'égard des copies de programmation donne un taux de 0,13 pour cent (soit  $1,33 \text{ pour cent} \times 0,10$ ).

[204] Il faut procéder à un ajustement supplémentaire. Il se fait deux types de copies de programmation au Canada : la copie d'évaluation, effectuée lorsque le programmeur canadien télécharge un fichier SDMN sur son serveur, et la copie pour diffusion, que le programmeur canadien met sur un serveur pour qu'elle soit jouée lorsque le logiciel ordonne au serveur de le faire. Le taux corrigé de 0,14 pour cent tient compte des deux types de copies. CSR ne fait jamais au Canada de copies pour diffusion; par conséquent,

allow us to assess precisely the relative value of both types of programming copies. Yet it is clear that assessment copies are much less valuable than play copies, since assessment copies are temporary and concern only a fraction of all songs that programmers assess (no assessment copies are made of songs delivered on CD). Under the circumstances, we set at 95 per cent the discount for a service when no work is transmitted to subscribers using copies on a server located in Canada.

[205] For the extended buffer and the replay functions, Ms. Kerr suggests that the relative value of the reproduction and the communication right should be the same as the value the Board set for on-demand streaming by online music services. We agree since in both cases, the reproduction activities that are taking place are similar in nature. The rates set by the Board for on-demand streaming by online music services are 4.6 per cent for reproduction and 7.6 per cent for communication, a ratio of 0.61.<sup>79</sup> Applying this ratio to the uncorrected, 4.39 per cent SOCAN rate results in a rate of 2.66 per cent. In our opinion, this rate provides fair remuneration for the type of reproductions under discussion. This rate will apply only if a subscriber's receiver offers at least one of the relevant features. At the time of the hearings, that proportion was about 30 per cent.

[206] Finally, there is the rate for the reproductions initiated by the subscribers. These can either take the form of storage of blocks of programming or of individual songs. We will follow the same approach used above but rely on the rates certified for reproduction and communication of limited downloads by online music services (5.9 per cent and 6.3 per cent, respectively) to establish the relevant rate for these reproduction activities. By applying a ratio of 0.94 (= 5.9 ÷ 6.3) to the

elle devrait payer moins pour ses copies de programmation. Rien au dossier ne nous permet de mesurer précisément la valeur relative des deux types de copies de programmation. Il est néanmoins clair que la copie d'évaluation vaut beaucoup moins que la copie pour diffusion, puisque la copie d'évaluation est temporaire et existe uniquement à l'égard d'une fraction de ce qui est évalué (on ne fait pas de copie d'évaluation des chansons livrées sur CD). Dans les circonstances, nous établissons à 95 pour cent l'escompte pour le service qui ne transmet aucune œuvre à ses abonnés en utilisant des copies sur un serveur situé au Canada.

[205] Pour le tampon prolongé et l'écoute différée, M<sup>me</sup> Kerr pense que la valeur relative des droits de reproduction et de communication devrait être égale à celle qu'a établie la Commission pour la transmission sur demande par les services de musique en ligne. Nous sommes d'accord avec M<sup>me</sup> Kerr sur ce point, puisque dans les deux cas les activités de reproduction accomplies sont de même nature. Les taux établis par la Commission pour la transmission sur demande par les services de musique en ligne sont de 4,6 pour cent pour la reproduction et de 7,6 pour cent pour la communication, soit un ratio de 0,61.<sup>79</sup> En multipliant ce ratio par le taux non corrigé de 4,39 pour cent pour la SOCAN, nous obtenons un taux de 2,66 pour cent. À notre avis, ce taux représente une juste rémunération pour le type de reproductions considérées ici. Le taux s'appliquera seulement si l'appareil de l'abonné offre au moins une des fonctions pertinentes. Au moment de la tenue des audiences, cette proportion était d'environ 30 pour cent.

[206] Enfin, il y a le taux pour les reproductions faites par les abonnés eux-mêmes. Ces reproductions peuvent consister dans le stockage de blocs d'émissions ou de chansons individuelles. Nous empruntons la même approche que celle utilisée ci-dessus, mais utilisons des taux homologués pour la reproduction et la communication des téléchargements limités effectués par les services de musique en ligne (5,9 pour cent et 6,3 pour cent respectivement) pour

SOCAN rate of 4.39 per cent, we arrive at a reproduction rate of 4.11 per cent. Again, this rate will apply only if a subscriber is able to make such reproductions. At the time of the hearing, about 3 per cent of subscribers could.

[207] A final adjustment is needed to account for the use of CSI's repertoire by the Satellite Services. The use of the repertoire can be calculated using the number of copies on the server, the number of plays or listening patterns. The objectors propose the number of plays; the parties agree that this corresponds to a repertoire use of 70.5 per cent. CSI, relying on Mr. Audley and Dr. Hyatt, would rather base their calculations on listening patterns and proposes 76.9 per cent. In our opinion, listening patterns should not in general be used in the calculation of music use. Doing so attributes to music use some measure of value derived from the subscribers' preferences. The number of plays is the relevant measure in this instance. Other measures that relate to value or the subscribers' preferences should, at least implicitly, be reflected in the calculation of the value of the music, from which the rate is obtained. Adjusting this rate by a measure of repertoire use, itself at least partly based on value, would amount to some form of double counting.

[208] We do not have reliable evidence on the music use differences by types of reproduction and will therefore assume that the average music use of 70.5 per cent applies to all types of reproductions. This leads to final rates of 0.10 (or 0.005 when no work is transmitted to subscribers using copies on a server located in Canada), 1.87 and 2.90 per cent.

## V. RATE BASE

[209] The Services want to pay royalties only on the share of subscription fees they actually receive and

établir le taux approprié pour ces activités de reproduction. Ainsi, en multipliant le taux de 4,39 pour cent de la SOCAN par un rapport de 0,94 (soit  $5,9 \div 6,3$ ), nous arrivons à un taux de reproduction de 4,11 pour cent. Ici encore, le taux s'appliquera seulement si l'abonné est en mesure de faire de telles copies. Au moment de la tenue des audiences, environ 3 pour cent des abonnés pouvaient le faire.

[207] Une dernière correction doit être introduite pour tenir compte de l'utilisation du répertoire de CSI par les services par satellite. L'utilisation du répertoire peut être établie en fonction du nombre de copies sur le serveur, du nombre de pistes jouées ou des données d'écoute. Les opposantes proposent d'utiliser le nombre de pistes jouées; les parties conviennent que ce nombre est de 70,5 pour cent. CSI, à l'instar de MM. Audley et Hyatt, utiliserait plutôt les données d'écoute et propose un taux de 76,9 pour cent. À notre avis, les données d'écoute ne devraient pas en général être utilisées dans le calcul du taux d'utilisation de musique. Ce faisant, on attribue à l'utilisation de musique une valeur dérivée des préférences des abonnés. Le nombre de pistes jouées est la donnée pertinente en l'espèce. Toute autre mesure liée à la valeur ou aux préférences des abonnés devrait déjà être prise en compte dans le calcul de la valeur de la musique, de laquelle est dérivé le taux. Ajuster ce taux en utilisant une mesure d'utilisation de répertoire qui reflèterait elle-même une valeur constituerait une forme de double comptage.

[208] Comme nous ne disposons pas de données fiables sur les différences de taux d'utilisation de musique entre les divers types de reproductions, nous supposons qu'un taux d'utilisation moyen de 70,5 pour cent s'applique à tous les types de reproductions. Cela donne des taux finaux de 0,10 (ou de 0,005 lorsque aucune œuvre n'est transmise aux abonnés en utilisant des copies sur un serveur situé au Canada), 1,87 et 2,90 pour cent.

## V. ASSIETTE TARIFAIRE

[209] Les Services souhaitent verser des redevances uniquement sur la part des recettes d'abonnement

not on advertising revenues, receiver sales, paid commissions or activation and termination fees. They would exclude from the rate base any form of revenues that they do not currently collect such as membership, product placement, commissions and the like. They would allow the deduction of subscriber acquisition costs.

[210] The Collectives would include in the rate base anything that is paid for the service, irrespective of who pays or collects it, as well as all other possible sources of income. In their view, excluding revenues encourages the Services to inflate those revenues so as to reduce royalty payments.

[211] The Board is of the view that the rate base should include almost all forms of revenues generated by the service. We have already applied a deduction of 50 per cent to the rate to account for the fact that the DPA rate which is used as the proxy was set at the wholesale level while the rate being set here is at the retail level. In other words, this deduction amounts to a reduction of 50 per cent of all “retail income” to obtain an equivalent “wholesale income”. Applying an additional reduction to the rate base to deduct some forms of revenue, including advertising revenues, could amount to a double deduction.

[212] Consequently, the rate base shall include everything that is paid for the service. This includes activation, termination and access fees, which are often used to artificially lower the monthly subscription cost. It also includes most other potential forms of income, as long as it is reasonably possible that these might emerge in the market. The base will not exclude subscriber acquisition costs as those simply are costs of doing business, but will exclude revenues from the sale of receivers (since no other group of users pay royalties on the hardware subscribers require to receive the service) and agency commissions.

qu’ils perçoivent vraiment. Ils excluraient de l’assiette tarifaire les recettes publicitaires, les ventes d’appareils, les commissions versées, les frais de mise en service et de résiliation ainsi que les formes de recettes qu’ils ne perçoivent pas en ce moment : adhésion, placement de produit, commissions et le reste. Ils permettraient la déduction des frais d’acquisition des abonnés.

[210] Les sociétés de gestion incluraient dans l’assiette tarifaire tout ce qui est payé pour le service, peu importe qui le paye ou le perçoit, de même que toutes les autres formes possibles de recettes. À leur avis, l’exclusion de recettes encourage les Services à les exagérer de façon à réduire le montant de redevances.

[211] La Commission est d’avis que l’assiette tarifaire devrait inclure presque toutes les formes de recettes produites par le service. Nous avons déjà abaissé le taux de 50 pour cent pour tenir compte du fait que le taux applicable aux SSPN, qui sert de référence, a été fixé au niveau du gros, tandis que le taux qui est fixé ici s’applique au niveau du détail. C’est comme si on réduisait de 50 pour cent tous les « revenus de détail » pour obtenir l’équivalent en « revenus de gros ». Réduire de nouveau l’assiette tarifaire en excluant les revenus de publicité peut équivaloir à une double déduction.

[212] Par conséquent, l’assiette tarifaire inclut tout ce qui est payé pour le service. Cela comprend les frais de mise en service, de résiliation et d’accès, qui servent souvent à réduire artificiellement le coût de l’abonnement mensuel. Cela comprend aussi la plupart des autres formes de recettes, dans la mesure où il est raisonnable de penser qu’elles pourraient émerger dans le marché. L’assiette n’exclut pas les frais d’acquisition des abonnés puisqu’il s’agit d’un coût d’exploitation parmi d’autres, mais exclut les recettes provenant de la vente d’appareils (aucun autre groupe d’utilisateurs ne verse des redevances sur le matériel dont l’abonné a besoin pour recevoir le service) et les commissions d’agence.

[213] It would appear however that the issue of defining the rate base is, at this time, largely theoretical. Advertising and other income currently represent a very small share of overall revenues.

## VI. MINIMUM FEES

[214] While SOCAN did not request a minimum fee, both NRCC and CSI did in their proposed tariffs. NRCC proposed a minimum fee of \$1.50 per subscriber per month while CSI proposed \$0.50 per subscriber per month for services that do not authorize subscribers to reproduce musical works and \$1 per subscriber per month for services that provide such authorization to subscribers.

[215] NRCC did not propose a minimum fee in its statement of case. CSI was the only collective society that presented evidence supporting minimum fees for this tariff. CSI based its proposed minimum on two-thirds of the \$15 per month price of a subscription. Applying its proposed rate of 2.9 per cent for 2006-2007 and of 5.8 per cent for 2008 and 2009 yielded proposed minimums of \$0.29 and \$0.58 per subscriber per month, respectively.

[216] While the Objectors argued that this tariff did not justify any minimum fees because there are only two services and that no exemption at a lower revenue threshold is proposed, CSI stated that its request for a minimum payment is both reasonable and necessary to ensure fairness to the right holders it represents because there is evidence in the record of the use of promotional subscriptions, as well as evidence of so-called lifetime subscriptions, which, unless a minimum payment is specified, could continue for a lengthy period without payments for music.

[217] We agree with CSI and certify minimum fees per subscriber per month. Using the methodology

[213] Il semble toutefois que la question de la définition de l'assiette tarifaire soit essentiellement théorique pour l'instant. Les revenus de publicité et autres représentent une très faible part des revenus totaux.

## VI. REDEVANCES MINIMALES

[214] La SOCAN n'a pas demandé de redevances minimales; la SCGDV et CSI l'ont fait dans leurs projets de tarifs. La SCGDV a proposé une redevance minimale de 1,50 \$ par abonné par mois, tandis que CSI a proposé 0,50 \$ par abonné par mois pour des services qui excluent la possibilité de reproduction d'œuvres musicales par les abonnés, et 1 \$ par abonné par mois pour des services qui l'incluent.

[215] La SCGDV n'a pas proposé de redevance minimale dans son énoncé de cause. CSI est la seule société de gestion à avoir présenté une preuve à l'appui de redevances minimales pour ce tarif. Le minimum proposé par CSI a pour base les deux tiers du tarif d'abonnement mensuel de 15 \$. En prenant les taux proposés par CSI pour 2006-2007 et 2008-2009 (soit 2,9 pour cent et 5,8 pour cent respectivement), on arrive à des redevances minimales proposées de 0,29 \$ et de 0,58 \$ par abonné par mois respectivement.

[216] Si les opposantes ont fait valoir que ce tarif ne justifiait pas l'application de redevances minimales, parce qu'il n'y a que deux services offerts et qu'on ne propose aucune franchise pour les entreprises dont les revenus s'établissent en deçà d'un certain seuil, CSI a affirmé que sa demande de redevances minimales était à la fois raisonnable et nécessaire pour garantir un traitement équitable aux détenteurs de droits qu'elle représente, parce que le dossier établit que les entreprises offrent des abonnements promotionnels et même des abonnements « à vie », auquel cas il peut s'écouler une longue période sans que des redevances soient versées, à moins que ne soit spécifiée une redevance minimale.

[217] Nous partageons l'avis de CSI et homologuons des redevances minimales mensuelles

proposed by CSI results in minimums of \$0.43 for SOCAN, \$0.12 for NRCC and \$0.01 (or \$0.0005 when no work is transmitted to subscribers using copies on a server located in Canada), \$0.19 or \$0.29 for CSI, depending on the type of reproductions a subscriber's receiver does.

[218] SOCAN did not ask for a minimum. This does not prevent us from setting one. The Board can alter a tariff's terms and conditions in any reasonable fashion. Moreover, the tariff we certify is much less than what SOCAN asked for; consequently, there is little risk that adding a minimum will result in any service being required to pay more than if we had certified SOCAN's proposal without alterations.

#### **VII. TOTAL ROYALTIES AND ABILITY TO PAY**

[219] The Satellite Services have not yet made a profit from their operations. This is not unexpected in an industry which is in a start-up phase, and has large upfront fixed costs. However, the evidence clearly indicates a financial situation that is more difficult than for many other industries. The Satellite Services have incurred heavy losses since the beginning of their operations. The upfront fixed costs, which are estimated to be about 85 per cent of total operating costs, contribute to these difficulties in the short term. In addition, the Satellite Services are incurring very large subscriber acquisition costs. As a result, losses by both services at this time are many times higher than subscription revenues.

[220] As the number of satellite radio subscribers increases, the financial situation of the industry is expected to improve significantly. Indeed, the Satellite Services expect to be profitable by about 2010. That is however beyond the period of the tariffs being certified here.

par abonné. En utilisant la méthode que CSI propose, on obtient 0,43 \$ pour la SOCAN, 0,12 \$ pour la SCGDV et 0,01 \$ (ou de 0,0005 \$ lorsque aucune œuvre n'est transmise aux abonnés en utilisant des copies sur un serveur situé au Canada), 0,19 \$ ou 0,29 \$ pour CSI, selon le type de reproductions que peut faire un appareil appartenant à l'abonné.

[218] La SOCAN n'a pas demandé de redevance minimale. Cela ne nous empêche pas d'en établir une. La Commission peut apporter n'importe quelle modification raisonnable à un tarif. Qui plus est, ce que nous homologuons est bien en deçà de ce que la SOCAN demandait; par conséquent, il est peu probable que l'addition d'une redevance minimale amène un service à verser davantage que si nous avions homologué tel quel le projet de la SOCAN.

#### **VII. REDEVANCES TOTALES ET CAPACITÉ DE PAYER**

[219] Les services par satellite n'ont pas encore rentabilisé leurs activités. Cela n'est pas surprenant dans un secteur qui est dans une phase de développement initial et qui doit supporter des coûts fixes élevés. Toutefois, les informations disponibles montrent clairement que ce secteur est dans une situation financière plus précaire que beaucoup d'autres. Les services par satellite ont enregistré des pertes importantes depuis qu'ils ont lancé leurs activités. Les coûts fixes initiaux, qui constituent environ 85 pour cent du total des coûts d'exploitation, expliquent en partie ces difficultés sur le court terme. En outre, les services de radio par satellite doivent supporter des coûts d'acquisition de la clientèle très élevés. C'est pourquoi les deux services affichent à l'heure actuelle des pertes qui excèdent très largement leurs revenus d'abonnement.

[220] La situation financière de l'industrie devrait s'améliorer considérablement à mesure qu'augmentera le nombre d'abonnés à la radio satellitaire. De fait, les services par satellite prévoient franchir le seuil de rentabilité vers 2010. Cet horizon excède toutefois la période pour laquelle les taux faisant l'objet de la présente décision sont homologués.

[221] We believe that, as we have done in the past for other tariffs, an initial discount should be applied to these tariffs. However, for the reasons just mentioned, we believe that a larger discount than usual should be applied. We will thus apply a 25 per cent discount from 2005 to 2007, the latter being the first year where the three tariffs apply together. A discount of 10 per cent will apply for 2008 and 2009, after which we believe no discounts should be applied. Hence, we certify the full NRCC rate for 2010.

[222] The [attached table](#) shows the full rates and the rates we certify, reflecting the phase-in discounts for each of the Collectives. This table takes into account the different years for which individual Collectives' tariffs are being certified.

[223] The rates we certify in this decision will generate about \$1 million in royalties for all three Collectives in 2006, the first year for which data on revenues were available. However, at the time of the hearing, the Satellite Radio Services were expecting rapid growth such that in 2009, revenues could be multiplied by a factor of 10 compared to 2006, leading to a similar increase in royalties.

[224] The total rate that will apply when the full tariff is in effect will vary between 5.54 and 10.31 per cent. Were the proportion of receivers having the advanced reproduction functionalities to remain the same as in 2006, the effective total rate would be 6.2 per cent. For comparison purposes, it is useful to note that commercial radio stations pay 7.1 per cent for similar rights; in addition, satellite radio clears all rights associated with the functionality that makes it so different. The services U.S. counterparts currently pay 6.5 per cent only for the right to broadcast sound recordings; that rate is set to increase to 8 per cent in 2012.<sup>80</sup>

[221] Nous croyons qu'un escompte initial devrait être appliqué à ces tarifs, comme cela s'est déjà fait dans le passé pour d'autres tarifs. Toutefois, pour les raisons que nous venons d'exposer, nous pensons que cet escompte devrait être plus élevé que d'habitude. Nous appliquerons donc un escompte de 25 pour cent de 2005 à 2007, cette dernière étant la première année où les trois tarifs seront en vigueur simultanément et de 10 pour cent en 2008 et 2009, dernière année pour laquelle nous croyons qu'un escompte devrait s'appliquer. Nous homologuons donc le plein taux de la SCGDV pour 2010.

[222] Le [tableau en annexe](#) présente les pleins taux et les taux homologués, qui reflètent les escomptes temporaires, pour chaque société de gestion et chaque année visée par la décision.

[223] Les taux que nous homologuons dans la présente décision se traduisent par des redevances d'environ 1 million de dollars pour les trois sociétés de gestion en 2006, première année pour laquelle les données sur les revenus sont disponibles. Cela dit, au moment de l'audience, les services de radio par satellite s'attendaient à connaître une croissance rapide dans les années à venir, de telle sorte qu'en 2009, leurs revenus pourraient décupler par rapport à 2006, générant une augmentation de redevances du même ordre.

[224] Le taux cumulatif applicable lorsque le plein taux sera en place se situe entre 5,54 et 10,31 pour cent. Si la proportion des appareils possédant les fonctionnalités avancées de reproduction restait la même qu'en 2006, le taux effectif cumulatif serait de 6,2 pour cent. À titre de comparaison, il est utile de souligner que les stations de radio commerciales versent 7,1 pour cent pour des droits similaires; en plus, la radio satellitaire libère les droits associés à la fonctionnalité qui la rend si différente. Les vis-à-vis américains des services versent quant à eux en ce moment 6,5 pour cent uniquement pour le droit de diffuser des enregistrements sonores; ce taux passera à 8 pour cent en 2012.<sup>80</sup>

## IX. TARIFF WORDING

[225] The following comments may help the reader to better understand the wording of the tariff. As is now the rule with any tariff of first impression, we consulted the parties on this matter before reaching a final decision.

### 1. Application Periods

[226] SOCAN filed five proposed tariffs for 2005 to 2009, NRCC one for 2007 to 2010 and CSI two for 2006 to 2009. We cannot certify a tariff for years in respect of which nothing was filed. Smaller collectives have clearly stated in the past that they can only afford to file proposed tariffs for periods of several years and that other collectives should not be allowed to dictate how long certified tariffs last by filing for shorter periods of time. Anything that helps to reduce the costs associated with getting a tariff certified should be encouraged. Consequently, the tariff will deal with all the years for which the Board was seized at the time of issuing the decision. The fact that this results in staggered application periods should not raise any significant difficulties.

### 2. Dealing With Subscribers Who Receive the Service For Free

[227] Does the notion of subscription imply that a payment is made for what is the object of the subscription<sup>81</sup> or do users commonly “subscribe” to a variety of services for free in the virtual and material worlds?<sup>82</sup> We are being asked to deal with this apparent contradiction.

[228] The Collectives do not want the notion of subscriber to be limited to those who provide valuable consideration. According to CSI, the Board’s statement in *CSI – Online Music Services* that subscription implies payment has created enforcement difficulties, with some arguing that free trial subscriptions do not attract royalties. The Collectives ask that free subscriptions trigger

## IX. LIBELLÉ DU TARIF

[225] Les commentaires suivants devraient aider le lecteur à comprendre le libellé du tarif. Comme c’est désormais la règle avec tout premier tarif, nous avons consulté les parties à ce sujet avant de prendre une décision finale.

### 1. Périodes d’effet

[226] La SOCAN a déposé cinq projets de tarifs pour les années 2005 à 2009, la SCGDV, un pour 2007 à 2010 et CSI, deux pour 2006 à 2009. Nous ne pouvons homologuer un tarif à l’égard d’années pour lesquelles rien n’a été déposé. Les sociétés de gestion de taille plus modeste nous ont clairement dit dans le passé qu’elle peuvent uniquement se permettre de déposer des projets de tarifs visant plusieurs années et que les autres sociétés ne devraient pas pouvoir dicter la période d’effet des tarifs homologués en déposant pour des durées plus courtes. Nous entendons encourager tout ce qui contribue à réduire les coûts afférents à l’homologation d’un tarif. Par conséquent, le tarif dispose de toutes les années dont la Commission était saisie au moment de rendre la décision. Le fait que cela entraîne des périodes d’effet décalées ne devrait pas créer de difficultés importantes.

### 2. Traitement des abonnés qui reçoivent le service gratuitement

[227] La notion d’abonnement implique-t-elle d’effectuer un paiement pour ce à quoi on s’abonne<sup>81</sup> ou s’« abonne »-t-on souvent à une gamme de services gratuits dans le monde virtuel ou réel?<sup>82</sup> Il nous faut traiter de cette apparente contradiction.

[228] Les sociétés de gestion ne veulent pas qu’on limite le concept d’abonné à ceux qui offrent contrepartie. Au dire de CSI, le fait que la Commission a énoncé dans *CSI – Services de musique en ligne* qu’il n’y a pas abonnement sans débours crée des difficultés d’application, certains soutenant qu’un abonnement d’essai gratuit n’entraîne pas de redevances. Les sociétés

minimum royalties. The Services, on the other hand, maintain that a definition is no more needed than in *CSI – Online Music Services* and that if the term is defined, it should apply only to paying customers.

[229] Free subscriptions should attract the minimum royalties. Any promotional element involved is overridden by the fact that such a subscription involves a protected use. In this respect, the parallel with permanent downloads is interesting. Previews do not attract royalties, but free downloads attract the minimum fee. In order to avoid any confusion, the tariff so provides explicitly.

[230] CSI's definition of subscriber requires that valuable consideration be received. This does not prevent us from applying the minimum fee to subscribers who get the service for free. Again, given that the tariff we certify is much less than what CSI asked, there is little risk that adding a minimum fee will result in any service being required to pay more royalties than if we had certified CSI's proposal without alterations.

### **3. Counting Subscribers For the Purposes of the Tariff**

[231] The manner in which the number of subscribers is determined in Board tariffs is not uniform. In some cases, the issue is not addressed. In others, subscribers are counted on the last day of the month. CSR asked that the number be the average in any given month. The Collectives countered that using averages is unnecessarily complex, adding that a subscriber that joins at the end of the month benefits from the tariff and should trigger the full amount of royalties.

[232] In the long run, this probably is a non-issue. A subscriber's monthly payment is accounted for only once, irrespective of when it is paid. Therefore, in a stable market, the choice of date for counting

demandent qu'on verse les redevances minimales pour les abonnements gratuits. Les Services soutiennent au contraire qu'une définition est tout aussi inutile que dans *CSI – Services de musique en ligne* et que si on en adopte une, elle ne devrait viser que les abonnés payants.

[229] Un abonnement gratuit devrait être assujéti aux redevances minimales. L'aspect promotionnel qu'il implique est largement compensé par le fait qu'un tel abonnement entraîne une utilisation protégée. À cet égard, la comparaison avec les téléchargements permanents est intéressante. On ne verse pas de redevances pour l'écoute préalable, mais le téléchargement gratuit est assujéti à la redevance minimale. Afin d'éviter tout malentendu, le tarif le précise.

[230] La définition d'abonné que proposait CSI suppose une contrepartie. Cela ne nous empêche pas d'assujéti l'abonnement gratuit aux redevances minimales. Ici encore, puisque le tarif homologué est bien en deçà de ce que CSI demandait, il est peu probable que l'addition d'une redevance minimale amène un service à verser davantage de redevances que si nous avions homologué tel quel le projet de CSI.

### **3. Nombre d'abonnés pour les fins du tarif**

[231] Les tarifs de la Commission ne comptabilisent pas toujours les abonnés de la même façon. Parfois, on ne traite pas de la question. Parfois, on se sert du nombre d'abonnés le dernier jour du mois. CSR demande qu'on utilise la moyenne des abonnés du mois. Les sociétés de gestion répondent qu'utiliser une moyenne complique inutilement les choses, en ajoutant que la personne qui s'abonne à la fin du mois tire avantage du tarif et devrait entraîner le plein paiement de redevances.

[232] À long terme, il s'agit sans doute d'un faux problème. L'abonnement mensuel est comptabilisé une seule fois, peu importe quand on le verse. Dans un marché stable, le choix du jour où l'on compte

subscribers probably matters little, if at all. This, however, is a tariff of first instance in a market where the number of subscribers changes significantly, even month-to-month. Consequently, for the purposes of this first tariff, the number of subscribers used to calculate royalties for any given month shall be the average number of subscribers in the reference month.

#### **4. Use of Services by Commercial Subscribers**

[233] CSI asked that the tariff target only direct reception by subscribers for private use and not commercial subscribers or subsequent protected uses of music in a signal, for example as background music in a public place. The assignments that CSI secures from its member publishers do not include the delivery of satellite radio to commercial subscribers. CSR agreed with this proposition. NRCC submitted that unless the tariff targets communications to commercial subscribers, it will not be entitled to collect royalties on account of those communications (as opposed to subsequent uses, to which other tariffs, such as NRCC Tariff 3, would apply). Neither SOCAN nor Sirius expressed any view on the matter.

[234] SOCAN's proposed tariffs are not limited to private use. Those of CSI are; in any event, we cannot licence uses that a collective does not administer. NRCC's proposed tariff also is limited to "direct reception by subscribers for their private use". We cannot expand the ambit of the proposed tariff; by acting as it did, NRCC abandoned, for 2007 to 2010, its remuneration right with respect to the communication of the Satellite Services' signals to subscribers who clearly receive a signal for non-private uses.

[235] Consequently, the tariff shall licence the Services' uses of the repertoires only to the extent that it is for the subscriber's private use.

les abonnés devrait donc avoir peu ou pas d'impact. Cela dit, il s'agit d'un premier tarif dans un marché où le nombre d'abonnés connaît d'importantes fluctuations, même mensuelles. Par conséquent, aux fins de ce premier tarif, le nombre d'abonnés servant à établir les redevances pour un mois donné sera le nombre moyen d'abonnés durant le mois de référence.

#### **4. Utilisation des services par les abonnés commerciaux**

[233] CSI demande que le tarif vise uniquement la réception directe par des abonnés pour leur usage privé et non les abonnés commerciaux ou l'utilisation protégée ultérieure de la musique incorporée au signal, notamment comme musique de fond dans un endroit public. La cession que CSI obtient de ses membres éditeurs n'inclut pas la livraison de la radio par satellite à des abonnés commerciaux. CSR abonde dans le même sens. La SCGDV souligne que si le tarif ne vise pas les communications à des abonnés commerciaux, elle ne pourra percevoir de redevances à l'égard de ces communications (par opposition aux utilisations ultérieures, assujetties à d'autres tarifs, notamment le tarif 3 de la SCGDV). La SOCAN et Sirius n'ont pas commenté la question.

[234] Les projets de tarifs de la SOCAN ne se limitent pas aux usages privés. Ceux de CSI le sont; de toute façon, nous ne pouvons autoriser une utilisation qu'une société de gestion n'administre pas. De même, les projets de tarifs de la SCGDV visent uniquement ce « qui est reçu directement par des abonnés pour leur usage privé ». Nous ne pouvons étendre la portée d'un projet de tarif; en agissant comme elle l'a fait, la SCGDV a renoncé pour les années 2007 à 2010 à son droit à rémunération à l'égard de la communication des signaux des services par satellite aux abonnés qui reçoivent clairement le signal pour un usage non privé.

[235] Par conséquent, le tarif autorise l'utilisation des répertoires par les services uniquement dans le but de permettre l'usage privé des abonnés. Le tarif

Furthermore, the tariff specifies that commercial subscribers are not to be included in the calculation of royalties: Services should not pay for what they do not get.

[236] This measure should not inconvenience the Services. They probably are free to avail themselves of SOCAN Tariff 16 and NRCC Tariff 3 with respect to commercial subscribers who use their signals as background music. The Services also need to licence separately the programming reproductions of musical works with respect to commercial subscribers.

### **5. Sound Recording and Musical Work Use Information**

[237] The parties agree that music use information should be provided for seven days each month. They make a number of representations on other issues.

[238] CSI wishes to be informed of all music use, not only of sound recording use, so as to pay royalties to rights holders whose music is broadcast live or during live events. It disagrees that the Services should provide information only if available. Providing music use information is part of doing business in the music industry in Canada. The Board should apply its standing principle that if information is essential, users ought to provide it even if it means getting it from someone else.

[239] The Services ask that they provide only what is available to them; monitoring the use of live music is not possible and would not increase the reliability of the data.

[240] NRCC asks that the Services provide the running time of each sound recording. The Services counter that they do not always get that information.

précise aussi qu'on ne tient pas compte des abonnés commerciaux dans le calcul des redevances : les services ne devraient pas payer pour ce qu'on ne leur offre pas.

[236] Cette mesure ne devrait pas créer de difficultés pour les services. Ils peuvent sans doute se prévaloir du tarif 16 de la SOCAN et du tarif 3 de la SCGDV à l'égard des abonnés commerciaux qui utilisent leur signal comme musique de fond. Les services doivent également obtenir une licence distincte pour les reproductions de programmation d'œuvres musicales en ce qui concerne les abonnés commerciaux.

### **5. Renseignements sur l'utilisation d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores**

[237] Les parties s'entendent pour fournir des renseignements sur l'utilisation de musique sept jours par mois. Elles avancent un certain nombre de prétentions sur d'autres points.

[238] CSI souhaite être renseignée sur l'utilisation de toutes les œuvres musicales, pas seulement des enregistrements sonores, afin de verser des redevances aux titulaires dont la musique est diffusée en direct ou durant des événements en direct. Elle ne veut pas que les services fournissent uniquement ce qu'ils ont en mains. Si on veut faire affaires dans le domaine de la musique au Canada, il faut fournir des renseignements sur son utilisation. La Commission devrait appliquer le principe établi voulant que si un renseignement est essentiel, l'utilisateur le fournit même s'il doit se le procurer ailleurs.

[239] Les services voudraient fournir uniquement ce dont ils disposent; surveiller l'utilisation de musique en direct n'est pas possible et ne rendrait pas les données plus fiables.

[240] La SCGDV demande que les services indiquent le temps d'exécution de chaque enregistrement sonore. Les services répondent qu'ils n'obtiennent pas toujours ce renseignement.

[241] In *CSI – Online Music Services*, the Board stated that users must supply essential information even if it means getting it from someone else, but added that information would have to be supplied only if available during the application period of the first tariff.<sup>83</sup> In this instance, information will need to be supplied only if available to the Service or to a third party from whom the Service is entitled to get the information. Since only available information will have to be provided, adding a requirement to report on live music or to supply the running time will not add unduly to the Services' reporting burden. Indeed, it will allow the Board and the Collectives to find out precisely how much information is available.

[242] The Services should expect to be required to supply all of the information that the Collectives need to effect distributions starting with the next tariffs. They should therefore adjust their data collecting practices as soon as possible, and require their programming partners to do the same.

[243] The Services are required to provide music use information for seven consecutive days every month. Other tariffs leave the choice of days to the Collectives. In this instance, the Services ask that the tariff provide that the information is supplied for the last seven days of each month. We grant this request.

[244] The tariff will provide that music use information must be filed in electronic format.

## **6. Audits**

[245] The Services asked that audits be limited to one per year. We will not do so. No other tariff so limits audits. Collectives must be able to re-audit a user if a first audit shows that the user is not complying with the tariff.

[241] Dans l'affaire *CSI – Services de musique en ligne*, la Commission a en effet conclu que l'utilisateur doit fournir un renseignement essentiel même s'il doit se le procurer ailleurs, tout en ajoutant que pour le premier tarif, les renseignements ne devraient être fournis que s'ils étaient disponibles.<sup>83</sup> En l'espèce, un service devra fournir un renseignement uniquement s'il le détient ou s'il a droit de l'obtenir d'un tiers. Puisqu'on ne devra fournir que ce dont on dispose, exiger qu'on fasse rapport de la musique en direct ou du temps d'exécution n'ajoutera pas beaucoup au fardeau administratif des services. Cela permettra d'ailleurs à la Commission et aux sociétés de gestion d'apprendre précisément quels renseignements sont disponibles.

[242] Les services devraient s'attendre à devoir fournir tout ce dont une société de gestion a besoin pour distribuer les redevances dès les prochains tarifs. Ils devraient donc modifier leurs pratiques de cueillette de données le plus tôt possible, et exiger que leurs partenaires en programmation en fassent autant.

[243] Les services doivent fournir des renseignements sur leur utilisation de musique sept jours consécutifs par mois. D'autres tarifs laissent le choix des journées à la société de gestion. Cette fois-ci, les services demandent que le tarif prescrive de fournir l'information pour les sept derniers jours de chaque mois. Nous faisons droit à cette demande.

[244] Le tarif prévoit que les renseignements sur l'utilisation de musique sont transmis électroniquement.

## **6. Vérifications**

[245] Les services demandent de limiter les vérifications à une par an. Nous ne le ferons pas. Aucun autre tarif n'impose une telle limite. Les sociétés de gestion doivent être en mesure de vérifier à nouveau un utilisateur si une première vérification démontre qu'il ne se conforme pas au tarif.

[246] A limit of sorts is imposed in joint tariffs by requiring collectives to share audit information. NRCC argued that it may sometimes be inappropriate to do so. We can think of no such scenario.

## **7. Confidentiality**

[247] Until recently, tariffs provided that a collective could share confidential information “if ordered by law or by a court of law”. In this tariff, as in the most recent retransmission tariffs, these words have been changed to “if required by law”. The previous language was unclear. Courts order but the law does not. “Required by law” is more usual English usage and includes a court order.

## **8. Transitional Provisions**

[248] The Services ask for six months to provide the information pertaining to the period from January, 2005 to the publication of the tariff, to allow them to adapt their computer systems. This is a new tariff with significant retrospective effect, targeting only two companies, both of which must get the information from third parties. Data gathering will take time, especially with respect to the number of each receiver model. Sirius adds that it may not have the receiver activation information for the whole tariff application period.

[249] The 60 to 90 day period the Collectives are proposing is too short. The Services will have roughly four months from the certification of the tariff to report information and pay royalties relating to past periods.

[250] We are as surprised as CSI to hear that Sirius might find it difficult to specify the type of receiver used by each subscriber, given that this formula was advanced in the testimony of its own General

[246] Une sorte de limite existe dans les tarifs conjoints, qui exigent que les sociétés de gestion partagent les renseignements obtenus lors d’une vérification. La SCGDV soutient qu’il pourrait parfois être déplacé de le faire. Nous ne pouvons concevoir une telle éventualité.

## **7. Traitement confidentiel**

[247] Jusqu’à tout récemment, les tarifs prévoyaient qu’une société de gestion pouvait faire part de renseignements confidentiels « si la loi ou une ordonnance d’un tribunal l’y oblige ». Dans le présent tarif, tout comme dans les derniers tarifs pour la retransmission, on a substitué à ces mots l’expression « si la loi l’y oblige ». L’expression antérieure comportait une redondance. C’est la loi qui oblige une personne à se conformer à l’ordonnance d’un tribunal.

## **8. Dispositions transitoires**

[248] Les services demandent six mois pour fournir les renseignements pour la période allant de janvier 2005 à la publication du tarif, de façon à pouvoir adapter leurs systèmes informatiques. Il s’agit d’un nouveau tarif dont l’effet rétrospectif est important, visant uniquement deux sociétés commerciales qui, toutes deux, doivent obtenir les renseignements de tiers. La cueillette de données prendra du temps, surtout en ce qui concerne le nombre de chaque type d’appareil récepteur. Sirius ajoute qu’elle pourrait ne pas disposer des données d’activation des appareils pour toute la période d’application du tarif.

[249] Les 60 à 90 jours que les sociétés de gestion proposent d’accorder sont trop peu. Les services disposeront d’environ quatre mois à partir de l’homologation du tarif pour fournir les renseignements et payer les redevances visant les périodes antérieures à l’homologation.

[250] Tout comme CSI, nous sommes surpris d’apprendre que Sirius pourrait avoir de la difficulté à préciser le type d’appareil utilisé par chaque abonné : c’est leur avocate générale qui a

Counsel, and given the assurances that Sirius had the data to make the distinction. Still, we have to account for that possibility by providing for the use of alternative information where actual data is unavailable. CSI's proposal that the highest rate apply is unreasonable, given that the more sophisticated models occupied only a modest share of the market at the time of the hearings. Instead, the tariff will provide that if the number of subscribers using a particular model is not available for a month, royalties are calculated using the same information for the next following month for which the information is available. Receivers get more sophisticated with time, thereby attracting higher royalties. A later number necessarily will overestimate the number of more sophisticated receivers for a previous month. That should be encouragement enough for the Services to find and provide the relevant information.

[251] As has become our common practice for new tariffs, a table sets out multiplying factors to be used on sums owed, derived using the previous month-end Bank Rate. Interest is not compounded. The amount owed for a month is the amount of the approved tariff multiplied by the factor set out for that period.

proposé la formule lors de son témoignage, et Sirius nous a assuré qu'elle disposait des données requises pour établir les distinctions. Cela dit, il nous faut tenir compte de cette éventualité en prévoyant l'utilisation d'autres renseignements si les véritables données ne sont pas disponibles. Il serait déraisonnable d'appliquer le taux le plus élevé, comme CSI le demande. Les modèles plus performants étaient très peu répandus au moment des audiences. Le tarif prévoit plutôt que si le nombre d'abonnés utilisant un modèle n'est pas disponible pour un mois, les redevances sont établies en fonction du nombre équivalent le premier mois suivant pour lequel ce nombre est disponible. Les appareils sont de plus en plus performants; ce faisant, ils attirent des redevances plus élevées. Un nombre pour une période postérieure surestime nécessairement la quantité d'appareils plus performants pour un mois antérieur. Cela devrait inciter suffisamment les services à trouver et à fournir les renseignements pertinents.

[251] Comme c'est devenu notre pratique courante pour des nouveaux tarifs, un tableau fournit les facteurs de multiplication qui seront appliqués aux sommes dues, établis en utilisant le taux officiel d'escompte de la Banque du Canada en vigueur le dernier jour du mois précédent. L'intérêt n'est pas composé. Le montant dû pour un mois donné est le montant des redevances établi conformément au tarif, multiplié par le facteur fourni pour cette période.

Le secrétaire général,



Claude Majeau  
Secretary General

## ENDNOTES

1. CSI's second filing purported to replace the earlier one. This raises legal and procedural issues which we need not address. The objectors, who represent all potential users under the tariff, did not challenge the second filing.
2. Grant Robertson, "XM Canada set to go at it alone, CEO says", *Globe and Mail*, (29 July 2008) B1.
3. Digital Media Distribution System.
4. Subsection 3(1) reads as follows:

For the purpose of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

(a) to produce, reproduce, perform or publish any translation of the work,

(b) in the case of a dramatic work, to convert it into a novel or other non-dramatic work,

(c) in the case of a novel or other non-dramatic work, or of an artistic work, to convert it into a dramatic work, by way of performance in public or otherwise,

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

(e) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to reproduce, adapt

## NOTES

1. Le second dépôt de CSI visait à remplacer le précédent. Ceci soulève des questions juridiques et de procédure que nous n'avons pas à trancher. Les opposantes, qui représentent tous les utilisateurs éventuels visés par le tarif, n'ont pas contesté le second dépôt.
2. Grant Robertson, "XM Canada set to go at it alone, CEO says", *Le Globe and Mail*, (29 juillet 2008) B1.
3. Système de distribution de médias numériques.
4. Le paragraphe 3(1) se lit comme suit :

Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;

b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;

c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

and publicly present the work as a cinematographic work,

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

(g) to present at a public exhibition, for a purpose other than sale or hire, an artistic work created after June 7, 1988, other than a map, chart or plan,

(h) in the case of a computer program that can be reproduced in the ordinary course of its use, other than by a reproduction during its execution in conjunction with a machine, device or computer, to rent out the computer program, and

(i) in the case of a musical work, to rent out a sound recording in which the work is embodied,

and to authorize any such acts.

5. *SODRAC Tariff 5 (Video-copies) for the Years 2004 to 2008*, [Board decision of June 24, 2005](#) at 7 [*SODRAC Video-copies*].
6. [1986] R.P.C. 273 (Ch. D.).
7. *Ibid.* at 275.
8. [2004] 2 S.C.R. 427 [*SOCAN v. CAIP (SCC)*].
9. *Ibid.* at para. 56; for cases supporting the general proposition that Canadian Courts, cognizant of international public law jurisprudence, are reluctant to take jurisdiction over matters that occur abroad, see also *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022 [*Tolofson (SCC)*]; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077 at 1095; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of*

e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une œuvre artistique – autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique – créée après le 7 juin 1988;

h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;

i) s'il s'agit d'une œuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore.

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

5. *Tarif 5 de la SODRAC (Vidéocopies) pour les années 2004 à 2008*, [décision de la Commission du 24 juin 2005](#) à la p. 7 [*SODRAC vidéocopies*].
6. [1986] R.P.C. 273 (Ch. D.).
7. *Ibid.* à la p. 275.
8. [2004] 2 R.C.S. 427 [*SOCAN c. ACFI (CSC)*].
9. *Ibid.* au para. 56; à l'appui de l'affirmation générale selon laquelle les tribunaux canadiens, conscients de la jurisprudence en droit international, sont réticents à exercer leur compétence sur ce qui se produit à l'étranger, voir aussi les arrêts *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022 [*Tolofson (SCC)*]; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 à la p. 1095; *Unifund Assurance*

- British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63 at paras. 59-61.
10. [1995] R.P.C. 657.
11. *Ibid.* at 660.
12. H. Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs*, 3<sup>rd</sup> ed. (London: Butterworths, 2000), vol. 2.
13. *Ibid.* at para. 34A.18.
14. 24 F. 3d 1088 (9<sup>th</sup> Circ. 1994).
15. *Supra* note 8 at para. 61.
16. *CAPAC v. CTV Television Network Ltd.*, [1968] S.C.R. 676 at paras. 6, 16.
17. [2002] 2 S.C.R. 336 at paras. 42-50 [*Théberge*].
18. This argument will not be addressed in the analysis, as it is not in the least pertinent to the contentious issues surrounding the programming copies.
19. This argument will not be addressed in the legal analysis, as it is not pertinent to the contentious issues surrounding the programming copies. However, a position taken at the stage of Interrogatories should not preclude a person from pursuing a legal issue that remains relevant.
20. In further support, CSI points to the fact that under the CRTC licence, the Satellite Services have undertaken to exercise control over the programming content delivered to Canadian customers; their undertaking does not extend to the creation of programming content however.
21. [2002] 4 F.C. 3 (C.A.) [*SOCAN v. CAIP (FCA)*].
- Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63 aux paras. 59-61.
10. [1995] R.P.C. 657.
11. *Ibid.* à la p. 660.
12. H. Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs*, 3<sup>e</sup> éd., London, Butterworths, 2000, vol. 2.
13. *Ibid.* au para. 34A.18.
14. 24 F. 3d 1088 (9<sup>e</sup> Circ. 1994).
15. *Supra* note 8 au para. 61.
16. *CAPAC c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676 aux paras. 6, 16.
17. [2002] 2 R.C.S. 336 aux paras. 42-50 [*Théberge*].
18. Cet argument ne sera pas examiné dans l'analyse, car il n'est pas pertinent aux questions en litige visant les copies de programmation.
19. Cet argument ne sera pas examiné dans l'analyse, car il n'est pas pertinent à l'égard des questions en litige visant les copies de programmation. Cela dit, personne ne devrait être empêché de développer une question juridique qui demeure pertinente à la suite d'une thèse établie au stade des demandes de renseignements.
20. Pour étayer davantage sa thèse, CSI souligne qu'en vertu de leur licence du CRTC, les services par satellite se sont engagés à contrôler le contenu de la programmation livrée aux clients canadiens; leur engagement ne s'étend pas toutefois à la création du contenu de la programmation.
21. [2002] 4 C.F. 3 (C.A.) [*SOCAN c. ACFI (CAF)*].

22. *Ibid.* at paras. 160-62; see also *Compo Co. Ltd. v. Blue Crest Music et al.*, [1980] 1 S.C.R. 357.
  23. *SOCAN v. CAIP (FCA)*, *ibid.* at para. 163.
  24. *Supra* note 5.
  25. *Supra* note 21; see also *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393 [*Moran*]; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (Ont. C.A.); *Disney Enterprises Inc. v. Click Enterprises Inc.* (2006), 267 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 291 (Ont. Sup. Ct.); *Tolofson (SCC)*, *supra* note 9; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.
  26. (1992), 89 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 129 (B.C.C.A.) [reversed in part by the Supreme Court of Canada but not on this point, *supra* note 9].
  27. *Ibid.* at 133.
  28. J. Walker. ed., Castel & Walker: *Canadian Conflict of Laws*, looseleaf, 6<sup>th</sup> ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005).
  29. *Ibid.* at 24-2.
  30. *Ibid.*
  31. *Ibid.*
  32. D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trademarks* (Essentials of Canadian Law Series) (Concord, Ont.: Irwin Law, 1997) at 13.
  33. *Supra* note 25 at 404.
  34. *Tolofson (SCC)*, *supra* note 9 at 1050-51.
  35. *SOCAN - Tarif 4 (Concerts) [Jurisdictional Issue]*, [Board decision of March 26, 2004](#) at 8-9.
22. *Ibid.* aux paras. 160-62; voir aussi *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et al.*, [1980] 1 R.C.S. 357.
  23. *SOCAN c. ACFI (CAF)*, *ibid.* au para. 163.
  24. *Supra* note 5.
  25. *Supra* note 21; voir aussi *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393 [*Moran*]; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3<sup>e</sup>) 20 (C.A. Ont.); *Disney Enterprises Inc. c. Click Enterprises Inc.* (2006), 267 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 291 (C.S. Ont.); *Tolofson (CSC)*, *supra* note 9; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.
  26. (1992), 89 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 129, (C.A.C.B.) [infirmé en partie par la Cour suprême du Canada, mais sur un autre point, *supra* note 9].
  27. *Ibid.* à la p. 133.
  28. J. Walker. dir., Castel & Walker: *Canadian Conflict of Laws*, feuilles mobiles, 6<sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2005.
  29. *Ibid.* à la p. 24-2.
  30. *Ibid.*
  31. *Ibid.*
  32. D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trademarks* (Essentials of Canadian Law Series), Concord (Ont.), Irwin Law, 1997 à la p. 13.
  33. *Supra* note 25 à la p. 404.
  34. *Tolofson (SCC)*, *supra* note 9 aux pp. 1050-51.
  35. *SOCAN - Tarif 4 (Concerts) [Question de compétence]*, [décision de la Commission du 26 mars 2004](#) aux pp. 8-9.

36. See Confidential Transcripts of December 7, 2007, Vol. 10 at 1774.
37. Kevin Garnett, Gillian Davies and Gwilym Harbottle, *Copinger and Skone James on Copyright*, 15<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 2005) [*Copinger and Skone James*].
38. [2001] FCA 1719 [*AVRA v. Warner*].
39. [2005] HCA 58 [*Stevens v. Kabushiki*].
40. Among other cases cited, see *Canadian Admiral Corp. Ltd. v. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex. C.R. 382 at paras. 19, 28 [*Canadian Admiral*]; *Théberge, supra* note 17 at para. 25; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 at para. 8 [*CCH*]; *Warner Brothers-seven Arts Inc. v. CESM-TV Ltd.* (1971), 65 C.P.R. 215 at 225 (Ex. Ct.).
41. *Supra* note 8 at paras. 115-16.
42. [2007] S.C.R. 21 at paras. 79-81 [*Euro-Excellence*].
43. *EROS - Équipe de Recherche Opérationnelle en Santé inc. v. Conseillers en Gestion et Informatique C.G.I. inc.* (2004), 35 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 105 at para. 113. (F.C.T.D.) [*EROS-Équipe*].
44. 478 F.Supp. 2d 607 at 621-22 (S.D.N.Y. 2007) [*Cablevision*].
45. *SOCAN - Tariff 22.A (Internet - Online Music Services) for the Years 1996 to 2006*, [Board decision of October 18, 2007](#) at para. 95 [*SOCAN 22.A*].
46. *Supra* note 8 at paras. 113-19.
47. [Tariff certified by the Copyright Board](#), published in the *Canada Gazette*, March 31, 2007.
36. Voir transcriptions confidentielles du 7 décembre 2007, Vol. 10 à la p. 1774.
37. Kevin Garnett, Gillian Davies and Gwilym Harbottle, *Copinger and Skone James on Copyright*, 15<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005 [*Copinger and Skone James*].
38. [2001] FCA 1719 [*AVRA v. Warner*].
39. [2005] H.C. Austr. 58 [*Stevens v. Kabushiki*].
40. Ils citent entre autres *Canadian Admiral Corp. Ltd. c. Rediffusion Inc.*, [1954] R.C.É. 382, aux paras. 19, 28 [*Canadian Admiral*]; *Théberge, supra* note 17 au para. 25; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, au para. 8 [*CCH*]; *Warner Brothers-seven Arts Inc. c. CESM-TV Ltd.* (1971), 65 C.P.R. 215 à la p. 225 (C. Éch.).
41. *Supra* note 8 aux paras. 115-16.
42. [2007] R.C.S. 21 aux paras. 79-81 [*Euro-Excellence*].
43. *EROS - Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.* (2004), 35 C.P.R. (4<sup>e</sup>) 105 au para. 113 (C.F. 1<sup>re</sup> Ins.) [*EROS-Équipe*].
44. 478 F.Supp. 2d 607 aux pp. 621-22 (S.D.N.Y. 2007) [*Cablevision*].
45. *SOCAN - Tarif 22.A (Internet - Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006*, [décision de la Commission du 18 octobre 2007](#) au para. 95 [*SOCAN 22.A*].
46. *Supra* note 8 aux paras. 113-19.
47. [Tarif homologué par la Commission du droit d'auteur](#), publié dans la *Gazette du Canada*, 31 mars 2007.

48. *Supra* note 37 at para. 7-19.
49. *Ibid.*
50. Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, 3rd ed. (New York: Kluwer Law, 2006) (2007 Supplement) at 7:9 ¶ 7.02.
51. (1995), 62 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.).
52. *Ibid.* at 268.
53. *Canadian Admiral*, *supra* note 40 at 394; see also J.S. McKeown, *Fox on Copyright and Industrial Designs*, looseleaf, 4<sup>th</sup> ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2007) at 9-3; Copinger and Skone James, *supra* note 37 at para. 3-79.
54. *Supra* note 43.
55. [1994] F.S.R. 723 (H.C.J.-C.H.).
56. *Supra* note 45.
57. *Supra* note 43.
58. There are some more sophisticated receiver models that provide wireless Internet delivery. The Stiletto unit, which is equipped with a WiFi receiver, is such an example. In this case, a small temporary copy is stored to allow the actual stream to be delivered on that device and on the computer as well. With that same receiver, subscribers are able to purchase musical works online to upload them onto the device. Basically, certain models are hybrids; in addition to being satellite radio receivers, they also serve as MP3s. The evidence suggests that it is a very small minority of subscribers who own the more sophisticated models. This service, or its resulting copies, was not discussed by the parties in their legal arguments.
59. Including *Théberge*, *supra* note 17; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363;
48. *Supra* note 37 au para. 7-19.
49. *Ibid.*
50. Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, 3<sup>e</sup> éd., (New York, Kluwer Law, 2006) (supplément 2007) à la p. 7:9 ¶ 7.02.
51. (1995), 62 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 257 (C.F. 1<sup>re</sup> Ins.).
52. *Ibid.* à la p. 268.
53. *Canadian Admiral*, *supra* note 40 à la p. 394; voir aussi J.S. McKeown, *Fox on Copyright and Industrial Designs*, feuilles mobiles, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007 à la p. 9-3; Copinger and Skone James, *supra* note 37 au para. 3-79.
54. *Supra* note 43.
55. [1994] F.S.R. 723 (H.C.J.-C.H.).
56. *Supra* note 45.
57. *Supra* note 43.
58. Des modèles disponibles de récepteurs plus perfectionnés procurent une livraison Internet sans fil. L'unité Stiletto, équipée d'un récepteur WiFi, en est un exemple. Dans ce cas, une petite copie temporaire est stockée pour permettre à la diffusion réelle d'être livrée dans l'appareil et dans l'ordinateur aussi. Avec ce même récepteur, les abonnés peuvent acheter des œuvres musicales en ligne pour les télécharger en amont dans l'appareil. Essentiellement, certains modèles sont hybrides; en plus d'être des récepteurs de radio satellitaire, ils servent aussi de lecteurs MP3. La preuve semble indiquer qu'une infime minorité d'abonnés possède les modèles les plus perfectionnés. Ce service, ou les copies qui en résultent, n'a pas été examiné par les parties dans leur argument juridique.
59. Dont *Théberge*, *supra* note 17; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363;

- SOCAN v. CAIP (SCC)*, *supra* note 8; and *Euro-Excellence*, *supra* note 42.
60. Board decision of March 16 2007 at para. 103 [*CSI – Online Music Services*].
61. *Supra* note 45.
62. *Supra* note 60.
63. [1953] 2 S.C.R. 182 [*Muzak*].
64. [1945] 1 A.C. 108 (P.C.).
65. [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.).
66. [1993] 3 F.C. 227 (T.D.).
67. *Ibid.* at 239, citing *CBS v. Ames Records and Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 at 821 (Ch. D.).
68. *Supra* note 63 at paras. 36-38.
69. *CCH*, *supra* note 40 at para. 38.
70. *Supra* note 8 at para. 122.
71. *Canadian Cable Television Association v. Canada (Copyright Board) (CA)*, [1993] 2 F.C. 138 at 154-56 (C.A.) [*CCTA*].
72. *Supra* note 8 at para. 124.
73. *Supra* note 71 at 155-56.
74. *CCH*, *supra* note 40 at paras. 48-60.
75. *Supra* note 45 at paras. 101-16.
76. Potential subscribers can also sample satellite radio services by the following means: first non-subscribers can sample programming online for a limited one-time listening trial; second, prizes offered at special events that are accompanied by a free three-month
- SOCAN c. ACFI (CSC)*, *supra* note 8; et *Euro-Excellence*, *supra* note 42.
60. Décision de la Commission du 16 mars 2007 au para. 103 [*CSI – Services de musique en ligne*].
61. *Supra* note 45.
62. *Supra* note 60.
63. [1953] 2 R.C.S. 182 [*Muzak*].
64. [1945] 1 A.C. 108 (P.C.).
65. [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.).
66. [1993] 3 C.F. 227 (1<sup>re</sup> Ins.).
67. *Ibid.* à la p. 239, citant *CBS c. Ames Records and Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 à la p. 821 (Ch. D.).
68. *Supra* note 63 aux paras. 36-38.
69. *CCH*, *supra* note 40 au para. 38.
70. *Supra* note 8 au para. 122.
71. *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) (CA)*, [1993] 2 C.F. 138 aux pp. 154-56. (C.A.) [*ACTC*].
72. *Supra* note 8 au para. 124.
73. *Supra* note 71 aux pp. 155-56.
74. *CCH*, *supra* note 40 aux paras. 48-60.
75. *Supra* note 45 aux paras. 101-16.
76. Les abonnés potentiels peuvent aussi échantillonner des services de radio par satellite de la façon suivante : premièrement, les non-abonnés peuvent échantillonner des émissions en ligne pendant l'essai d'une seule période limitée de temps d'écoute; deuxièmement, par

- subscription; third, on-site sampling opportunities for the duration of certain special events.
77. *Supra* note 45 at paras. 101-16.
78. The rates we certify have two decimals. Calculations that are indicated could however lead to slightly different results, because of rounding effect.
79. This ratio was not set as such in either *SOCAN 22.A*, *supra* note 45 or in *CSI – Online Music Services*, *supra* note 60. Rather, it results from the decision to keep constant the total rate payable to CSI and SOCAN. Furthermore, in *CSI – Online Music Services*, the Board expressed reservations about the validity of the approach it used to set the rate: see para. 98. That being said, the rates and the attending ratios now exist. The Board’s reservations do not mean that the ratios are *per se* unreliable. The fact that the resulting ratios are near those that the International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) recommends only serves to confirm that they are probably fair: see *SOCAN 22.A* at para. 165.
80. Final Determination of Rates and Terms for Preexisting Subscription Services and Satellite Digital Audio Radio Services, [Docket No. 2006-1 CRB DSTR], June 10, 2008.
81. *Supra* note 60 at para. 138.
82. *Supra* note 45 at para. 118.
83. *Supra* note 60 at paras. 148-49.
- des prix offerts lors d’événements spéciaux, lesquels sont jumelés à un abonnement gratuit de trois mois; troisièmement, par des occasions d’échantillonnage sur place pendant la durée de certains événements spéciaux.
77. *Supra* note 45 aux paras. 101-16.
78. Les taux que nous homologuons comportent deux décimales. Les calculs indiqués pourraient toutefois ne pas correspondre exactement aux résultats à cause des effets d’arrondissement.
79. Ce ratio n’a pas été établi en tant que tel ni dans *SOCAN 22.A*, *supra* note 45, ni dans *CSI – Services de musique en ligne*, *supra* note 60. Il découle plutôt de la décision de tenir constant le total des taux payables à CSI et à la SOCAN. D’ailleurs, dans l’affaire *CSI – Services de musique en ligne*, la Commission avait exprimé des réserves par rapport à la façon dont le taux avait été établi : voir para. 98. Cela dit, les taux et les ratios qui en découlent existent désormais. Les réserves que la Commission a formulées ne font pas en sorte que les ratios sont intrinsèquement peu fiables. Le fait qu’ils se rapprochent de ceux que recommande la Confédération internationale des sociétés d’auteurs et de compositeurs (CISAC) soutient l’hypothèse selon laquelle ces ratios sont sans doute équitables : voir *SOCAN 22.A* au para. 165.
80. *Final Determination of Rates and Terms for Preexisting Subscription Services and Satellite Digital Audio Radio Services*, [Docket No. 2006-1 CRB DSTR], décision du 10 juin 2008.
81. *Supra* note 60 au para. 138.
82. *Supra* note 45 au para. 118.
83. *Supra* note 60 aux paras. 148-49.

TABLE / TABLEAU

**Full and Certified Rates (as a Percentage of Total Revenues)**  
**Pleins taux et taux homologués (en pourcentage des revenus totaux)**

	Full rates/ Pleins taux	Certified rates/Taux homologués					
		2005	2006	2007	2008	2009	2010
<b>SOCAN</b>	4.26%	3.19%	3.19%	3.19%	3.83%	3.83%	
<b>NRCC/SCGDV</b>	1.18%	-	-	0.89%	1.07%	1.07%	1.18%
<b>CSI</b>							
. Programming (with play copies)/Programmation (avec copies de diffusion)*	0.10%	-	0.07%	0.07%	0.09%	0.09%	
. Extended buffer and replay/Tampon prolongé et écoute différée	1.87%	-	1.40%	1.40%	1.69%	1.69%	
. Storing individual songs and block programming/Stockage de pistes individuelles et de blocs de programmation	2.90%	-	2.17%	2.17%	2.61%	2.61%	
<b>TOTAL</b>							
. Receiver with no copying functionality (with play copies)/Appareil ne pouvant copier (avec copies de diffusion)	5.54%	3.19%	3.26%	4.15%	4.99%	4.99%	
. Receiver with extended buffer and replay/Appareil avec tampon prolongé et écoute différée	7.41%	3.19%	4.66%	5.55%	6.68%	6.68%	
. MP3-like receiver/Appareil de type MP3 **	10.31%	3.19%	6.83%	7.72%	9.29%	9.29%	
<b>TOTAL (Average/Moyen) ***</b>	6.19%	3.19%	3.75%	4.64%	5.58%	5.58%	

\* A 95% discount applies to this rate when no play copies are being made/Un escompte de 95 % s'applique à ce taux lorsque aucune copie de diffusion n'est effectuée.

\*\* Assuming that the receiver is also enabled for extended buffer and replay/Si l'appareil possède aussi les fonctions de tampon prolongé et d'écoute différée.

\*\*\* Assuming that 30% of subscribers have receivers with buffer and replay functions, and 3% have MP3-like receivers/Si 30 % des abonnés possèdent un appareil équipé des fonctions tampon et écoute différée, et 3 % possèdent un appareil de type MP3.