

2014 FCA 84 A-516-12	2014 CAF 84 A-516-12
Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada (<i>Applicant</i>)	Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
SODRAC 2003 Inc.	SODRAC 2003 Inc.
and	et
Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (<i>Respondents</i>)	Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (<i>défenderesses</i>)
A-527-12	A-527-12
Astral Media Inc. (<i>Applicant</i>)	Astral Media Inc. (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (<i>Respondent</i>)	Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (<i>défenderesse</i>)
A-63-13	A-63-13
Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada (<i>Applicant</i>)	Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation (<i>demanderesse</i>)
v.	c.
SODRAC 2003 Inc.	SODRAC 2003 Inc.
and	et
Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (<i>Respondents</i>)	Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (<i>défenderesses</i>)
INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORPORATION v. SODRAC 2003 INC.	RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. SODRAC 2003 INC.
Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.—Montréal, October 1, 2013; Ottawa, March 31, 2014.	Cour d'appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Montréal, 1 ^{er} octobre 2013; Ottawa, 31 mars 2014.

Editor's Note: Leave to appeal this decision to the Supreme Court of Canada was granted September 4, 2014.

Copyright — Consolidated judicial reviews of Copyright Board of Canada decisions made under Copyright Act, s. 70.2 settling terms of licence to be granted to Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio Canada (CBC), Astral Media Inc. (collectively, the Broadcasters) by collective society (SODRAC) administering reproduction rights — Terms of licence reflecting Board's view that royalties payable with respect to ephemeral copies of works made by Broadcasters in normal course of production or broadcasting activities thereof — Broadcasters arguing that, based on recent Supreme Court of Canada decision (Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada), ephemeral copies should no longer attract royalties; seeking to set aside several terms of licence issued thereto — CBC, SODRAC previously concluding agreement setting terms upon which CBC authorized to use works from SODRAC's repertoire on radio, television, etc. — While agreement renewed before, parties currently unable to agree on renewal terms — Whether Board's analysis contrary to principle of technological neutrality established by case law; whether Board failing to carry out or to properly carry out role as economic regulator; whether Board exceeding jurisdiction when imposing general licence on Broadcasters notwithstanding latter's expressed preference for transaction-based licences in event Board ordering payment of royalties for ephemeral reproductions; whether Board failing to consider relevant factor when refusing to consider CBC's liability to pay when fixing licence fees which were substantially more than what CBC historically paying — Broadcasters' argument that copy-dependent technology not adding value to enterprise constituting economic argument — Board's conclusion thereon based on evidentiary foundation; thus, conclusion could not be interfered with — Board's decision not failing to comply with principle of technological neutrality — Fundamental distinction between reproduction and performance previously articulated by S.C.C. in Bishop v. Stevens reaffirmed in Entertainment — Board not authorized to create category of reproductions or copies which would cease to be protected by Act — All of Board's conclusions as economic regulator intelligible, within range of acceptable outcomes, based on evidence before it — Board not exceeding jurisdiction when imposing blanket synchronization licence on CBC — However, discount formula Board establishing flawed, needing to be corrected to work as intended — Finally, Board not failing to consider relevant factor when refusing to consider CBC's ability to pay when fixing licence fees that were substantially greater than those CBC previously paying — Applications allowed in part.

Note de l'arrêtiste : La demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été accordée le 4 septembre 2014.

Droit d'auteur — Demandes de contrôle judiciaire fusionnées en une seule de décisions de la Commission du droit d'auteur du Canada rendues en vertu de l'article 70.2 de la Loi sur le droit d'auteur par laquelle elle a fixé les modalités afférentes à une licence devant être accordée à la Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation (SRC), Astral Media Inc. (collectivement, les télédiffuseurs) par une société de gestion (SODRAC) chargée de l'administration des droits de reproduction de ses membres — Les modalités de la licence ont été établies en fonction de l'avis de la Commission voulant que des redevances soient payables à l'égard des copies éphémères d'œuvres faites par les télédiffuseurs dans le cours normal de leurs activités de production ou de diffusion — Les télédiffuseurs ont soutenu que, à la lumière d'un arrêt récent de la Cour suprême du Canada (Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique), les copies éphémères ne devraient plus donner droit à des redevances et ont demandé l'annulation d'un certain nombre des modalités assortissant la licence qui lui a été accordée aux termes de la décision — La SRC et la SODRAC avaient auparavant conclu une entente fixant les conditions auxquelles la SRC pouvait utiliser les œuvres du répertoire de la SODRAC à la radio, à la télévision, etc. — Bien que l'entente ait été renouvelée antérieurement, les parties ne peuvent s'entendre actuellement quant aux modalités du renouvellement — Il s'agissait de savoir si l'analyse de la Commission était contraire au principe de la neutralité technologique établi par la jurisprudence; si la Commission ne s'est pas acquittée, ou s'est mal acquittée, de son rôle d'organisme de réglementation économique; si la Commission a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence générale aux télédiffuseurs malgré qu'ils aient expressément dit préférer les licences transactionnelles si la Commission ordonnait le paiement de redevances pour les reproductions éphémères; si la Commission a ignoré un facteur pertinent lorsqu'elle a refusé de tenir compte de la capacité de payer de la SRC au moment de fixer des droits de licence qui étaient substantiellement plus élevés que ceux qu'avait versés la SRC par le passé — La conclusion des télédiffuseurs voulant que l'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies n'ajoute pas à la valeur de l'entreprise était un argument essentiellement économique — La conclusion de la Commission à cet égard reposait sur un fondement probant; par conséquent, la conclusion ne pouvait être modifiée — La décision de la Commission n'omettait pas de donner effet au principe de la neutralité technologique — L'arrêt Entertainment a réaffirmé la distinction fondamentale entre la reproduction et l'exécution ou la représentation qu'a établie

la C.S.C. dans l'arrêt Bishop c. Stevens — La Commission n'était pas autorisée à créer une catégorie de reproductions ou de copies qui cesserait d'être protégée par la Loi — Toutes les conclusions de la Commission à titre d'organisme de réglementation économique étaient intelligibles et appartenaient aux issues acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — La Commission n'a pas outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence générale à la SRC — La formule de calcul de l'escompte établie par la Commission était bancaire et devait être corrigée pour avoir l'effet voulu — Enfin, la Commission n'a pas ignoré un facteur pertinent lorsqu'elle a refusé de tenir compte de la capacité de payer de la SRC au moment de fixer des droits de licence qui étaient substantiellement plus élevés que ceux qu'avait versés la SRC par le passé — Demandes accueillies en partie.

These were three consolidated applications for judicial review of decisions of the Copyright Board of Canada under section 70.2 of the *Copyright Act* settling the terms of a licence to be granted to two broadcasters, the Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio Canada (CBC) and Astral Media Inc. (collectively, the Broadcasters) by a collective society (SODRAC), which administers reproduction rights. The terms of the licence reflected the Board's view that royalties were payable with respect to ephemeral copies of works made by the Broadcasters in the normal course of their production or broadcasting activities. Ephemeral copies are copies or reproductions that exist only to facilitate a technological operation by which audiovisual work is created or broadcasted. The Broadcasters argued that based on a recent Supreme Court of Canada decision (*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*)(*Entertainment*), ephemeral copies should no longer attract royalties and they sought to set aside several terms of the licence issued thereto pursuant to the Board's decision.

The dispute arose out of a particular historical context regarding the making of ephemeral copies for broadcasting purposes. In 1992, the CBC and SODRAC concluded an agreement setting the terms upon which the CBC was authorized to use the works from SODRAC's repertoire on radio, television and for other purposes. The agreement was renewed from time to time but since SODRAC's practices changed, they were unable to agree on the renewal terms. SODRAC then seized the Board under section 70.2 regarding this issue in relation to both Broadcasters. The Broadcasters argued, *inter alia*, that the normal practice in the industry is for the producer of an audiovisual work to obtain a through-the-viewer licence from the rights holder. Such a licence authorizes all copies of a musical work made by the producer

Il s'agissait de trois demandes de contrôle judiciaire fusionnées en une seule de décisions de la Commission du droit d'auteur du Canada rendues en vertu de l'article 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* par laquelle elle fixait les modalités afférentes à une licence devant être accordée à la Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation (SRC), Astral Media Inc. (collectivement, les télédiffuseurs) par une société de gestion (SODRAC) chargée de l'administration des droits de reproduction de ses membres. Les modalités de la licence ont été établies en fonction de l'avis de la Commission voulant que des redevances soient payables à l'égard des copies éphémères d'œuvres faites par les télédiffuseurs dans le cours normal de leurs activités de production ou de diffusion. Les copies éphémères sont des copies ou des reproductions dont le seul but est de faciliter une activité technologique qui entre dans la création ou la diffusion d'une œuvre audiovisuelle. Les télédiffuseurs ont soutenu que, à la lumière d'un arrêt récent de la Cour suprême du Canada (*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*) (*Entertainment*), les copies éphémères ne devraient plus donner droit à des redevances et ont demandé l'annulation d'un certain nombre des modalités assortissant la licence qui leur a été accordée aux termes de la décision de la Commission.

Le litige découlait d'un contexte historique particulier en ce qui a trait à l'autorisation de faire des copies éphémères à des fins de diffusion. En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente fixant les conditions auxquelles la SRC pouvait utiliser les œuvres du répertoire de la SODRAC à la radio, à la télévision et à d'autres fins. Cette entente a été renouvelée périodiquement, mais comme les pratiques de la SODRAC avaient changé, les parties n'ont pu s'entendre au moment du renouvellement. La SODRAC s'est appuyée sur l'article 70.2 de la Loi pour saisir la Commission de la question relativement aux deux télédiffuseurs. Les télédiffuseurs affirmaient, entre autres, que c'est normalement au producteur d'une œuvre audiovisuelle qu'il appartient d'obtenir une licence libre de tous droits auprès du titulaire des droits

or others in the course of delivering the audiovisual work to the ultimate consumer. As against this model, SODRAC has adopted a layered approach to licensing in which each link in the distribution chain must acquire (and pay for) the right to make the copies required for its commercial purposes.

The Board found that liability to pay royalties is imposed by the Act and is based upon use of the protected material. As a result, the Board cannot relieve a user of protected material from the financial consequences of that use. As to SODRAC's licensing practices, the Board concluded that SODRAC had issued few, if any, through-to-the-viewer licences. To the extent that SODRAC issued licences granting the licensee the right to authorize others to reproduce protected works, that right generally resided with the broadcaster not with the producer. Thus, the CBC's licence from SODRAC covered synchronization in audiovisual works commissioned by the CBC from independent producers. The Board also analysed the economic value of reproduction rights in the hands of broadcasters and producers on the basis of two fundamental propositions: (a) the copy-dependent technologies adopted by producers and broadcasters add value to their businesses and (b) the Board cannot force SODRAC to issue through-to-the-viewer licences. It then set the financial terms of the licences to the Broadcasters and addressed the quantification of the fees to be paid thereby under various headings.

The main issues were whether copy-dependent technology adds value to an enterprise; whether the Board's analysis flew in the face of the principle of technological neutrality established by the *Entertainment* decision; whether the Board failed to carry out or to properly carry out its role as economic regulator by wrongly deciding a number of questions that arose before it in the course of its decision; whether the Board exceeded its jurisdiction when it imposed a general licence on the Broadcasters notwithstanding the latter's expressed preference for transaction-based licences in the event that the Board ordered the payment of royalties for ephemeral reproductions; and whether the Board failed to consider a relevant factor when it refused to take into account the CBC's liability to pay when fixing licence fees that were substantially more than those which the CBC has paid historically.

Held, the applications should be allowed in part.

concernés. Cette licence autorise toute copie d'une œuvre musicale par le producteur ou d'autres personnes servant à livrer l'œuvre audiovisuelle au consommateur dans le marché visé. Par contre, la SODRAC a adopté une approche à plusieurs niveaux où chaque maillon de la chaîne de distribution doit acquérir (et payer) le droit de faire les copies nécessaires pour réaliser ses objectifs commerciaux.

La Commission a conclu que l'obligation de verser des redevances est imposée par la Loi et tient à l'utilisation de matériel protégé. Ainsi, la Commission ne peut exempter un utilisateur de matériel protégé des conséquences financières de cette utilisation. Quant aux pratiques de la SODRAC en matière d'octroi de licences, la Commission a conclu que celle-ci n'avait délivré que très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits. Dans la mesure où la SODRAC avait octroyé des licences accordant à leur titulaire le droit de permettre à d'autres de reproduire des œuvres protégées, ce droit était accordé au télédiffuseur, non au producteur. Par conséquent, la licence que la SRC a obtenue de la SODRAC portait sur la synchronisation dans des œuvres audiovisuelles commandées par la SRC auprès de producteurs indépendants. La Commission s'est ensuite livrée à une analyse de la valeur économique des droits de reproduction détenus par les télédiffuseurs et les producteurs, analyse qu'elle a fondée sur deux propositions générales : a) l'adoption par les producteurs et les télédiffuseurs de technologies nécessitant la réalisation de copies ajoute à la valeur de leur entreprise et b) la Commission ne peut forcer la SODRAC à octroyer des licences libres de tous droits. La Commission a alors fixé plus en détail les modalités financières des licences octroyées aux télédiffuseurs, puis elle s'est employée, sous différentes rubriques, à déterminer les droits à payer par ces derniers.

Les questions principales constituaient à savoir si l'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies ajoute à la valeur de l'entreprise; si l'analyse de la Commission est contraire au principe de la neutralité technologique établi par l'arrêt *Entertainment*; si la Commission ne s'est pas acquittée, ou s'est mal acquittée, de son rôle d'organisme de réglementation économique lorsqu'elle a tiré des conclusions erronées sur un certain nombre de questions qu'elle a dû trancher pour arriver à sa décision; si la Commission a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence générale aux télédiffuseurs malgré qu'ils aient expressément dit préférer les licences transactionnelles si la Commission ordonnait le paiement de redevances pour les reproductions éphémères; et si la Commission a ignoré un facteur pertinent lorsqu'elle a refusé de tenir compte de la capacité de payer de la SRC au moment de fixer des droits de licence qui étaient substantiellement plus élevés que ceux qu'avait versés la SRC par le passé.

Jugement : les demandes doivent être accueillies en partie.

The Broadcasters submitted that copy-dependent technology did not add value to an enterprise and, as a result, there was no additional value to share with artists who bear none of the costs of acquiring and maintaining the new technology. This, however, was an economic argument on which the Board heard extensive evidence before it made a conclusion for which there was an evidentiary foundation; therefore, this conclusion could not be interfered with.

The Board's decision did not fail to give effect to the principle of technological neutrality articulated by the Supreme Court's decision in *Entertainment* as argued by the Broadcasters. The fundamental distinction between reproduction and performance (communication to the public by telecommunication) previously articulated by the Supreme Court in *Bishop v. Stevens* was reaffirmed in *Entertainment*. The Board was not authorized to create a category of reproductions or copies which, by their association with broadcasting, would cease to be protected by the Act.

Regarding the Board's role as economic regulator, the Board concluded, in particular, that through-to-the-viewer licensing exists in the relevant market of the province of Quebec but is not the norm. This conclusion was based on evidence, was intelligible and was within the range of acceptable outcomes having regard to the facts and the law.

As to whether the Board exceeded its jurisdiction when it imposed a blanket synchronization licence on the CBC, the CBC's argument was based on the wording of section 70.2 of the Act, which permits the Board to set the terms of a licence between two parties as opposed to fixing a tariff. The CBC's argument that the Board could impose a blanket licence with its consent but not without it was rejected. This would be at odds with the objective of section 70.2, which is to resolve disputes that the parties have been unable to resolve themselves. With respect to the discount formula, which is designed to give the Broadcasters credit when they broadcast a program in which the producer has in fact obtained a through-to-the-viewer licence from SODRAC, the Board explained that if all the programs using music from the SODRAC repertoire in a given month were cleared through-to-the-viewer, then the formula should result in a discount equal to the total royalties otherwise payable for that month. Such a result is contrary to law, in the sense that royalties are not payable where the rights to use the music have already been cleared. The Board recognized this when it proposed the formula as a means of allowing the broadcaster an exemption for cleared to the viewer programs. The Broadcasters were thus correct to say that the formula was flawed and needed to be corrected to work as intended.

Les télédiffuseurs ont affirmé que l'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies n'ajoute pas à la valeur de l'entreprise, et que pour cette raison, il n'y a aucune valeur ajoutée à partager avec les artistes qui, incidemment, ne déboursent rien pour l'acquisition et l'entretien de ces nouvelles technologies. Il s'agissait là d'un argument essentiellement économique, à propos duquel la Commission a entendu de nombreux témoignages avant d'arriver à une conclusion qui repose sur un fondement probant. La Cour ne pouvait donc pas modifier cette conclusion.

La décision de la Commission n'a pas omis de donner effet au principe de la neutralité technologique formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Entertainment* comme l'ont fait valoir les télédiffuseurs. L'arrêt *Entertainment* réaffirme la distinction fondamentale entre la reproduction et l'exécution ou la représentation (communication au public par télécommunication) qu'a établie la Cour dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*. La Commission n'était pas autorisée à créer une catégorie de reproductions ou de copies qui, en raison de leur association avec la diffusion, cesserait d'être protégée par la Loi.

En ce qui concerne le rôle de la Commission en tant qu'organisme de réglementation, la Commission a conclu en particulier que les licences libres de tous droits existent sur le marché le plus pertinent, soit la province de Québec, mais ne constituent pas la norme. La Commission s'est fondée sur la preuve pour tirer sa conclusion, laquelle était intelligible et appartenait aux issues acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Quant à savoir si la Commission a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence générale à la SRC, l'argument de la SRC reposait sur le libellé de l'article 70.2 de la Loi, qui autorise la Commission à fixer les modalités d'une licence convenue entre deux parties, et non à fixer un tarif. L'argument de la SRC selon lequel la Commission pouvait imposer une licence générale si elle y consentait, mais qu'elle ne pouvait le faire sans son consentement a été rejeté. Une telle proposition contredirait l'objet de l'article 70.2, qui est de régler les différends que les parties n'ont pu régler elles-mêmes. Quant à la question de la formule de calcul de l'escompte, qui vise à accorder aux télédiffuseurs un crédit pour la diffusion d'une émission à l'égard de laquelle le producteur a obtenu une licence libre de tous droits de la SODRAC, la Commission a expliqué que si toutes les émissions utilisant de la musique du répertoire de la SODRAC au cours d'un mois étaient libres de tous droits, la formule devrait alors donner lieu à un escompte équivalant au total des redevances autrement payables pour le mois en question. Ce résultat est contraire à la loi, en ce sens que des redevances ne doivent pas être versées lorsque les droits relatifs à l'utilisation de la musique ont déjà été affranchis. La Commission l'a reconnu lorsqu'elle a proposé la formule comme façon d'accorder une exemption aux télédiffuseurs pour les

The Board did not fail to consider a relevant factor when it refused to take into account the CBC's ability to pay when fixing licence fees that were substantially more than those which the CBC has paid historically. The CBC is a publicly funded broadcaster whose basic allocation is voted by Parliament. If the CBC is not properly funded, it is not the role of the artists whose works it uses in its broadcasts and productions to make up the shortfall by accepting less than the economic value of their rights under the Act. The Board's role as economic regulator does not extend to protecting the CBC from the cost consequences of the programming choices it makes.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3, 30.9, 70.2.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d).

CASES CITED

FOLLOWED:

Bishop v. Stevens, [1990] 2 S.C.R. 467, (1990), 72 D.L.R. (4th) 97.

CONSIDERED:

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231, revg 2010 FCA 221, 323 D.L.R. (4th) 62, affg *sub nom. Tariff No. 22.A (Internet—Online Music Services) 1996-2006*, file: Public Performance of Musical Works, online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1990] 3 F.C. 489, (1990), 30 C.P.R. (3d) 262 (T.D.), affd [1993] 2 F.C. 115, (1993), 99 D.L.R. (4th) 216 (C.A.); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] S.C.R. 676, (1968), 68 D.L.R. (2d) 98; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, (1989), 60 D.L.R. (4th) 682.

émissions libres de tous droits. Les télédiffuseurs avaient alors raison de dire que la formule était bancale et qu'elle devait être corrigée pour avoir l'effet voulu.

La Commission n'a pas ignoré un facteur pertinent lorsqu'elle a refusé de tenir compte de la capacité de payer de la SRC au moment de fixer des droits de licence qui étaient substantiellement plus élevés que ceux qu'avait versés la SRC par le passé. La SRC est un télédiffuseur financé par des fonds publics dont les crédits sont votés par le Parlement. Si la SRC n'est pas correctement financée, les artistes dont elle utilise le travail pour ses émissions et productions n'ont pas à combler le manque à gagner en acceptant des redevances inférieures à celles auxquelles ils ont droit en vertu de la Loi. Le rôle de la Commission en tant qu'organisme de réglementation économique ne s'étend pas à chercher à protéger la SRC des conséquences pécuniaires de ses choix d'émissions.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3, 30.9, 70.2.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)(d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Bishop c. Stevens, [1990] 2 R.C.S. 467.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, infirmant 2010 CAF 221, confirmant *sub nom. ; Tarif no 22.A (Internet — Services de musique en ligne) 1996-2006*, dossier : Exécution publique d'œuvres musicales, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *CTV Television Network Ltd. c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1990] 3 C.F. 489 (1^{re} inst.), conf. par [1993] 2 C.F. 115 (C.A.); *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 676; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

REFERRED TO:

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326.

APPLICATIONS for judicial review of decisions (*Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada v. Canadian Broadcasting Corporation, and les Chaînes Télé Astral and Teletoon*, files: 70.2-2008-01; 70.2-2008-02; *Reproduction of Musical Works*, online <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>; *Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada v. Canadian Broadcasting Corporation*, file: 70.2-2012-01, online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>) of the Copyright Board of Canada under section 70.2 of the *Copyright Act* settling the terms of a licence to be granted to the CBC and Astral Media Inc. by SODRAC, a collective society which administers reproduction rights. Applications allowed in part.

APPEARANCES

Marek Nitoslowski and *Karine Joizil* for applicant Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada in A-516-12 and A-63-13 and for applicant Astral Media Inc. in A-527-12.

Colette Matteau and *Lisane Bertrand* for respondents SODRAC 2003 Inc. and Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. in A-516-12 and A-63-13 and for respondent Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. in A-527-12.

SOLICITORS OF RECORD

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for applicant Canadian Broadcasting Corporation/

DÉCISIONS CITÉES :

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326.

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions (*Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada c. Société Radio-Canada, et les chaînes télé Astral et Télétoon*, dossiers : 70.2-2008-01; 70.2-2008-02; *Reproduction d'œuvres musicales*, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>; *Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada c. Société Radio-Canada*, dossier : 70.2-2012-01, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>) de la Commission du droit d'auteur du Canada rendues en vertu de l'article 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur* par laquelle elle fixait les modalités afférentes à une licence devant être accordée à la SRC et à Astral Media Inc. par la SODRAC, une société chargée de l'administration des droits de reproduction de ses membres. Demandes accueillies en partie.

ONT COMPARU

Marek Nitoslowski et *Karine Joizil* pour la demanderesse Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation dans les dossiers A-516-12 et A-63-13 et pour la demanderesse Astral Media Inc. dans le dossier A-527-12.

Colette Matteau et *Lisane Bertrand* pour les défenderesses SODRAC 2003 Inc. et Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. dans les dossiers A-516-12 et A-63-13 et pour la défenderesse Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. dans le dossier A-527-12.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Fasken Martineau DuMoulin, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Montréal, pour la demanderesse Société Radio-

Société Radio-Canada in A-516-12 and A-63-13 and for applicant Astral Media Inc. in A-527-12.

Matteau Poirier Avocats Inc., Montréal, for respondents SODRAC 2003 Inc. and Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. in A-516-12 and A-63-13 and for respondent Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. in A-527-12.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: In a decision dated November 2, 2012 [*Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada v. Canadian Broadcasting Corporation and les Chaînes Télé Astral and Teletoon*, files: 70.2-2008-01, 70.2-2008-02; *Reproduction of Musical Works*, online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>] (the decision), the Copyright Board of Canada (the Board) exercised its mandate under section 70.2 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act) to settle the terms of a licence to be granted to two broadcasters by a collective society which administers reproduction rights. The terms of the licence reflect the Board's view that royalties were payable with respect to ephemeral copies of works made by the broadcasters in the normal course of their production or broadcasting activities. Ephemeral copies, as will be seen, are copies or reproductions that exist only to facilitate a technological operation by which audiovisual work is created or broadcast.

[2] This aspect of the Board's decision rests on the Supreme Court of Canada's decision in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, in which the Court held that ephemeral recordings of a performance of a work, made solely for the purpose of facilitating the broadcast of that performance, were, if unauthorized, an infringement of the copyright holder's rights. In this

Canada/Canadian Broadcasting Corporation dans les dossiers A-516-12 et A-63-13 et pour la demanderesse Astral Media Inc. dans le dossier A-527-12.

Matteau Poirier Avocats Inc., Montréal, pour les défenderesses SODRAC 2003 Inc. et Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. dans les dossiers A-516-12 et A-63-13 et pour la défenderesse Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. dans le dossier A-527-12.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Dans une décision en date du 2 novembre 2012 [*Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada c. Société Radio-Canada, et les Chaînes Télé Astral et Télétoon*, dossiers : 70.2-2008-01; 70.2-2008-02; *Reproduction d'œuvres musicales*, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>] (la décision), la Commission du droit d'auteur du Canada (la Commission) a exercé le pouvoir que lui confère l'article 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) de fixer les modalités afférentes à une licence devant être accordée à deux télédiffuseurs par une société de gestion chargée de l'administration des droits de reproduction de ses membres. Les modalités de la licence ont été établies en fonction de l'avis de la Commission voulant que des redevances soient payables à l'égard des copies éphémères d'œuvres faites par les diffuseurs dans le cours normal de leurs activités de production ou de diffusion. Les copies éphémères, comme nous le verrons, sont des copies ou des reproductions dont le seul but est de faciliter une activité technologique qui entre dans la création ou la diffusion d'une œuvre audio-visuelle.

[2] Cet aspect de la décision de la Commission repose sur l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, dans lequel la Cour suprême du Canada a conclu que les enregistrements éphémères d'une œuvre, faits dans le seul but de faciliter la radiodiffusion de cette œuvre, constituent, s'ils sont faits sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, une violation de ses droits. Dans la

application for judicial review of the Board's decision, the broadcasters argue that *Bishop v. Stevens* must be read in the light of *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 (*ESA*), a decision in which the Supreme Court affirmed the principle of technological neutrality in copyright matters. The result, in the applicants' view, is that, today, ephemeral copies should no longer attract royalties.

[3] The Board's decision raised other issues which will be discussed below but the question that dominated the hearing of this appeal was the treatment of ephemeral recordings in light of *ESA*.

[4] For the reasons that follow, I am of the view that *Bishop v. Stevens* continues to be good law.

THE DECISION UNDER REVIEW

[5] These reasons apply to three applications for judicial review. In File No. A-516-12, the Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio Canada (CBC) seeks to set aside several terms of the 2008–2012 licence issued to it pursuant to the decision. In File No. A-527-12, Astral Media Inc. (Astral) also seeks to set aside a number of the terms of the 2008–2012 licence issued to it pursuant to the decision. Lastly, File No. A-63-13 involves another application for judicial review by the CBC, this time with respect to the Board's January 16, 2013 decision [*Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada v. Canadian Broadcasting Corporation*, file: 70.2-2012-01, online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>] extending the 2008–2012 licence to the 2012–2016 period on an interim basis pending a final determination of SODRAC's section 70.2 with respect to that period. Both licences issued pursuant to the November 2, 2012 and the January 16, 2013 decisions are subject to a stay of execution pursuant to an order of this Court made February 28, 2013, pending the final determination of these applications for judicial review.

présente demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission, les télédiffuseurs soutiennent que l'arrêt *Bishop c. Stevens* doit être interprété à la lumière de l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (*ESA*), dans lequel la Cour suprême a confirmé le principe de la neutralité technologique dans les affaires de droit d'auteur. Selon les demanderesse, cela signifie que, de nos jours, les copies éphémères ne devraient plus donner droit à des redevances.

[3] Dans sa décision, la Commission a soulevé d'autres questions que nous examinerons plus loin, mais la question sur laquelle porte essentiellement le présent pourvoi est celle du traitement des enregistrements éphémères à la lumière de l'arrêt *ESA*.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'estime que les principes établis dans l'arrêt *Bishop c. Stevens* sont toujours valables.

LA DÉCISION CONTRÔLÉE

[5] Les présents motifs s'appliquent aux trois demandes de contrôle judiciaire dont nous sommes saisis. Dans le dossier n° A-516-12, la Société Radio Canada/Canadian Broadcasting Corporation (SRC) demande l'annulation de plusieurs des modalités de la licence 2008–2012 qui lui a été délivrée aux termes de la décision. Dans le dossier n° A-527-12, Astral Media Inc. (Astral) demande elle aussi l'annulation d'un certain nombre des modalités assortissant la licence 2008–2012 qui lui a été accordée aux termes de la décision. Enfin, le dossier n° A-63-13 porte sur une autre demande de contrôle judiciaire présentée par la SRC, cette fois-ci à l'égard de la décision, en date du 16 janvier 2013 [*Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada c. Société Radio-Canada*, dossier : 70.2-2012-01, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>], par laquelle la Commission a prolongé à titre provisoire la licence 2008–2012 pour la période 2012–2016 en attendant qu'une décision définitive soit rendue sur la demande présentée par la SODRAC en application de l'article 70.2 en ce qui concerne cette période. Les deux licences

[6] These reasons deal with all three applications; a copy of them will be placed on each file. Judgment will issue separately in each file, on the terms provided in these reasons.

[7] The Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc., and SODRAC 2003 Inc. (collectively SODRAC) are collective societies responsible for the administration of the reproduction rights on behalf of the holders of those rights.

[8] The CBC is Canada's public broadcaster. The CBC's mandate with respect to Canada's French speaking population is discharged by the Société Radio-Canada (Radio-Canada) which, for many years, has produced and broadcast programs incorporating music by Quebec artists. Since SODRAC represents the majority of Quebec reproduction rights holders, Radio-Canada and SODRAC are well known to each other.

[9] Astral is a broadcaster specializing in specialty channels but unlike the CBC, it does not produce any of its own programming. It purchases audiovisual works for broadcast from producers, apparently on the understanding that these producers have obtained the necessary rights to allow it to broadcast the works without the payment of additional royalties

[10] This dispute arises out of a particular historical context. Following the decision in *Bishop v. Stevens* in 1990, SODRAC licensed broadcasters making use of its repertoire to make ephemeral copies for broadcasting purposes, and to incorporate works in its repertoire into their own productions. These licences also covered producers who were commissioned by these broadcasters to produce works containing SODRAC material. Around 1998, SODRAC began requiring such producers to obtain their own licence, though these licences did

délivrées aux termes des décisions du 2 novembre 2012 et du 16 janvier 2013 font l'objet d'un sursis d'exécution — prononcé par la Cour le 28 février 2013 — jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur les présentes demandes de contrôle judiciaire.

[6] Les présents motifs s'appliquent aux trois demandes; une copie de ceux-ci sera versée dans chacun des dossiers. Un jugement sera rendu à l'égard de chacun des dossiers, conformément aux modalités prévues aux présents motifs.

[7] La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc, et SODRAC 2003 Inc. (collectivement, la SODRAC) sont des sociétés de gestion chargées de l'administration des droits de reproduction des titulaires de ces droits.

[8] La SRC est le télédiffuseur public au Canada. Le volet francophone de son mandat est assuré par la Société Radio-Canada qui, depuis plusieurs années, produit et diffuse des émissions dans lesquelles elle incorpore des œuvres musicales d'artistes québécois. Comme la SODRAC représente la majorité des titulaires de droits de reproduction au Québec, Radio-Canada et la SODRAC se connaissent bien.

[9] Astral exploite des chaînes de télévision spécialisées, mais contrairement à la SRC, elle ne produit aucune de ses émissions. Elle achète auprès de producteurs des œuvres audiovisuelles destinées à la diffusion, étant apparemment entendu que ces producteurs ont obtenu les droits nécessaires lui permettant de diffuser les œuvres sans qu'elle n'ait à verser de redevances supplémentaires.

[10] Le présent litige découle de ce contexte historique particulier. Après que l'arrêt *Bishop c. Stevens* eut été rendu en 1990, la SODRAC a commencé à accorder aux télédiffuseurs des licences les autorisant à faire des copies éphémères à des fins de diffusion et à incorporer des œuvres de son répertoire dans leurs propres productions. Ces licences visaient également les producteurs à qui ces télédiffuseurs commandaient des émissions contenant des œuvres gérées par la SODRAC. Vers 1998, la SODRAC a commencé à exiger de ces

not require the payment of royalties. Around 2006, SODRAC began requiring producers to pay for the right to incorporate works from its repertoire into their productions, even if the broadcaster commissioning the work was licensed by SODRAC.

[11] In 1992, the CBC and SODRAC concluded an agreement that set the terms upon which the CBC was authorized to use works from SODRAC's repertoire on radio, on television and for certain ancillary purposes. This agreement was renewed from time to time but as SODRAC's licensing practices changed, they were unable to come to an agreement on renewal. SODRAC invoked section 70.2 of the Act so as to seize the Board with the question. More or less at the same time, SODRAC also invoked section 70.2 of the Act in relation to Astral. The Board consolidated the hearing of these two matters.

[12] Section 70.2 of the Act provides for a form of arbitration in which parties who are unable to agree on the term of a licence can apply to the Board to fix those terms:

Application to fix amount of royalty, etc.

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

Fixing royalties, etc.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

producteurs qu'ils détiennent leurs propres licences, sans toutefois les obliger à verser des redevances. Vers 2006, SODRAC a commencé à exiger des producteurs qu'ils paient pour avoir le droit d'incorporer des œuvres de son répertoire dans leurs productions, même si le télédiffuseur qui commandait l'œuvre détenait une licence de la SODRAC.

[11] En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente fixant les conditions auxquelles la SRC pouvait utiliser les œuvres du répertoire de la SODRAC à la radio, à la télévision et à certaines fins accessoires. Cette entente a été renouvelée périodiquement, mais comme les pratiques de la SODRAC en matière d'octroi de licences avaient changé, les parties n'ont pu s'entendre au moment du renouvellement. La SODRAC s'est appuyée sur l'article 70.2 de la Loi pour saisir la Commission de la question. À peu près en même temps, elle s'est prévalu de l'article 70.2 de la Loi, mais cette fois à l'encontre d'Astral. La Commission a regroupé l'instruction des deux affaires.

[12] L'article 70.2 prévoit une forme d'arbitrage, en ce sens où les parties qui sont incapables de s'entendre sur les modalités d'une licence peuvent demander à la Commission de fixer ces modalités :

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

Demande de fixation de redevances

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

Modalités de la fixation

[13] The heart of the dispute between the CBC and Astral (collectively, the Broadcasters) on the one hand, and SODRAC, on the other, is SODRAC's business model which the Broadcasters say is inconsistent with the prevailing industry model. The Broadcasters say that the normal practice in the industry is for the producer of an audiovisual work (television program, movie or other cinematographic work) to obtain a through-to-the-viewer licence from the rights' holder.

[14] In its decision, the Board described a through-to-the-viewer licence as follows (decision, at paragraph 15):

Producers sometimes secure a *through-to-the-viewer licence*. Such a licence authorizes all copies of a musical work made by the producer or others in the course of delivering the audiovisual work to the ultimate consumer in the intended market, be it television, cinema, DVD, Internet or other. A *buyout licence* is a through-to-the-viewer licence in which royalties are set at a lump sum paid up front. Other through-to-the-viewer licences give the producer the option to extend the licence beyond a certain time, a certain territory or a certain market at pre-determined prices. When a producer exercises an option pursuant to a through-to-the-viewer licence, the related rights are cleared for downstream users as well as for the producer. [Footnote omitted.]

[15] The Broadcasters emphasize that this type of licence is consistent with the producer's intention in obtaining a licence, which is to create a product that can be marketed to broadcasters or exhibitors who can then exploit it commercially. The fact that the rights acquired under a through-to-the-viewer licence may be limited in time or place does not detract from the essential feature of such a licence, which is that the producer obtains or "clears" all necessary rights for downstream users, within the temporal or geographical limits of the licence.

[16] As against this model, SODRAC has adopted a layered approach to licensing in which each link in the distribution chain must acquire (and pay for) the

[13] Le nœud du litige qui oppose la SRC et Astral (collectivement, les télédiffuseurs), d'une part, et la SODRAC, d'autre part, réside dans le modèle d'affaires adopté par la SODRAC, dont les télédiffuseurs disent qu'il ne cadre pas avec celui de l'industrie. Les télédiffuseurs affirment que, dans l'industrie, c'est normalement au producteur d'une œuvre audiovisuelle (émission de télévision, film ou autre œuvre cinématographique) qu'il appartient d'obtenir une licence libre de tous droits auprès du titulaire des droits concernés.

[14] Dans sa décision, la Commission décrit comme suit la licence libre de tous droits (la décision, au paragraphe 15) :

Un producteur obtient parfois une *licence libre de tous droits* (« *through to the viewer* »). Cette licence autorise toute copie d'une œuvre musicale par le producteur ou d'autres personnes servant à livrer l'œuvre audiovisuelle au consommateur dans le marché visé, télévision, cinéma, DVD, Internet ou autre. Une licence libre de tous droits est *définitive* (« *buyout* ») lorsque les redevances y sont fixées à un prix forfaitaire payable à l'avance. D'autres licences libres de tous droits offrent au producteur une option de reconduction au-delà d'une certaine période, d'un certain territoire ou marché à des prix prédéterminés. Lorsque le producteur exerce une option aux termes d'une telle licence, les droits afférents sont libérés tant pour lui que pour les utilisateurs en aval. Selon les opposantes, les licences libres de tous droits sont les licences les plus courantes sur le marché de l'audiovisuel. [Note de bas de page omise.]

[15] Les télédiffuseurs insistent sur le fait que ce type de licence concorde avec l'objectif que cherche à atteindre le producteur lorsqu'il demande une licence, c'est-à-dire de créer un produit destiné aux télédiffuseurs ou aux exploitants qui pourront à leur tour en faire une exploitation commerciale. Le fait que les droits acquis par une licence libre de tous droits puissent être limités dans le temps ou dans l'espace ne change en rien les caractéristiques essentielles de cette licence, c'est-à-dire que le producteur obtient ou « affranchit » tous les droits nécessaires pour le compte des utilisateurs en aval, selon les limites temporelles ou géographiques prévues à la licence.

[16] Par contre, la SODRAC a adopté une approche à plusieurs niveaux où chaque maillon de la chaîne de distribution doit acquérir (et payer) le droit de faire les

right to make the copies required for its commercial purposes. It is reasonable to assume that SOCRAC'S position is designed to maximize revenue for the artists it represents.

[17] SODRAC's change in strategy corresponds with the adoption of new technology that generally requires producers to make multiple copies of a musical work in order to incorporate it into an audiovisual work, a process known as synchronization. At the same time, computerized digital content management systems and digital projection systems require broadcasters or exhibitors of an audiovisual work to make multiple copies of the work in order to broadcast or exhibit it. These copies, described earlier in these reasons as ephemeral copies, are known as incidental copies and were described as follows by the Board (decision, at paragraphs 11–12):

... *synchronization* refers to the process of incorporating a musical work into an audiovisual work. Thus, a *synchronization copy* is any copy made in order to include the work into the final (*master*) copy of an audiovisual work. A *post-synchronization copy* of the music is made each time the audiovisual work itself is copied, for example to broadcast, deliver or distribute the audiovisual work.

An *incidental copy* is necessary or helpful to achieve an intended outcome but is not part of the outcome itself. A *production-incidental copy* is made in the process of producing and distributing an audiovisual work, either before or after the master copy is made: it is a form of synchronization copy. A *broadcast-incidental copy* is made to facilitate the broadcast of an audiovisual work or to preserve the work in the broadcaster's archives, while a *distribution-incidental copy* is made for the purpose of readying or preserving the motion picture for distribution to the public: both are forms of post-synchronization copies. [Emphasis in original; footnote omitted.]

[18] To round out this discussion of incidental copies, it is of interest to note that the evidence before the Board was that a producer will reproduce a musical work between 12 and 20 times in the course of the synchronization process leading to a finished master copy. Television broadcasters, using digital content management systems (which are now the industry standard), make multiple copies of an audiovisual work in the

copies nécessaires pour réaliser ses objectifs commerciaux. On peut raisonnablement supposer que la SODRAC a adopté ce modèle afin de maximiser les revenus des artistes qu'elle représente.

[17] Le changement de stratégie de la SODRAC coïncide avec l'adoption de nouvelles technologies qui obligent en général les producteurs à faire de multiples copies d'une œuvre musicale afin de l'incorporer dans une œuvre audiovisuelle. C'est ce qu'on appelle la synchronisation. Par ailleurs, les systèmes de gestion de contenu numérique et les systèmes de projection numérique obligent les télédiffuseurs ou les exploitants d'une œuvre audiovisuelle à faire plusieurs copies de l'œuvre pour pouvoir la diffuser ou la présenter. Ces copies, que nous avons précédemment appelées « copies éphémères », sont connues dans l'industrie sous le nom de copies accessoires et ont été décrites comme suit par la Commission (la décision, aux paragraphes 11 et 12) :

La *synchronisation* est le processus consistant à incorporer une œuvre musicale dans une œuvre audiovisuelle. La *copie de synchronisation*, est donc celle réalisée en vue d'incorporer l'œuvre dans la copie finale (*maîtresse*) d'une œuvre audiovisuelle. Une *copie de postsynchronisation* de l'œuvre musicale est effectuée chaque fois que l'œuvre audiovisuelle elle-même est copiée, par exemple pour la diffuser, la livrer ou la distribuer.

La *copie accessoire* est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La *copie accessoire de production* est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d'une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s'agit d'une forme de copie de synchronisation. La *copie accessoire de diffusion* vise à faciliter la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la *copie accessoire de distribution* a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation. [Italiques dans l'original; note de bas de page omise.]

[18] Pour conclure notre analyse des copies accessoires, il importe de souligner que, d'après la preuve présentée à la Commission, un producteur peut reproduire une œuvre musicale entre 12 et 20 fois dans le cadre du processus de synchronisation de la copie maîtresse. Les télédiffuseurs, qui ont recours aux systèmes de gestion de contenu numérique (ce qui constitue maintenant la norme dans l'industrie), font plusieurs

course of editing (for example, adjusting sound and colour balance), broadcasting and archiving the work. While the making of incidental copies is not a new phenomenon (see *Bishop v. Stevens*), it appears that technological advances may have increased the number of incidental copies made in the course of commercial operations. The Board says it did; the Broadcasters dispute this.

[19] With that background, I turn to the Board's decision. After having laid out the historical and technological background summarized above, the decision then set out a few general legal principles, the most relevant of which is the following (decision, at paragraph 62):

Fourth, the Board cannot impose liability where the *Act* does not or remove liability where it exists. Consequently, the Board cannot decide who should pay, only what should be paid for which uses, and only to the extent that the envisaged use requires a licence. [Footnote omitted.]

[20] This principle is a partial answer to the Broadcasters' argument with respect to whether incidental copies should attract royalties. In the Board's view, liability to pay royalties is imposed by the Act and is based upon use of the protected material. As a result, the Board cannot relieve a user of protected material from the financial consequences of that use.

[21] The Board then went on to consider what it called "contextual legal principles". Under this heading, the Board engaged in an examination of the history and current state of SODRAC's licensing practices. It acknowledged that the use of through-to-the viewer licences in some markets by some rights holders was relevant but not determinative. The focus of the inquiry was on SODRAC's practices which, to the extent that they were both consistent and significant in the relevant market, could not be ignored.

[22] The Board's review of the evidence, including SODRAC's licensing practices, led it to conclude that

copies d'une œuvre audiovisuelle dans le cadre du montage (par exemple, lors du réglage sonore et de l'équilibre chromatique) et de la diffusion, et à des fins de conservation. Bien que le recours aux copies accessoires ne soit pas un phénomène nouveau (voir *Bishop c. Stevens*), il semble que les avancées technologiques aient fait croître le nombre de copies accessoires faites dans le cadre des activités commerciales. La Commission dit que ce nombre a augmenté; les télédiffuseurs prétendent le contraire.

[19] C'est sur cette toile de fond que je vais maintenant examiner la décision de la Commission. Après avoir établi le contexte historique et technologique de l'affaire, résumé ci-dessus, la Commission a énoncé quelques principes juridiques généraux, dont voici le plus important (la décision, au paragraphe 62) :

Quatrièmement, la Commission ne peut imputer une responsabilité lorsque la *Loi* ne le fait pas ou dégager une responsabilité qui existe. Par conséquent, elle ne peut pas déterminer qui doit verser des redevances, mais seulement leur montant et les utilisations assujetties, et uniquement dans la mesure où l'utilisation prévue exige une licence. [Note de bas de page omise.]

[20] Ce principe répond en partie à l'argument avancé par le télédiffuseur sur la question des redevances auxquelles les copies accessoires devraient ou non donner droit. De l'avis de la Commission, l'obligation de verser des redevances est imposée par la Loi et tient à l'utilisation de matériel protégé. Ainsi, la Commission ne peut exempter un utilisateur de matériel protégé des conséquences financières de cette utilisation.

[21] La Commission s'est ensuite intéressée à ce qu'elle a appelé les « principes juridiques contextuels ». À ce chapitre, elle a procédé à un examen des pratiques passées et présentes de la SODRAC en matière d'octroi de licences. Elle a reconnu que l'octroi de licences libres de tous droits, par certains titulaires et dans certains marchés, était pertinent, mais non déterminant. Elle a axé son analyse sur les pratiques de la SODRAC, affirmant que, dans la mesure où celles-ci sont cohérentes et importantes sur le marché pertinent, elle ne pouvait les écarter.

[22] Après avoir examiné la preuve, notamment les pratiques de la SODRAC en matière d'octroi de

SODRAC had issued few, if any, through-to-the-viewer licences. To the extent that SODRAC had issued licences granting the licensee the right to authorize others to reproduce protected works, that right generally resided with the broadcaster not with the producer. So it was that the CBC's licence from SODRAC covered synchronization in audiovisual works commissioned by the CBC from independent producers. Under such licences, producers did not acquire the right to authorize anyone "downstream" in the distribution chain to reproduce a protected work.

[23] As a result of its review of the evidence, the Board concluded that the record before it was unambiguous. "In the most relevant market, the province of Quebec, through-to-the-viewer licensing exists but is not the norm": see decision, at paragraph 78. This finding is significant because, to the extent that the Board sets royalties and licence fees on the basis of the economic value of the rights involved, the definition of the market for those rights is a relevant consideration.

[24] The Board next embarked on an analysis of the economic value of reproduction rights in the hands of broadcasters and producers, an analysis that proceeded on the basis of two fundamental propositions:

(a) The copy-dependent technologies adopted by producers and broadcasters add value to their businesses, by allowing them to remain competitive, even if they do not generate direct profits. Since part of this value arises from the use of additional copies, some of the benefits flowing from those copies should be reflected in the remuneration paid for the additional copies.

(b) The Board cannot, under the umbrella of a section 70.2 arbitration between two parties, dictate how either of the parties should conduct their business generally, or how they should deal with third parties such as producers. In other words, it is not for the Board to force SODRAC to issue through-to-the-viewer licenses or to establish through-to-the-viewer licences as a standard arrangement.

licences, la Commission a conclu que celle-ci n'avait délivré que très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits. Dans la mesure où la SODRAC avait octroyé des licences accordant à leur titulaire le droit de permettre à d'autres de reproduire des œuvres protégées, ce droit était accordé au télédiffuseur, non au producteur. « Par conséquent, la licence que la SCR a obtenue de la SODRAC portait sur la synchronisation dans des œuvres audiovisuelles commandées par la SRC auprès de producteurs indépendants. » En vertu de ces licences, les producteurs n'acquerraient pas le droit d'autoriser la reproduction d'œuvres protégées en aval de la chaîne de distribution.

[23] À l'issue de son examen de la preuve, la Commission a conclu que le dossier dont elle était saisie ne contenait aucune ambiguïté. « Sur le marché le plus pertinent, soit la province de Québec, les licences libres de tous droits existent, mais ne constituent pas la norme » : voir la décision, au paragraphe 78. Cette conclusion est importante parce que, dans la mesure où la Commission fixe les redevances et les droits afférents à une licence en fonction de la valeur économique des droits concernés, la définition du marché relatif à ces droits est une considération pertinente.

[24] La Commission s'est ensuite livrée à une analyse de la valeur économique des droits de reproduction détenus par les télédiffuseurs et les producteurs, analyse qu'elle a fondée sur deux propositions générales :

a) L'adoption par les producteurs et les télédiffuseurs de technologies nécessitant la réalisation de copies ajoute à la valeur de leur entreprise, car elle leur permet de demeurer concurrentiels, même lorsque ces copies ne génèrent pas de bénéfices directs. Étant donné qu'une partie de cette valeur découle de l'utilisation de copies additionnelles, certains des avantages découlant de ces copies devraient se refléter dans la rémunération à verser.

b) La Commission ne peut, dans le cadre d'un arbitrage entre deux parties fondé sur l'article 70.2, imposer à l'une des parties une façon de mener ses affaires, ou une façon d'agir avec les tiers, tels que les producteurs. Autrement dit, la Commission ne peut forcer la SODRAC à octroyer des licences libres de tous droits ou à conclure des ententes types prévoyant l'octroi de licences libres de tous droits.

[25] After establishing these principles, the Board's decision went on at some length in setting the financial terms of the licences to the CBC and to Astral. After making allowance for the fact that SODRAC did not represent all of the rights holders for music incorporated into the Broadcasters' offerings, the Board then addressed the quantification of the fees to be paid by the latter under various headings. The Board set the licence fees for broadcast-incidentals in radio and television as well as the fees payable by the CBC with respect to synchronization licences. Finally, the Board dealt with licence fees payable for Internet TV, sales of programs to consumers for private use (DVDs and downloads), and fees for licensing of CBC programs to third parties.

[26] The Broadcasters' principal argument before us was that the analysis adopted by the Board flew in the face of the principle of technological neutrality established by the Supreme Court in *ESA*. As a result, in order to simplify the analysis, I propose to deal with the issue of technological neutrality at this point, deferring the analysis of the other arguments made by the Broadcasters until later in these reasons.

ANALYSIS

[27] The Board is unusual among specialized administrative tribunals in that its decisions on question of law are reviewable on the standard of correctness: see *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paragraphs 10–15. Questions of fact are only reviewable if they are “made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it [the tribunal]”: see paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), the Supreme Court of Canada described this provision as providing “legislative precision to the reasonableness standard of review of factual issues in cases falling under the *Federal Courts Act*”: *Khosa*, at paragraph 46.

[25] Après avoir établi ces principes, la Commission a fixé plus en détail les modalités financières des licences octroyées à la SRC et à Astral. Elle a d'abord reconnu que la SODRAC ne représentait pas tous les titulaires de droits des œuvres musicales incorporées dans la programmation des télédiffuseurs, puis elle s'est employée, sous différentes rubriques, à déterminer les droits à payer par ces derniers. La Commission a fixé les droits de licence applicables aux copies accessoires de radio-diffusion et de télédiffusion, ainsi que les droits payables par la SRC pour les licences de synchronisation. Enfin, elle a examiné les droits payables pour la télévision sur Internet, la vente d'émissions aux consommateurs pour usage privé (DVD et téléchargements), et les droits payables pour la vente ou concession en licences d'émissions de la SRC à des tiers.

[26] Le principal argument que les télédiffuseurs ont fait valoir devant nous est que l'analyse effectuée par la Commission va à l'encontre du principe de la neutralité technologique formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *ESA*. Par conséquent, et par souci de simplification, je propose d'aborder dès maintenant la question de la neutralité technologique, et d'analyser les autres arguments soulevés par les télédiffuseurs plus loin dans les présents motifs.

ANALYSE

[27] La Commission fait figure d'exception parmi les tribunaux administratifs spécialisés en ce que ses décisions sur les questions de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte : voir *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, aux paragraphes 10 à 15. Les conclusions sur des questions de fait ne sont susceptibles de contrôle que si elles sont « tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont [le tribunal] dispose » : voir l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), la Cour suprême du Canada a dit de cette disposition législative qu'elle « précise la norme de contrôle de la raisonabilité

[28] Earlier in these reasons, I set out two fundamental propositions that inform the Board's reasoning: see paragraph 24. The first is that, if technological advances require the making of more copies of a musical work in order to get an audiovisual work that incorporates it to market, those additional copies add value to the enterprise. As a result, they attract additional royalties, not necessarily on a per-copy basis but on the basis of the additional value generated by those copies. Simply put, more copies mean more value and thus, more royalties.

[29] The Broadcasters challenge this proposition on two interrelated but distinct grounds. First, they say that copy-dependent technology does not add value to an enterprise and as a result, there is no additional value to share with artists who, incidentally, bear none of the costs of acquiring and maintaining the new technology. This is essentially an economic argument, on which the Board heard extensive evidence and on which it came to a conclusion for which there is an evidentiary foundation. As a result, this Court is not in a position to interfere with the Board's conclusion on the economic justification for its conclusion.

[30] The Broadcasters' second argument is a legal one: the Board's decision fails to give effect to the principle of technological neutrality articulated by the Supreme Court in *ESA*. The Broadcasters concede, as they must, that the incorporation of a musical work into an audiovisual work (synchronization) is a reproduction that attracts royalties. However, they go on to argue that copies of the work that are made purely to meet the requirements of the technological systems used by producers and broadcasters ought not to attract royalties. Changes in technology should not automatically result in changes in royalties. Otherwise, intellectual property

applicable aux questions de fait dans les affaires régies par la *Loi sur les Cours fédérales* » : *Khosa*, au paragraphe 46.

[28] J'ai énoncé précédemment les deux propositions fondamentales qui ont guidé la Commission dans son analyse : voir le paragraphe 24. La première est que, si l'évolution technologique fait en sorte qu'il est nécessaire de faire plus de copies d'une œuvre musicale afin que l'œuvre audiovisuelle dans laquelle cette œuvre musicale est incorporée puisse être vendue, ces copies additionnelles ajoutent à la valeur de l'entreprise. Elles donnent donc droit à des redevances additionnelles qu'il ne convient pas nécessairement de calculer selon un taux par copie, mais plutôt selon un taux fondé sur la valeur additionnelle générée par ces copies. En termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances.

[29] Les télédiffuseurs contestent cette proposition pour deux motifs connexes, mais distincts. Tout d'abord, ils affirment que l'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies n'ajoute pas à la valeur de l'entreprise, et que pour cette raison, il n'y a aucune valeur ajoutée à partager avec les artistes qui, incidemment, ne déboursent rien pour l'acquisition et l'entretien de ces nouvelles technologies. Il s'agit là d'un argument essentiellement économique, à propos duquel la Commission a entendu de nombreux témoignages avant d'arriver à une conclusion qui repose sur un fondement probant. La Cour ne peut donc pas modifier la conclusion de la Commission, compte tenu des raisons économiques sur lesquelles elle repose.

[30] Le deuxième argument des télédiffuseurs est un argument juridique : la décision de la Commission omet de donner effet au principe de la neutralité technologique formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *ESA*. Les télédiffuseurs admettent, comme il se doit, que l'incorporation d'une œuvre musicale dans une œuvre audiovisuelle (synchronisation) est une reproduction qui donne droit à des redevances. Cependant, ils ajoutent que les copies de l'œuvre qui sont faites simplement pour répondre aux exigences des systèmes technologiques utilisés par les producteurs et les télédiffuseurs ne devraient pas faire l'objet de redevances. Les changements

rights become a drag on technological innovation and efficiency.

[31] The Board’s reasoning is grounded in the Supreme Court’s decision in *Bishop v. Stevens*, a case in which the Supreme Court held that each of the rights enumerated in subsection 3(1) of the Act was a separate right reserved to the owner of the copyright, whose use by another attracted liability for the payment of royalties. Subsection 3(1) of the Act is reproduced below for ease of reference:

Copyright in works

3. (1) For the purposes 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,

...

(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 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,

...

and to authorize any such acts.

[32] More specifically, *Bishop v. Stevens* decided that ephemeral recordings made solely for the purpose of facilitating the broadcast of a work were caught by

technologiques ne devraient pas automatiquement donner lieu à une modification des redevances. Autrement, les droits de propriété intellectuelle viendraient freiner l’innovation et l’efficacité technologiques.

[31] Le raisonnement de la Commission est fondé sur l’arrêt *Bishop c. Stevens*, dans lequel la Cour suprême a conclu que chacun des droits énumérés au paragraphe 3(1) de la Loi était un droit distinct, réservé au titulaire du droit d’auteur, et dont l’utilisation par autrui obligeait celui-ci au paiement de redevances. Par souci de commodité, le paragraphe 3(1) de la Loi est reproduit ci-dessous :

Droit d’auteur sur l’œuvre

3. (1) 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;

[...]

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;

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;

[...]

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

[32] Plus précisément, la Cour suprême a conclu dans l’arrêt *Bishop c. Stevens* que les enregistrements éphémères faits dans le seul but de faciliter la diffusion d’une

paragraph 3(1)(d) of the Act and were not implied in the right to broadcast a work: see *Bishop v. Stevens*, at pages 479–481. To that extent, *Bishop v. Stevens* is directly on point and, unless it has been overturned or disavowed by the Supreme Court, it determines the outcome of this branch of the applications for judicial review.

[33] The Broadcasters say that *Bishop v. Stevens* has been overtaken by *ESA*.

[34] The issue in *ESA* was whether a download of a game containing music is a communication of the musical work to the public by telecommunication, one of the rights reserved exclusively to the copyright holder by the Act: see paragraph 3(1)(f). If it is, then the publishers of the game, who had already paid for the right to reproduce the music incorporated in the game, were liable to pay royalties with respect to the download (*the communication to the public by telecommunication*). As a result, recourse to a technologically advanced method of delivery would create liability for additional royalties that were not paid or payable when the game was sold on a traditional physical medium, such as a CD-ROM.

[35] In its decision, reported at [Tariff No. 22.A (*Internet—Online Music Services*) 1996-2006, file: Public Performance of Musical Works, online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>] (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, the Board found that the download of a game containing music was a communication of the musical work to the public by telecommunication, a decision that was confirmed by this Court at [*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*] 2010 FCA 221, 323 D.L.R. (4th) 62. The majority of the Supreme Court reversed this Court and, in the course of doing so, affirmed the principle of technological neutrality [*ESA*, above].

[36] The Supreme Court began by articulating its view of the source and effect of technological neutrality (*ESA*, at paragraph 5):

In our view, the Board’s conclusion that a separate, “communication” tariff applied to downloads of musical works violates the principle of technological neutrality, which requires that the Copyright Act apply equally between traditional and more

œuvre tombaient sous le coup de l’alinéa 3(1)d) de la Loi et n’étaient pas visés par le droit de diffuser une œuvre : voir *Bishop c. Stevens*, aux pages 479 à 481. À cet égard, l’arrêt *Bishop c. Stevens* est tout à fait pertinent et, à moins qu’il n’ait été infirmé ou écarté par la Cour suprême, il permet de trancher cet aspect des présentes demandes de contrôle judiciaire.

[33] Les télédiffuseurs affirment que l’arrêt *Bishop c. Stevens* a été écarté par l’arrêt *ESA*.

[34] Dans l’arrêt *ESA*, la Cour devait déterminer si le téléchargement d’un jeu contenant une œuvre musicale équivalait à communiquer celle-ci au public par télécommunication, un des droits exclusifs conférés au titulaire du droit d’auteur par la Loi : voir alinéa 3(1)f). Dans l’affirmative, les éditeurs du jeu, qui avaient déjà payé pour obtenir le droit de reproduire la musique incorporée au jeu, devaient payer des redevances pour le téléchargement (*la communication au public par télécommunication*). En définitive, le recours à un mode de livraison plus avancé sur le plan technologique obligeait les éditeurs à verser des redevances qui n’étaient pas payées ou payables lorsque le jeu était vendu sur un support physique traditionnel, le DVD par exemple.

[35] Dans sa décision, publiée à [Tarif n° 22.A (*Internet — Services de musique en ligne*) 1996-2006, dossier : Exécution publique d’œuvres musicales, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>], la Commission a conclu que le téléchargement d’un jeu contenant une œuvre musicale équivalait à communiquer celle-ci au public par télécommunication, décision que notre Cour a confirmée dans [l’arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*] 2010 CAF 221. La Cour suprême a infirmé cette décision, dans un arrêt majoritaire [*ESA*, précité], et ce faisant, elle a confirmé le principe de la neutralité technologique.

[36] La Cour suprême a d’abord exposé ce qu’elle considère être la source et l’effet de la neutralité technologique (*ESA*, au paragraphe 5) :

À notre avis, la conclusion de la Commission selon laquelle un tarif distinct s’applique au téléchargement pour la « communication » d’une œuvre musicale va à l’encontre du principe de la neutralité technologique, à savoir que la *Loi sur le droit*

technologically advanced forms of the same media: *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49. The principle of technological neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Act*, which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user. [My underlining.]

[37] A slightly different view of technological neutrality emerges from paragraph 9 of the majority’s reasons:

SOCAN has never been able to charge royalties for copies of video games stored on cartridges or discs, and bought in a store or shipped by mail. Yet it argues that identical copies of the games sold and delivered over the Internet are subject to *both* a fee for reproducing the work *and* a fee for communicating the work. The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the Copyright Act in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the method of delivery of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. [My underlining.]

[38] Finally, a third view of technological neutrality is found in paragraph 10 of the majority’s reasons:

The Board’s misstep is clear from its definition of “download” as “a file containing data ... the user is meant to keep as his own” (para. 13). The Board recognized that downloading is a *copying* exercise that creates an exact, durable copy of the digital file on the user’s computer, identical to copies purchased in stores or through the mail. Nevertheless, it concluded that delivering a copy through the Internet was subject to two fees—one for reproduction and one for communication—while delivering a copy through stores or mail was subject only to reproduction fees. In coming to this conclusion, the Board ignored the principle of technological neutrality. [My underlining.]

[39] A careful reading of these passages shows that the Supreme Court’s majority reasons incorporate at least three views of technological neutrality:

d’auteur s’applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49. Le paragraphe 3(1) de la *Loi* adhère au principe de la neutralité technologique en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur. [Non souligné dans l’original.]

[37] Au paragraphe 9 de leurs motifs, les juges majoritaires laissent voir un point de vue légèrement différent :

La SOCAN n’a jamais pu percevoir de redevances pour la copie d’un jeu vidéo sur cartouche ou sur disque achetée en magasin ou obtenue par la poste. Or, elle soutient que la copie identique d’un jeu vendu et distribué sur Internet donne droit à une redevance *à la fois* pour la reproduction de l’œuvre *et* pour sa communication. Le principe de la neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la Loi sur le droit d’auteur de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison de l’œuvre à l’utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces. [Non souligné dans l’original.]

[38] Enfin, au paragraphe 10 de leurs motifs, les juges majoritaires expriment un troisième point de vue sur la neutralité technologique :

L’impair de la Commission ressort de sa définition du « téléchargement » : « fichier contenant des données [...] que l’usager peut conserver » (par. 13). La Commission reconnaît que le téléchargement est une activité de *reproduction* qui crée une copie exacte et durable du fichier numérique dans l’ordinateur de l’utilisateur, identique à l’exemplaire acheté en magasin ou par la poste. Néanmoins, elle conclut que la distribution d’une copie sur Internet emporte l’exigibilité de deux redevances — une pour la reproduction et une pour la communication —, tandis que la distribution d’un exemplaire en magasin ou par la poste emporte le paiement d’une redevance seulement pour la reproduction. Elle arrive à cette conclusion en méconnaissant le principe de la neutralité technologique. [Non souligné dans l’original.]

[39] L’examen attentif de ces passages révèle que les juges majoritaires de la Cour suprême incorporent dans leurs motifs au moins trois façons de voir la neutralité technologique :

(a) Technological neutrality is media neutrality. Media neutrality is a statutory prescription arising from the opening words of section 3 of the Act, which protects the production or reproduction of works “in any material form whatever”. Media neutrality was recognized by the Supreme Court in *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363 (*Robertson*), a case involving copyright in content originally published in a newspaper and then republished online.

(b) Technological neutrality is a principle of statutory interpretation according to which, absent evidence of a contrary Parliamentary intention, the Act is to be interpreted so as to avoid imposing royalties according to the method of delivery of a protected work.

(c) Technological neutrality is determined by functional equivalence so that if two technologically distinct operations produce the same result (delivering a copy of a work to the consumer), the incidence of royalties should be the same in both cases.

[40] In light of these different views of technological neutrality, it is difficult to know how one is to approach technological neutrality post-*ESA*. This is particularly true when one considers that in both *Robertson* and *ESA* the Court’s decision was reached following an analysis that did not rely on any of the possible variants of technological neutrality.

[41] In *Robertson*, the issue was whether the *Globe and Mail* infringed the copyright of freelance contributors when it contributed their work to electronic databases. The case was one of overlapping copyrights as the freelance contributors retained the copyright in their article while the *Globe and Mail* had the copyright in the newspaper as a whole, whether considered as a compilation or a collection: see *Robertson*, at paragraph 31. The majority in the Supreme Court held that the databases infringed the freelancer’s copyright because the databases did not involve a reproduction of the newspaper as such but of discrete elements such as articles, even though these were tagged with the

a) La neutralité technologique consiste en la neutralité du support. La neutralité du support est une notion prescrite par la loi qui découle de la partie liminaire de l’article 3 de la Loi, lequel protège la production ou la reproduction d’une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support a été reconnue par la Cour suprême dans l’arrêt *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363 (*Robertson*), une affaire portant sur le droit d’auteur rattaché au contenu initialement publié dans un journal et publié de nouveau en ligne.

b) La neutralité technologique est un principe d’interprétation des lois selon lequel, sauf intention contraire avérée du législateur, la Loi doit être interprétée de manière à empêcher l’imposition de redevances en fonction de la méthode de livraison de l’œuvre protégée.

c) L’équivalence fonctionnelle détermine la neutralité technologique, de sorte que si deux activités distinctes sur le plan technologique produisent le même résultat (livraison de la copie d’une œuvre au consommateur), l’effet des redevances devrait être le même dans les deux cas.

[40] Compte tenu de ces différents points de vue sur la neutralité technologique, il est difficile de savoir de quelle manière il faut l’aborder après l’arrêt *ESA*. Le problème demeure entier si l’on considère que dans les arrêts *Robertson* et *ESA*, la Cour a pris sa décision après s’être livrée à une analyse qui ne reposait sur aucune des variantes possibles de la neutralité technologique.

[41] Dans l’arrêt *Robertson*, la question en litige était celle de savoir si le *Globe and Mail* violait le droit d’auteur de pigistes collaborateurs en reproduisant leurs articles dans des bases de données électroniques. L’affaire concernait le chevauchement de droits d’auteur étant donné que les pigistes collaborateurs conservent leur droit d’auteur sur leurs articles, tandis que le *Globe and Mail* possède un droit sur le journal dans son ensemble, que celui-ci soit considéré comme une compilation ou un recueil : voir *Robertson*, au paragraphe 31. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont conclu que les bases de données violent le droit d’auteur des pigistes parce que ce qui est reproduit dans

name of the original publication, date of publication and other publication specific identifiers. The basis of the Supreme Court's decision is that the database reproduced the freelance contributor's, not the newspaper's, originality. The result was that the inclusion of the article in the database was an infringement of the freelancer's copyright and was not covered by the newspaper's copyright.

[42] The decision in *Robertson* turned on the originality of the work being reproduced and not on the nature of the medium on which the articles were republished. While the Court's conclusion was technologically neutral, in the sense that the medium on which reproduction occurred was not a relevant consideration, its decision provided no guidance as to how technological neutrality was to be achieved.

[43] Similarly, the majority decision in *ESA* was the result of an analysis of the legislative history of the Act and of the jurisprudence showing that communication to the public by telecommunication was historically an aspect of the performance right, and that this right did not include the delivery of a permanent copy of the work. Since the download did result in the creation of a permanent copy of the work on the downloader's computer, it was not a performance and thus not a communication of the work to the public by telecommunication.

[44] The majority's analysis did not rely on nor refer to any of the shades of technological neutrality that it discussed in the earlier part of its reasons. As a result, *ESA*, while restating the principle of technological neutrality in copyright law, provides no guidance as to how a court should apply that principle when faced with a copyright problem in which technological change is a material fact.

ces bases de données n'est pas le journal lui-même, mais des éléments distincts, des articles par exemple, bien que le nom de la publication originale, la date de publication et d'autres détails permettant d'identifier la publication y soient mentionnés. La décision de la Cour suprême reposait sur le fait que la base de données reproduit l'originalité des articles rédigés par les pigistes collaborateurs, et non celle des journaux. Par conséquent, l'inclusion de l'article dans la base de données constitue une violation du droit d'auteur du pigiste qui échappe au droit d'auteur du journal.

[42] L'arrêt *Robertson* concernait la reproduction de l'originalité de l'œuvre et non la nature du support sur lequel les articles sont publiés. Bien que la conclusion de la Cour ait été neutre sur le plan technologique, en ce sens que le support sur lequel l'œuvre était reproduite n'était pas un élément important, la Cour n'a donné aucune indication sur la manière d'assurer la neutralité technologique.

[43] De même, la décision des juges majoritaires dans l'arrêt *ESA* était issue d'une analyse des antécédents législatifs de la Loi et de la jurisprudence selon laquelle la communication au public par télécommunication est, du point de vue historique, un aspect du droit d'exécution ou de représentation, et selon laquelle ce droit ne comporte pas la livraison d'une copie permanente de l'œuvre. Le téléchargement donnant lieu à la création d'une copie permanente de l'œuvre dans l'ordinateur de celui qui télécharge, il ne s'agit pas d'une exécution ou d'une représentation. Le téléchargement n'est donc pas une communication de l'œuvre au public par télécommunication.

[44] Les juges majoritaires n'ont pas fondé leur analyse sur les nuances de la neutralité technologique qu'ils avaient exposées au début de leurs motifs, et n'y ont pas renvoyé non plus. En conséquence, si l'arrêt *ESA* reprend le principe de la neutralité technologique reconnu en matière de droit d'auteur, il n'y est donné aucune indication quant à la manière dont le tribunal devrait appliquer ce principe pour régler un problème en matière de droit d'auteur à l'égard duquel les changements technologiques constituent un fait important.

[45] *Bishop v. Stevens* was just such a case. In it, the broadcaster argued that the right to broadcast a performance necessarily included the right to make ephemeral recordings in support of the broadcasting activity. The broadcaster argued that pre-recording was virtually essential “to ensure the quality of broadcasts, and to enable broadcasters to offer the same programming at convenient times across five different time zones”: see *Bishop v. Stevens*, at page 480. This argument was rejected on the basis of the statutory distinction between the right to make a recording of a work and the right to perform that work.

[46] The Supreme Court’s reasoning in *Bishop v. Stevens* is worth repeating here as it foreshadows the arguments made in this case (*Bishop v. Stevens*, at pages 484–485):

In sum, I am not convinced that there is any reason to depart from the literal meaning of s. 3(1)(d) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the Act, which on their face, draw a distinction between the right to make a recording and the right to perform. Neither the wording of the Act, nor the object and purpose of the Act, nor practical necessity support an interpretation of these sections which would place ephemeral recordings within the introductory paragraph to s. 3(1) rather than in s. 3(1)(d). On the contrary, policy considerations suggest that if such a change is to be made to the Act, it should be made by the legislature, and not by a forced interpretation. I conclude that the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast.

[47] This reasoning is taken up in the following passage from *ESA* (at paragraphs 40–41):

SOCAN submits that the distinction between reproduction and performance rights in *Bishop* actually supports its view that downloading a musical work over the Internet can attract two tariffs. Since reproduction and performance-based rights are two separate, independent rights, copyright owners should be entitled to a separate fee under each right. This is based on the Court’s reliance in *Bishop*, at p. 477, on a quote from *Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), at p. 1507, per Greene L.J.:

[45] L’affaire *Bishop c. Stevens* était de cette nature. Dans cette affaire, le radiodiffuseur soutenait que le droit de diffuser une exécution comprenait le droit de faire des enregistrements éphémères au soutien d’une activité de radiodiffusion. Selon le radiodiffuseur, le pré-enregistrement était presque indispensable « pour assurer la qualité de la diffusion et pour permettre aux stations de diffuser les mêmes émissions, aux heures voulues, dans cinq fuseaux horaires différents » : voir *Bishop c. Stevens*, à la page 480. La Cour a rejeté cet argument sur le fondement de la distinction établie par la loi entre le droit d’enregistrer une œuvre et le droit de l’exécuter.

[46] Il convient, à ce stade-ci, de répéter le raisonnement tenu par la Cour suprême dans l’arrêt *Bishop c. Stevens*, qui permet d’entrevoir les arguments avancés en l’espèce (*Bishop c. Stevens*, aux pages 484 et 485) :

En résumé, je ne suis pas convaincue qu’il existe quelque motif de s’écarter de l’interprétation littérale de l’al. 3(1)d) et de la phrase liminaire du par. 3(1) de la Loi, qui visiblement établissent une distinction entre le droit d’effectuer un enregistrement et celui d’exécuter une œuvre. Ni les termes de la Loi, ni son objet, ni ses fins non plus qu’aucun motif de nécessité pratique ne permettent d’interpréter ces dispositions de façon que les enregistrements éphémères relèveraient de la phrase liminaire du par. 3(1) plutôt que de l’al. 3(1)d). Au contraire, des considérations de politique indiquent que s’il faut apporter cette modification à la Loi, il faut que ce soit fait par le législateur et non par le moyen d’une interprétation forcée. Je conclus que le droit de diffuser l’exécution d’une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion.

[47] La Cour a repris ce raisonnement dans le passage suivant tiré de l’arrêt *ESA* (aux paragraphes 40 et 41) :

La SOCAN soutient que la distinction entre le droit de reproduction et le droit d’exécution ou de représentation reconnue dans l’arrêt *Bishop* étaye en fait sa thèse selon laquelle le téléchargement d’une œuvre musicale sur Internet peut emporter l’application de deux tarifs. Comme le droit de reproduction et le droit d’exécution ou de représentation sont distincts et indépendants, le titulaire du droit d’auteur devrait avoir droit à une redevance distincte pour l’exercice de chacun d’eux. Cette prétention repose sur le renvoi que fait la Cour, dans l’arrêt *Bishop*, à la p. 477, aux propos tenus par le lord juge Greene dans l’arrêt *Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.*, [1936] 2 All E.R. 1496 (C.A.), p. 1507 :

Under the Copyright Act, 1911 [on which the Canadian Act was based], ... the rights of the owner of copyright are set out. A number of acts are specified, the sole right to do which is conferred on the owner of the copyright. The right to do each of these acts is, in my judgment, a separate statutory right, *and anyone who without the consent of the owner of the copyright does any of these acts commits a tort; if he does two of them, he commits two torts, and so on.* [Emphasis added by Abella and Moldaver JJ.]

In our view, the Court in *Bishop* merely used this quote to emphasize that the rights enumerated in s. 3(1) are distinct. *Bishop* does not stand for the proposition that a *single* activity (i.e., a download) can violate two separate rights at the same time. This is clear from the quote in *Ash v. Hutchinson*, which refers to “two acts”. In *Bishop*, for example, there were two activities: 1) the making of an ephemeral copy of the musical work in order to affect a broadcast, and 2) the actual broadcast of the work itself. In this case, however, there is only one activity at issue: downloading a copy of a video game containing musical works. [Emphasis in original.]

[48] In my view, this passage reaffirms the fundamental distinction between reproduction and performance (communication to the public by telecommunication) that the Court articulated in *Bishop v. Stevens*. Nothing in this passage, or elsewhere in *ESA*, would authorize the Board to create a category of reproductions or copies which, by their association with broadcasting, would cease to be protected by the Act. *ESA* did not explicitly, or by necessary implication, overrule *Bishop v. Stevens*.

[49] As a result, I am unable to accept the Broadcasters’ argument that the comments about technological neutrality in *ESA* have changed the legal landscape to the point where the Board erred in finding that incidental copies are protected by copyright. The Broadcasters’ argument with respect to technological neutrality fails.

ADDITIONAL GROUNDS OF REVIEW

[50] The Broadcasters raise a number of other issues in their attack on the Board’s decision. They can be summarized as follows:

[TRANSDUCTION] ... la Copyright Act, 1911 [sur laquelle la Loi canadienne est modelée] expose les droits du titulaire d’un droit d’auteur. Il énumère certains actes que seul le titulaire d’un droit d’auteur peut accomplir. Le droit d’accomplir chacun de ces actes est, à mon avis, un droit distinct, créé par la loi, *et quiconque accomplit l’un de ces actes sans le consentement du titulaire du droit d’auteur commet de ce fait un délit; s’il en accomplit deux, il commet deux délits et ainsi de suite.* [Italiques ajoutés par les juges Abella et Moldaver.]

À notre avis, dans l’arrêt *Bishop*, la Cour cite ce passage uniquement pour mettre en évidence le caractère distinct des droits énumérés au par. 3(1). Elle n’affirme *pas* qu’une *seule* activité (le téléchargement) peut porter atteinte à deux droits distincts en même temps. C’est ce qui ressort de l’extrait tiré de l’arrêt *Ash c. Hutchinson*, qui renvoie à [TRANSDUCTION] « deux actes ». Par exemple, dans l’affaire *Bishop*, deux activités étaient en cause : (1) la réalisation d’une copie éphémère de l’œuvre musicale en vue de sa diffusion et (2) la diffusion effective de celle-ci. Or, une seule activité fait l’objet de la présente espèce : le téléchargement de la copie d’un jeu vidéo contenant une œuvre musicale. [Italiques dans l’original.]

[48] J’estime que ce passage réaffirme la distinction fondamentale entre la reproduction et l’exécution ou la représentation (communication au public par télécommunication) qu’a établie la Cour dans l’arrêt *Bishop c. Stevens*. Rien dans ce passage, ni ailleurs dans l’arrêt *ESA*, n’autorise la Commission à créer une catégorie de reproductions ou de copies qui, en raison de leur association avec la diffusion, cesserait d’être protégée par la Loi. Dans l’arrêt *ESA*, la Cour ne renverse pas l’arrêt *Bishop c. Stevens*, ni explicitement ni implicitement.

[49] En conséquence, je ne puis accepter l’argument des télédiffuseurs selon lequel les commentaires faits par la Cour dans l’arrêt *ESA* sur la neutralité technologique ont changé le paysage juridique au point d’affirmer que la Commission a conclu à tort que les copies accessoires sont protégées par le droit d’auteur. L’argument des télédiffuseurs à l’égard de la neutralité technologique n’est pas retenu.

MOTIFS DE CONTRÔLE ADDITIONNELS

[50] Les télédiffuseurs soulèvent plusieurs autres questions dans leur contestation de la décision de la Commission. En voici le résumé :

(1) The Board failed to carry out or to properly carry out its role as economic regulator by wrongly deciding a number of questions that arose before it in the course of its decision.

(2) The Board exceeded its jurisdiction when it imposed a general licence on the Broadcasters notwithstanding the latter's expressed preference for transaction-based licences if the Board ordered the payment of royalties for ephemeral reproductions.

(3) The Board failed to consider a relevant factor when it refused to take into account the CBC's ability to pay when fixing licence fees that were substantially more than those which the CBC has paid historically.

I will now address each of these in turn.

(1) The Board failed to carry out or to properly carry out its role as economic regulator by wrongly deciding a number of questions that arose before it in the course of its decision.

[51] This heading covers a number of distinct findings by the Board whose common denominator is their economic impact. Most of these findings relate to the exercise of the Board's judgment in assessing the evidence put before it by the parties and in putting a value on reproduction rights in different contexts, such as radio, television, internet, and film and DVD distribution.

[52] Such questions are reviewable on the standard of reasonableness since they inevitably involve the weight to be given to the evidence heard by the Board and the conclusions to be drawn from that evidence. Reasonableness, in this context, means "within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 74.

1) La Commission ne s'est pas acquittée, ou s'est mal acquittée, de son rôle d'organisme de réglementation économique lorsqu'elle a tiré des conclusions erronées sur un certain nombre de questions qu'elle a dû trancher pour arriver à sa décision.

2) La Commission a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence générale aux télédiffuseurs malgré qu'ils aient expressément dit préférer les licences transactionnelles si la commission ordonnait le paiement de redevances pour les reproductions éphémères.

3) La Commission a ignoré un facteur pertinent lorsqu'elle a refusé de tenir compte de la capacité de payer de la SRC au moment de fixer des droits de licence qui étaient substantiellement plus élevés que ceux qu'avait versés la SRC par le passé.

J'examinerai ces questions à tour de rôle.

1) La Commission ne s'est pas acquittée, ou s'est mal acquittée, de son rôle d'organisme de réglementation économique lorsqu'elle a tiré des conclusions erronées sur un certain nombre de questions qu'elle a dû trancher pour arriver à sa décision.

[51] Cette rubrique couvre plusieurs conclusions distinctes tirées par la Commission, dont les répercussions économiques constituent le dénominateur commun. La Commission a tiré ces conclusions après avoir exercé son jugement pour évaluer la preuve présentée par les parties et pour donner une valeur aux droits de reproduction dans des contextes différents, comme ceux de la radio, de la télévision, de l'Internet et de la distribution de films et DVD.

[52] Ces questions sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable puisqu'elles concernent inévitablement le poids à donner à la preuve présentée à la Commission et les conclusions tirées de la preuve. Dans ce contexte, le caractère raisonnable signifie que la décision « fait [...] partie des issues acceptables au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 74.

[53] Many of the points raised by the Broadcasters are an attempt to re-argue before us the evidence that was before the Board. In essence, the questions raised by the Broadcasters turn on whether ephemeral copies have economic value and, if so, the proper quantification of that value in the setting of royalties.

[54] The Broadcasters' first approach to the question of the value of ephemeral copies was to argue that any value attached to ephemeral copies was compensated in the through-to-the-viewer licence issued to the producers who paid for a synchronization licence with respect to an audiovisual work. A good deal of evidence was led to show that the through-to-the-viewer licence was the industry standard in Canada and that the terms of such a licence made the issue of broadcast-incidental copies redundant since all downstream reproductions are covered by the terms of the licence. The Broadcasters say that the Board cannot or should not make an order contrary to established commercial practice in the broadcasting industry.

[55] Notwithstanding the Broadcasters' attempt to make this a question of law, it is one of fact. Did the producers from whom they obtained programs (with respect to which SODRAC administered the reproduction rights) obtain a through-to-the-viewer licence from SODRAC? If the answer to the question is no, it is of no assistance to the Broadcasters to say that they thought the producers had obtained such licences or that they ought to have.

[56] The Board examined the evidence submitted by the parties on this question, including a number of synchronization licences issued by SODRAC and came to the conclusion that "[i]n the most relevant market, the province of Quebec, through-to-the-viewer licensing exists but is not the norm": decision, at paragraph 78. It is not this Court's role to review the evidence and to decide if it would come to the same conclusion. The Board's conclusion is based on the evidence, it is intelligible and it is within the range of acceptable outcomes, having regard to the facts and the law.

[53] Les télédiffuseurs tentent, dans bon nombre de questions qu'ils soulèvent, de débattre à nouveau devant la Cour les points qui avaient été présentés à la Commission. Les points soulevés par les télédiffuseurs reposent essentiellement sur la question de savoir si les copies éphémères ont une valeur économique et, dans l'affirmative, sur la bonne manière de calculer cette valeur pour fixer les redevances.

[54] S'agissant de la valeur des copies éphémères, les télédiffuseurs ont d'abord fait valoir que la valeur rattachée aux copies éphémères est comblée par la licence libre de tous droits octroyée aux producteurs qui ont payé pour une licence de synchronisation pour une œuvre audiovisuelle. De nombreux éléments de preuve ont été présentés pour établir que la licence libre de tous droits constitue la norme dans l'industrie canadienne et que les modalités de cette licence rendaient la question des copies accessoires de diffusion redondante étant donné que les reproductions en aval sont couvertes par les modalités de la licence. Les télédiffuseurs disent que la Commission ne peut, ou ne devrait pas, rendre une ordonnance qui irait à l'encontre de la pratique commerciale établie dans l'industrie de la diffusion.

[55] Il s'agit d'une pure question de fait. Les producteurs auprès desquels les télédiffuseurs ont obtenu des émissions (à l'égard desquels la SODRAC a administré les droits de reproduction) ont-ils obtenu de la SODRAC une licence libre de tous droits? Si la réponse à cette question est négative, il est inutile que les télédiffuseurs disent qu'ils croyaient que les producteurs avaient obtenu de telles licences ou qu'ils auraient dû en obtenir.

[56] La Commission a examiné la preuve présentée par les parties sur cette question, notamment plusieurs licences de synchronisation délivrées par la SODRAC et elle en a conclu que « [s]ur le marché le plus pertinent, soit la province de Québec, les licences libres de tous droits existent, mais ne constituent pas la norme » : décision, au paragraphe 78. Il n'appartient pas à la Cour d'examiner la preuve et de décider si elle en arriverait à la même conclusion. La Commission s'est fondée sur la preuve pour tirer sa conclusion, laquelle est intelligible et appartient aux issues acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[57] The Broadcasters also challenge the Board's conclusion that Quebec is the relevant market but in light of the fact that SODRAC represents the majority of reproduction rights holders in Quebec (see decision, at paragraph 18), it is not unreasonable to consider the market where SODRAC is the most active as the relevant market.

[58] The Broadcasters go on to say that the formula devised by the Board to credit them in cases where programs which they broadcast have cleared to the viewer is wrong and produces an absurd result because even if all programs broadcast in a given period were cleared to the viewer, the formula would still require them to pay royalties with respect to those programs. For reasons that will become apparent, I believe that this issue is best dealt with under the heading dealing with the Board's power to issue a blanket licence over the CBC's objections.

[59] The remaining "economic" issues involve questions such as the fixing of SODRAC's royalties as a percentage of royalties payable to SOCAN, and the fact that some royalties imposed by the Board (e.g. Internet TV) are inconsistent with those ratios. These decisions are based upon the evidence that the Board had before it and to which it makes reference in its decision. The Board has expertise in the setting of appropriate royalties as a result of its long experience in doing so. It has the advantage of having heard all the evidence as well as having an in-depth understanding of the context in which these questions arise. These factors suggest that we should defer to the Board's expertise, unless it can be shown that the Board has come to an unreasonable conclusion. That has not been shown with respect to these issues.

(2) The Board exceeded its jurisdiction when it imposed a general licence on the Broadcasters notwithstanding the latter's expressed preference for transaction-based licences in the event that the Board ordered the payment of royalties for ephemeral reproductions.

[57] Les diffuseurs contestent également la conclusion de la Commission selon laquelle le Québec constitue le marché pertinent, mais compte tenu du fait que la SODRAC représente la majorité des titulaires de droits de reproduction au Québec (voir la décision, au paragraphe 18), il n'est pas déraisonnable que le marché dans lequel la SODRAC exerce le plus d'activités soit le plus pertinent.

[58] Les télédiffuseurs affirment ensuite que la formule conçue par la Commission pour les créditer lorsque les émissions qu'ils diffusent ont été autorisées en aval est erronée et produit un résultat absurde parce que même si toutes les émissions diffusées dans une période précise étaient autorisées en aval, la formule les obligerait quand même à payer des redevances pour ces émissions. Pour des motifs qui ressortiront ultérieurement, j'estime que cette question doit être examinée sous la rubrique qui porte sur le pouvoir de la Commission de délivrer une licence générale malgré les objections de la SRC.

[59] Les autres questions d'ordre « économique » portent sur des points qui concernent par exemple les redevances de la SODRAC fixées en pourcentage des redevances payables à la SOCAN, et le fait que certaines redevances imposées par la Commission (par ex., la télévision sur Internet) ne sont pas conformes à ces ratios. Ces décisions sont fondées sur la preuve qui avait été présentée à la Commission et elle y renvoie dans sa décision. La Commission possède une expertise dans la fixation des redevances appropriées parce qu'elle le fait depuis très longtemps. Elle a l'avantage d'avoir entendu tous les témoins et elle a une connaissance approfondie du contexte dans lequel ces questions se posent. Ces facteurs indiquent que notre Cour devrait faire preuve de retenue envers l'expertise de la Commission, à moins qu'il soit démontré que la Commission a tiré une conclusion déraisonnable. Rien de tel n'a été démontré à l'égard de ces questions.

2) La Commission a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence générale aux télédiffuseurs malgré qu'ils aient expressément dit préférer les licences transactionnelles si la commission ordonnait le paiement de redevances pour les reproductions éphémères.

[60] The CBC argues that the Board exceeded its jurisdiction when it imposed a blanket synchronization licence. The CBC says that it indicated to the Board that, at the royalty rates proposed by SODRAC, it would proceed by way of transactional licences as the need arose. This argument does not arise for Astral as it is not a producer of audiovisual works and therefore does not require a synchronization licence.

[61] The CBC's argument is based on the wording of section 70.2 of the Act, the provision that permits the Board to set the terms of a licence between two parties as opposed to fixing a tariff:

Application to fix amount of royalty, etc.

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to *fix the royalties and their related terms and conditions*.

Fixing royalties, etc.

(2) The Board may *fix the royalties and their related terms and conditions* in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative. [My emphasis.]

[62] The CBC's argument is that the power to "fix the royalties and their related terms and conditions" does not include the power to decide if the parties will enter into a licensing agreement at all. If the parties do not agree that they wish to enter into a licence agreement, there is no agreement with respect to which the Board may fix the royalties and the terms and conditions. Thus, if "CBC does not want a blanket synchronization licence, the Board has no jurisdiction to impose it": Broadcasters' memorandum of fact and law, at paragraph 18.

[60] La SRC prétend que la Commission a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a imposé une licence de synchronisation générale. La SRC affirme qu'elle a indiqué à la Commission que, compte tenu des taux de redevances proposés par la SODRAC, elle privilégierait les licences transactionnelles au besoin. Cet argument ne concerne pas Astral, car il n'est pas un producteur d'œuvres audiovisuelles et il n'a pas besoin d'une licence de synchronisation.

[61] L'argument de la SRC repose sur le libellé de l'article 70.2 de la Loi. Il s'agit de la disposition qui autorise la Commission à fixer les modalités d'une licence convenue entre deux parties, et non à fixer un tarif :

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de *fixer ces redevances ou modalités*.

Demande de fixation de redevances

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, *fixer les redevances et les modalités afférentes* relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci. [Je souligne.]

Modalités de la fixation

[62] Selon la SRC, le pouvoir de [TRADUCTION] « fixer des redevances et leurs modalités » ne comprend pas le pouvoir de décider si les parties concluront vraiment un contrat de licence. Si les parties ne s'entendent pas pour dire qu'elles veulent conclure un contrat de licence, il n'y aura aucun contrat à partir duquel la Commission pourra fixer les redevances et les modalités. Par conséquent, si [TRADUCTION] « la SRC ne veut pas une licence de synchronisation générale, la Commission n'a pas compétence pour lui en imposer une » : mémoire des faits et du droit des télédiffuseurs, au paragraphe 18.

[63] SODRAC points out that the CBC has the right to refrain from using music in the SODRAC repertoire, in which case the question of the form of licence simply does not arise. However, where the CBC chooses to use the SODRAC repertoire in its productions, it requires a licence. If it is not able to agree on the terms of that licence with SODRAC, then the latter is entitled to apply pursuant to section 70.2 of the Act to have the Board set the royalties and the terms and conditions which apply to them, including the basis upon which those royalties are calculated.

[64] In its submissions before the Board, the CBC seems to have conceded that the Board could impose a blanket licence. At paragraph 119 of its decision, the Board summarizes one of the options put forward by the CBC's experts with respect to a blanket through-to-the-viewer licence for the CBC. Later on, at paragraph 132, the same experts propose a discount to the royalty payable pursuant to the proposal for a blanket licence favoured by the Board.

[65] Finally, the CBC's own submissions to the Board appear to have accepted that the Board could impose a blanket licence (joint application record, Vol. 1, Tab 1):

12.1 The Board should issue a blanket license covering all television production and broadcasting activities of SRC/CBC.

[66] The CBC's response to these facts is to say that the Board could impose a blanket licence with its consent but not without it.

[67] If that is so, then the Board's remedial jurisdiction under section 70.2 is dependent upon the consent of one of the parties to the statutory arbitration. On its face, such a proposition is at odds with the objective of section 70.2, which is to resolve disputes that the parties have been unable to resolve themselves. In this case, the CBC, having failed to agree with SODRAC on the terms of a licence, claims the right to decide that in the future, it will proceed by agreement with SODRAC.

[63] La SODRAC signale que la SRC a le droit de ne pas utiliser la musique qui fait partie du répertoire de la SODRAC. Dans ce cas, la question concernant la forme de la licence ne se pose simplement pas. Cependant, si la SRC choisit d'utiliser le répertoire de la SODRAC dans ses productions, elle doit avoir une licence. Si elle ne peut s'entendre avec la SODRAC sur les modalités de cette licence, cette dernière a le droit de demander à la Commission, en vertu de l'article 70.2 de la Loi, de fixer les redevances et les modalités qui s'appliquent à elles, y compris les éléments sur lesquels repose le calcul de ces redevances.

[64] Dans les observations qu'elle a présentées à la Commission, la SRC semble avoir admis que la Commission pouvait imposer une licence générale. Au paragraphe 119 de sa décision, la Commission résume l'une des options proposées par les experts de la SRC portant sur une licence générale libre de tous droits accordée à la SRC. Plus loin, au paragraphe 132, les mêmes experts proposent l'application d'un escompte à la redevance payable conformément à la proposition de licence générale privilégiée par la Commission.

[65] Enfin, d'après les observations qu'elle a présentées à la Commission, la SRC semble avoir accepté que la Commission puisse imposer une licence générale (dossier conjoint de la demande, vol. 1, onlet 1) :

[TRADUCTION]

12.1 La Commission devrait délivrer une licence générale qui s'applique à toutes les activités de production télévisuelle et de radiodiffusion de la SRC/CBC.

[66] La SRC a répondu à ces faits en disant que la Commission pouvait imposer une licence générale si elle y consentait, mais qu'elle ne pouvait le faire sans son consentement.

[67] Dans ce cas, le pouvoir de réparation que l'article 70.2 confère à la Commission dépend du consentement de l'une des parties à l'arbitrage prévu par la loi. À première vue, une telle proposition contredit l'objet de l'article 70.2, qui est de régler les différends que les parties n'ont pu régler elles-mêmes. En l'espèce, la SRC, qui ne s'est pas entendue avec la SODRAC sur les modalités d'une licence, revendique le droit de s'entendre avec la SODRAC à l'avenir.

[68] The CBC claims that its position is supported by a decision of the Federal Court Trial Division [now the Federal Court], *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1990] 3 F.C. 489. In that case, the issue was whether CTV, as a network, was liable to pay royalties with respect to communication of a work to the public by telecommunication. That issue had been determined against the Copyright Board and the collective societies involved in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] S.C.R. 676 (CAPAC) but, following amendments to the Act, the Board proposed, once again, to consider a tariff payable by the network. The Federal Court agreed with CTV that the amendments had not had the effect proposed by the Board. In the course of its reasoning, the Court said that the Board's only function was to fix the royalties that the collective societies could charge. On appeal, the Federal Court's decision was upheld [[1993] 2 F.C. 115] though this Court took a broader view of the Board's jurisdiction. It quoted [at page 124] the following passage from *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at page 1756:

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes. [Footnote omitted.]

[69] In my view, this statement remains good law: see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 51. As a result, CAPAC is of no assistance to the CBC. Its argument on this issue fails.

[70] That said, the issue of the discount formula may go some way to meeting some of the CBC's objections to a blanket licence. The discount formula is a

[68] Selon la SRC, la décision *CTV Television Network Ltd. c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1990] 3 C.F. 489, de la Section de première instance de la Cour fédérale [maintenant la Cour fédérale] appuie sa thèse. Dans cette affaire, la question en litige était celle de savoir si CTV, à titre de réseau, était tenu de payer des redevances pour la communication d'une œuvre au public par télécommunication. Cette question avait été tranchée en défaveur de la Commission du droit d'auteur et des sociétés collectives parties à l'affaire *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] R.C.S. 676 (CAPAC), mais après certaines modifications apportées à la Loi, la Commission a proposé, encore une fois, d'envisager un tarif payable par le réseau. La Cour fédérale a convenu avec CTV que les modifications n'avaient pas eu les effets proposés par la Commission. Dans son raisonnement, la Cour a affirmé que la seule fonction qu'avait la Commission était celle de fixer les redevances que les sociétés collectives pouvaient exiger. En appel, notre Cour [[1993] 2 C.F. 115] a confirmé le jugement de la Cour fédérale, mais elle a interprété plus largement la compétence de la Commission. Elle a cité [à la page 124] le passage suivant tiré de l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la page 1756 :

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste. [Note de bas de page omise.]

[69] Cet énoncé demeure valable : voir *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 51. Par conséquent, l'arrêt CAPAC n'est d'aucun secours pour la SRC. Son argumentation à cet égard doit être rejetée.

[70] Cela dit, la question de la formule de calcul de l'escompte peut jusqu'à un certain point répondre à certaines des objections de la SRC concernant l'octroi

formula designed to give the Broadcasters credit when they broadcast a program in which the producer has in fact obtained a through-to-the-viewer licence from SODRAC.

[71] Before dealing with the specifics of the operation of the discount formula, it may be useful to review the context. At paragraph 62 of its decision, quoted at paragraph 19 of these reasons, the Board held that liability for royalties exists only to the extent that the “envisaged use” requires a licence. The corollary of this proposition is that, to the extent that a licence has been obtained by others for the benefit of a broadcaster, no royalties are payable.

[72] A second factor to be taken into account is that the formula for royalties payable in a given month reflects the fact that music from the SODRAC repertoire is only a fraction of the total music used by a broadcaster in any given month. As a result, in calculating the royalty rate for SODRAC, the Board allowed a “repertoire adjustment”. Thus, at paragraph 93 of its decision, the Board identified the portion of a broadcasting service’s offerings which were drawn from the SODRAC repertoire. By way of example only, it found that music from the SODRAC repertoire was 46.33 percent of the music used on CBC television. To obtain the net royalty rate, the Board multiplied the base royalty rate by the repertoire adjustment. For CBC television, the base royalty rate of 31.25 percent was reduced by 46.33 percent to yield a net royalty rate of 14.78 percent : see paragraph 110 of the decision.

[73] As for the formula itself, SODRAC points out in its memorandum of fact and law that the Board proposed the discount formula to the parties in pre-hearing mediation. When it introduced the discount formula the Board explained it as follows (application record, Vol. 23, Tab 14, article 6.03, footnote 10):

d’une licence générale. La formule de calcul de l’escompte vise à accorder aux télédiffuseurs un crédit pour la diffusion d’une émission à l’égard de laquelle le producteur a obtenu une licence libre de tous droits de la SODRAC.

[71] Avant d’examiner les particularités de l’application de la formule de calcul de l’escompte, il est peut-être utile d’examiner le contexte. Au paragraphe 62 de sa décision, reproduit au paragraphe 19 des présents motifs, la Commission a déclaré que l’obligation de verser des redevances n’existe que dans la mesure où l’« utilisation prévue » exige une licence. Le corollaire de cette affirmation est que, dans la mesure où la licence a été obtenue par un tiers au bénéfice d’un télédiffuseur, il n’y a aucune redevance à verser.

[72] Il faut aussi tenir compte d’un deuxième facteur : la formule de calcul des redevances payables pour un mois donné reflète le fait que la musique du répertoire de la SODRAC ne constitue qu’une fraction de l’ensemble de la musique utilisée par le télédiffuseur au cours d’un mois. Par conséquent, pour calculer le taux de redevance pour la SODRAC, la Commission a accepté l’idée d’un « ajustement de répertoire ». Ainsi, au paragraphe 93 de sa décision, la Commission a précisé la portion de l’utilisation du répertoire de la SODRAC dans l’offre de service de diffusion. Par exemple, elle a conclu que la musique du répertoire de la SODRAC constituait 46,33 p. 100 de la musique diffusée à la télévision de la SRC. Pour obtenir le taux de redevance net, la Commission a multiplié le taux de l’assiette de redevance par le pourcentage de l’ajustement de répertoire. Pour la télévision de la SRC, le taux de l’assiette de redevance de 31,25 p. 100 a été réduit de 46,33 p. 100 pour atteindre le taux de redevance net de 14,78 p. 100 : voir le paragraphe 110 de la décision.

[73] En ce qui concerne la formule elle-même, la SODRAC souligne que, dans son mémoire des faits et du droit, la Commission a proposé aux parties la formule de calcul de l’escompte lors de la médiation qui a eu lieu avant l’audience. Elle avait alors expliqué cette formule comme suit (dossier de demande, vol. 23, onglet 14, article 6.03, note de bas de page 10) :

New provision which I am now authorized to share with you. The intention is to allow SRC [Société Radio Canada] (and Astral) to not pay any royalties for broadcast incidental copies if the producer of the program has in fact obtained a “through to the viewer” licence.

Nouvelle disposition dont je suis maintenant autorisé à vous faire part. L'intention est de permettre à la SRC [Société Radio Canada] (et à Astral) de ne payer aucune redevance pour les reproductions incidentes de diffusion (broadcast incidental copies) si le producteur de l'émission a effectivement obtenu une licence « through to the viewer ».

[74] It bears repeating that the royalties payable to SODRAC are only payable for the use of music in the SODRAC repertoire. Taking the Board at its word, if all the programs using music from the SODRAC repertoire in a given month were cleared through-to-the-viewer, then the formula should result in a discount equal to the total royalties otherwise payable for that month.

[74] Il convient de répéter que les redevances qui doivent être versées à la SODRAC ne le sont que pour l'utilisation de la musique du répertoire de la SODRAC. Ainsi, comme le dit la Commission, si toutes les émissions utilisant de la musique du répertoire de la SODRAC au cours d'un mois étaient libres de tous droits, la formule devrait donner lieu à un escompte équivalant au total des redevances autrement payables pour le mois en question.

[75] The Board expressed the formula in terms of a discount per program. The formula itself is as follows:

[75] La formule retenue par la Commission permettait de calculer un escompte pour chaque émission :

Discount per program = $A \times B / C$

Escompte par émission = $A \times B / C$

Where

où

A = the monthly rate applicable to the service that broadcasts the relevant program,

A = le taux de redevance net applicable au service qui diffuse l'émission visée,

B = the program's production cost, in the case of a CBC program, and the program's acquisition cost, in the case of another program, and

B = le coût de production de l'émission, dans le cas d'une émission de la SRC, et le coût d'acquisition de l'émission, dans le cas d'une autre émission, et

C = the total production and acquisition costs for the programs broadcast by the service during the month.

C = les coûts totaux de production et d'acquisition pour la diffusion des émissions par le service au cours du mois.

[76] While the formula is calculated on a program basis and the royalties are calculated on a monthly basis, the monthly discount is necessarily the sum of all the individual program discounts for a given month. So, if the relevant costs for all SODRAC material “cleared to the viewer” broadcast in a month are aggregated under item B, the formula will yield the monthly discount.

[76] Comme la formule propose un calcul pour chaque émission et que les redevances sont calculées pour chaque mois, l'escompte pour le mois est nécessairement la somme de tous les escomptes pour chacune des émissions. Ainsi, si, pour un mois, on additionne sous l'élément B les coûts pertinents de l'ensemble du matériel de la SODRAC dont la diffusion « est libre de tous droits », la formule permet d'obtenir l'escompte pour le mois.

[77] In a given month, the royalty payable by a broadcaster is the net royalty rate less the total of the discounts for programs containing music from the SODRAC

[77] Pour un mois, la redevance qu'un télédiffuseur doit payer à la SODRAC est le taux de redevance net moins le total des escomptes pour les émissions libres

repertoire that have been cleared to the viewer. If the formula is properly constructed, in a month where all the music used from the SODRAC repertoire was cleared to the viewer, the discount should equal the net royalty rate so that, in that month, no royalties would be due. In order for the discount to equal the net royalty rate (item A in the formula), the fraction B/C must equal 1.

[78] However, we know from the repertoire adjustment that music from the SODRAC repertoire is only 46.33 percent of all music broadcast by CBC television. As a result, item C in the formula, the total production and acquisition costs for the programs broadcast by the service during the month, will always be larger than item B since item the latter (music from the SODRAC repertoire) represents only 46.33 percent of the music broadcast in a month and presumably roughly the same proportion of the total production and acquisition costs of all programs in a month. So, in a case where all music from the SODRAC repertoire broadcast in a month had been cleared to the viewer, the total discount for that month would be in the order of 46 percent, such that a royalty of 54 percent would be payable in a month in which all rights had already been cleared to the viewer.

[79] Such a result is contrary to law, in the sense that royalties are not payable where the rights to use the music have already been cleared. The Board recognized this when it proposed the formula as a means of allowing the broadcaster an exemption for cleared to the viewer programs. In my view, the Broadcasters are correct when they say that the formula is flawed and needs to be corrected.

[80] In order for the discount formula to work as intended, C must represent the production or acquisition cost of all music from the SODRAC repertoire that has been broadcast in the reference month. Where all of that music has been cleared to the viewer, then B/C will equal 1. In a case where some of the music has been cleared to the viewer and some has not, this amendment to the formula will reduce the royalties payable in proportion to the extent to which music has been cleared to the viewer.

de tous droits. Si la formule est correctement interprétée, l'escompte devrait être égal au taux de redevance net pour chaque mois au cours duquel toute la musique provenant du répertoire de la SODRAC est libre de tous droits. Ainsi, ce mois-là, aucune redevance ne devrait être payable. Pour que l'escompte soit égal au taux de redevance net (élément A de la formule), la fraction B/C doit être égale à 1.

[78] Or, selon l'ajustement de répertoire, la musique du répertoire de la SODRAC n'équivaut qu'à 46,33 p. 100 de toute la musique diffusée par la télévision de la SRC. Par conséquent, l'élément C de la formule, les coûts totaux de production et d'acquisition de toutes les émissions diffusées par le service au cours du mois, sera toujours supérieur à l'élément B puisque cet élément B (musique du répertoire de la SODRAC) ne représente que 46,33 p. 100 de la diffusion musicale au cours d'un mois et, vraisemblablement, à peu près la même proportion des coûts totaux de production et d'acquisition de toutes les émissions pendant un mois. Ainsi, dans le cas où toute la musique du répertoire de la SODRAC diffusée au cours d'un mois est libre de tous droits, l'escompte total pour ce mois serait d'environ 46 p. cent, de sorte qu'une redevance de 54 p. 100 devrait être versée pour un mois pour lequel tous les droits ont déjà été affranchis.

[79] Ce résultat est contraire à la loi, en ce sens que des redevances ne doivent pas être versées lorsque les droits relatifs à l'utilisation de la musique ont déjà été affranchis. La Commission l'a reconnu lorsqu'elle a proposé la formule comme façon d'accorder une exemption aux télédiffuseurs pour les émissions libres de tous droits. À mon avis, les télédiffuseurs ont raison de dire que la formule est bancal et doit être corrigée.

[80] Pour que la formule de calcul de l'escompte ait l'effet voulu, C doit représenter le coût de production ou d'acquisition de toute la musique du répertoire de la SODRAC qui a été diffusée au cours du mois visé. Lorsque toute cette musique est libre de tous droits, la fraction B/C est égale à 1. Dans le cas où une partie de la musique est libre de tous droits et une autre ne l'est pas, la formule ainsi modifiée permet de réduire les redevances qui doivent être versées en proportion de la musique qui est libre de tous droits.

[81] This discussion is no doubt difficult to follow in the abstract. As a result, I have included an example demonstrating both the flaw in the formula as drafted by the Board, and the effect of the amendment to the formula that I propose, in an appendix to these reasons.

[82] In the end result, I would allow the applications in part [in files Nos. A-516-12 and A-527-12] to allow for the amendment of the discount formula.

(3) The Board failed to consider a relevant factor when it refused to take into account the CBC's ability to pay when fixing licence fees that were substantially more than those which CBC has paid historically.

[83] The CBC bases this argument on a heading at paragraph 157 of the Board's decision: "Summary of the Rates to be Certified, Estimated Royalties and *Ability to Pay*" (my emphasis). The CBC points out, correctly, that nowhere in the two paragraphs that make up this portion of the Board's decision is the subject of ability to pay discussed. Furthermore, the CBC says that the Board committed a reviewable error in ordering a four-fold increase in royalties payable at a time when, according to the evidence, the CBC's revenues have diminished drastically.

[84] This argument can be disposed of summarily. The CBC is a publicly funded broadcaster whose basic allocation is voted by Parliament. If the CBC is not properly funded, as its submissions suggest, it is not the role of the artists whose works it uses in its broadcasts and productions to make up the shortfall by accepting less than the economic value of their rights under the Act. The Board's role as economic regulator does not extend to protecting the CBC from the cost consequences of the programming choices it makes. This argument fails as well.

[81] Il ne fait aucun doute que cette discussion est difficile à suivre dans l'abstrait. J'ai donc joint aux présents motifs, en annexe, un exemple qui démontre, d'une part, le problème de la formule proposée par la Commission et, d'autre part, l'effet de la formule modifiée que je propose.

[82] En fin de compte, j'accueillerais en partie les demandes relatives aux dossiers A-516-12 et A-527-12 pour permettre la modification de la formule de calcul de l'escompte.

3) La Commission a ignoré un facteur pertinent lorsqu'elle a refusé de tenir compte de la capacité de payer de la SRC au moment de fixer des droits de licence qui étaient substantiellement plus élevés que ceux qu'avait versés la SRC par le passé.

[83] À l'appui de sa prétention, la SRC invoque le titre se trouvant au paragraphe 157 de la décision de la Commission : « Récapitulatif des tarifs homologués, des redevances et de la *capacité de payer* » (les italiques sont de moi). La SRC souligne à bon droit que nulle part, dans les deux paragraphes qui forment cette partie de la décision de la Commission, il n'a été question de capacité de payer. La SRC fait en outre valoir que la Commission a commis une erreur susceptible de révision en ordonnant une augmentation quatre fois plus élevée des redevances à un moment où, selon la preuve, les revenus de la SRC avaient considérablement diminué.

[84] L'argument peut être réglé rapidement. La SRC est un télédiffuseur financé par des fonds publics dont les crédits sont votés par le Parlement. Si la SRC n'est pas correctement financée, comme elle le soutient dans ses observations, les artistes dont elle utilise le travail pour ses émissions et productions n'ont pas à combler le manque à gagner en acceptant des redevances inférieures à celles auxquelles ils ont droit en vertu de la Loi. Le rôle de la Commission en tant qu'organisme de réglementation économique ne s'étend pas à chercher à protéger la SRC des conséquences pécuniaires de ses choix d'émissions. Cette prétention est également rejetée.

[85] This disposes of the matters raised by the Broadcasters in files Nos. A-516-12 and A-527-12. The terms of the judgment to be issued pursuant to these reasons will be dealt with below. I now turn to the subject matter of file No. A-63-12.

The application for judicial review of the interim licence issued on January 16, 2013

[86] The licences issued by the Board following its November 2, 2012 decision expired on March 31, 2012 (CBC) and August 31, 2012 (Astral). However, in 2009, the Board made an interim order continuing the then existing licences in place until it rendered its decision with respect to the 2008–2012 period. Those interim orders were of no further effect as of November 2, 2012 when the Board issued its decision and the concomitant licences. This left a legal vacuum as the 2009 interim licences were at an end and the new licences had already expired.

[87] In order to fill this legal vacuum, on January 16, 2013, the Board ordered that the licences for the 2008–2012 periods would continue in effect from the date of their expiry until the Board rendered a final decision with respect to the section 70.2 application made by SODRAC for the 2012–2016 periods. The Board's interim decision and the licences issued as a result are the subject of the third application for judicial review by the CBC.

[88] In its January 16, 2013 reasons (available online at <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>), the Board canvassed the factors that were relevant to the making of an interim order. It noted that an interim decision was intended to avoid the negative consequences resulting from lengthy proceedings and avoided the creation of a legal vacuum. It disagreed with the CBC's argument that the 2008–2012 licence did not represent the *status quo* given its significant differences from the parties' prior pattern of dealings. The Board found that the *status quo* represented the state of the relationship between the parties at a given time, regardless of how long that state of affairs had been in place. Once the Board made the order with respect to

[85] Voilà qui règle les questions soulevées par les télédiffuseurs dans les dossiers A-516-12 et A-527-12. Je traiterai plus loin des modalités du jugement qui devra être rendu conformément aux présents motifs. Je passe maintenant au dossier A-63-12.

La demande de contrôle judiciaire de la licence provisoire délivrée le 16 janvier 2013

[86] Les licences délivrées par la Commission à la suite de sa décision du 2 novembre 2012 ont expiré respectivement le 31 mars 2012, dans le cas de la SRC, et le 31 août 2012, dans le cas d'Astral. Toutefois, en 2009, la Commission a rendu des ordonnances provisoires qui prorogeaient les licences existantes pour la période 2008–2012. Ces ordonnances sont devenues inopérantes le 2 novembre 2012, lorsque la Commission a rendu sa décision et délivré les licences correspondantes. Un vide juridique a ainsi été créé, étant donné que les licences provisoires de 2009 ont pris fin et que les nouvelles licences avaient déjà expiré.

[87] Pour combler ce vide juridique, la Commission a ordonné le 16 janvier 2013 que les licences visant la période 2008–2012 soient prorogées jusqu'à ce que la Commission rende une décision définitive au sujet de la demande présentée par la SODRAC au titre de l'article 70.2 pour la période 2012–2016. La décision provisoire de la Commission et les licences délivrées en conséquence font l'objet de la troisième demande de contrôle judiciaire de la SRC.

[88] Dans ses motifs datés du 16 janvier 2013 (en ligne à <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>), la Commission a examiné les facteurs qui doivent être pris en considération pour rendre une ordonnance intérimaire. Elle a souligné que les ordonnances provisoires servent à éviter les effets néfastes des longues procédures et la création de vides juridiques. Elle n'a pas accepté la prétention de la SRC selon laquelle la licence visant la période 2008–2012 ne représentait pas le statu quo étant donné les grands changements au regard des rapports entre les parties dans le passé. Selon la Commission, le statu quo était l'état des rapports entre les parties à un moment donné, peu importe depuis quand il existe. Après que la Commission eut rendu son ordonnance

the 2008–2012 period, the terms of that order became the new *status quo*.

[89] The CBC also argued that legislative changes and the Supreme Court’s recent jurisprudence had or would significantly change the landscape between it and SODRAC. The Board held that the positions put forward by the CBC on these issues (the effect of the Supreme Court’s decision in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 and the effect of the amendment to the Act, particularly section 30.9 [as am. by S.C. 2012, c. 20, s. 34]) were hardly non-contentious. The Board was of the view that these matters were more appropriately dealt with in the course of a full hearing rather than on an interim basis.

[90] However, the Board was conscious of the fact that the parties might well choose to organize their affairs differently following the issuance of the 2008–2012 licence. It was of the view that any interim licence should facilitate that process without pre-empting it. As a result, it held that the blanket synchronization licence which it imposed, over the CBC’s objections, for the 2008–2012 period should be discounted by 20 percent during the interim period so as to facilitate the migration to a new way of doing business, if the parties were motivated to do so.

[91] Before us, the CBC made the same arguments as it had before the Board. It stressed that the *status quo*, in fact, was the state of affairs that was in place prior to the issuance of the 2008–2012 licence, particularly since the execution of that licence was stayed pending the outcome of these proceedings. It also pointed to the effect that it says the newly added section 30.9 of the Act will have on the question of incidental licences. That section provides an exemption in favour of broadcast undertakings reproducing a protected work solely for the purpose of their broadcasting, subject to certain conditions.

[92] Finally, the CBC questions whether SODRAC would be in a position to repay any amounts paid to it pursuant to the interim licence if it is successful in its challenge to the latter.

relativement à la période 2008–2012, les modalités de cette ordonnance sont devenues le nouveau *statu quo*.

[89] La SRC a aussi fait valoir que les changements législatifs et la jurisprudence récente de la Cour suprême avaient changé, ou changeraient, de façon importante la situation entre la SODRAC et elle. La Commission a jugé que les arguments de la SRC sur ces questions (l’effet de l’arrêt de la Cour suprême *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326, et l’effet des modifications de la Loi, notamment l’article 30.9 [mod. par L.C. 2012, ch. 20, art. 34]) pouvaient difficilement être qualifiés de non litigieux. La Commission a estimé qu’il était préférable d’examiner ces questions dans le cadre d’une instruction au fond plutôt qu’à un stade provisoire.

[90] La Commission était toutefois consciente du fait que les parties pourraient choisir de s’organiser différemment après la délivrance de la licence visant la période 2008–2012. Selon elle, toute licence provisoire devrait faciliter le processus sans le court-circuiter. Par conséquent, elle a conclu que la licence générale de synchronisation imposée, malgré les objections de la SRC, pour la période 2008–2012 devrait prévoir un escompte de 20 p. 100 pour la période visée par la décision provisoire de manière à faciliter les changements de pratique, si jamais les parties étaient motivées à le faire.

[91] La SRC a présenté les mêmes arguments devant notre Cour que devant la Commission. Elle a fait valoir que le *statu quo* était en fait la situation qui existait avant la délivrance de la licence visant la période 2008–2012, d’autant plus que l’application de cette licence a été suspendue en attendant l’issue de la présente instance. Elle a aussi souligné l’effet qu’aura, selon elle, le nouvel article 30.9 de la Loi sur la question des licences accessoires. Cet article prévoit une exception à l’égard des entreprises de radiodiffusion qui reproduisent des œuvres protégées aux seules fins de leur radiodiffusion, sous réserve de certaines conditions.

[92] Enfin, la SRC se demande si la SODRAC serait en mesure de repayer les montants qui lui ont été versés conformément à la licence provisoire si elle a gain de cause dans la procédure qui l’oppose à la SODRAC.

[93] I agree with the Board that once it settled the terms of the 2008–2012 licence, it became the *status quo* between the parties, notwithstanding the stay of execution of that licence. Given that I propose to uphold the 2008–2012 licence with one small change, I can see no reason not to treat that order as the *status quo*. As for the changes in the way the parties do business in the future, in light of the 2008–2012 licence, legislative amendments and developments in the jurisprudence, this is a matter best considered by the Board in the hearings on the merits for the 2012–2016 licence which, as I understand it, were to begin within days of the hearing of this appeal.

[94] As a result, I would dismiss the application for judicial review in file No. A-63-13.

CONCLUSION

[95] For the reasons set out above, I would allow the applications for judicial review in part in files Nos. A-517-12, A-527-12 and A-63-12, but only for the purpose of amending the discount formula. I would amend the formula by defining element C of the formula where it appears at subsection 5.03(2) of the CBC licence and subsection 6.03(2) of the Astral licence so that it reads as follows:

(C) represents the total production and acquisition costs for all programs containing music from the SODRAC repertoire Broadcast by the service during the month.

[96] The stays of execution of the licences issued by the Board on November 2, 2012 and January 16, 2013 are hereby dissolved.

[97] SODRAC is entitled to one set of costs for all applications. However, in light of the Broadcasters' partial success, the amount of the costs, otherwise determined, will be reduced by 10 percent.

[93] Je suis d'accord avec la Commission pour dire que le règlement des modalités de la licence visant la période 2008–2012 a créé un statu quo entre les parties, et ce, malgré la suspension de l'application de cette licence. Comme je propose de maintenir la licence visant la période 2008–2012, sous réserve d'une seule petite modification, je ne vois pas pourquoi on ne considérerait pas cette ordonnance comme le statu quo. En ce qui concerne les changements touchant la façon dont les parties feront des affaires dans le futur compte tenu de la licence visant la période 2008–2012, des modifications législatives et de l'évolution de la jurisprudence, il s'agit d'une question qu'il serait préférable que la Commission examine lors de l'instruction au fond concernant la licence visant la période 2012–2016, laquelle, si j'ai bien compris, doit commencer quelques jours après l'audition du présent appel.

[94] Par conséquent, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire dans le dossier n° A-63-13.

CONCLUSION

[95] Pour les motifs exposés, j'accueillerais en partie les demandes de contrôle judiciaire dans les dossiers n°s A-517-12, A-527-12 et A-63-12, à savoir seulement en ce qui a trait à la modification de la formule de calcul de l'escompte. Je modifierais la formule en définissant l'élément C de la formule figurant à la clause 5.03(2) de la licence de la SRC et à la clause 6.03(2) de la licence d'Astral pour qu'elle soit libellée comme suit :

(C) représente les coûts totaux de production et d'acquisition pour toutes les émissions contenant de la musique du répertoire de la SODRAC diffusée par le service au cours du mois.

[96] Par les présentes, il est mis fin aux suspensions de l'application des licences par la Commission le 2 novembre 2012 et le 16 janvier 2013.

[97] Les dépens sont adjugés à la SODRAC, qui est autorisée à présenter un unique mémoire de dépens pour toutes les demandes. Toutefois, comme les télédiffuseurs ont eu partiellement gain de cause, le montant des dépens, qui reste à fixer, sera réduit de 10 p. 100.

NOËL J.A.: I agree.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

TRUDEL J.A.: I agree.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

APPENDIX

ANNEXE

For the purposes of this example, I assume the following facts:

Dans le présent exemple, je tiens pour avérés les faits suivants :

CBC television's repertoire adjusted royalty rate is 14.78 percent of the royalty base (the amount of which royalties are calculated): paragraph 110 of the decision.

Le taux de redevance rajusté du répertoire de la télévision de la SRC est de 14,78 p. 100 de l'assiette de redevance (montant servant au calcul des redevances) : paragraphe 110 de la décision.

The average amount of music from the SODRAC repertoire broadcast by the CBC in a month is 46 percent: paragraph 93 of the decision.

La quantité moyenne de musique du répertoire de la SODRAC diffusée par la SRC dans un mois correspond à 46 p. 100 de toute la musique diffusée : paragraphe 93 de la décision.

The total production costs and acquisition costs of programs containing music from the SODRAC repertoire in the reference month is \$100,000.

Les coûts totaux de production et d'acquisition des émissions contenant de la musique du répertoire de la SODRAC pour le mois visé s'élèvent à 100 000 \$.

The total production costs and acquisition costs of all programs broadcast in the reference month is \$210,000.

Les coûts totaux de production et d'acquisition de toutes les émissions diffusées au cours du mois visé s'élèvent à 210 000 \$.

The acquisition/ production costs of all programs containing music from the SODRAC repertoire in the reference month is as follows:

Les coûts d'acquisition/de production de toutes les émissions contenant de la musique du répertoire de la SODRAC pour le mois visé sont les suivants :

Program 1 –	\$15,000	
Program 2 –	\$25,000	
Program 3 –	\$14,000	
Program 4 –	\$16,000	
Program 5 –	<u>\$30,000</u>	
		\$100,000

Émission 1 –	15 000 \$	
Émission 2 –	25 000 \$	
Émission 3 –	14 000 \$	
Émission 4 –	16 000 \$	
Émission 5 –	<u>30 000 \$</u>	
		100 000 \$

Assuming that rights to Program 1 have been cleared to the viewer, the royalties payable by the broadcaster for that month would be calculated on the basis of the discount formula $A \times B/C$, where

Si l'on tient pour acquis que les droits relatifs à l'émission 1 ont été affranchis, les redevances devant être versées par le télédiffuseur pour le mois visé seraient calculées en utilisant la formule de calcul de l'escompte $A \times B/C$, où

A = the royalty rate otherwise payable,

A = le taux de redevance qu'il faudrait normalement verser,

B = the acquisition/production cost of the cleared program, and

C = the total acquisition/production cost of programs broadcast in the reference month.

Therefore

$$A = 14.78\% \quad B = \$15,000 \quad C = \$210,000$$

Discount Program 1 =

$$14.78\% \times \$15,000 / \$210,000 = 14.78\% \times .071 = 1.03\%$$

Therefore, the royalties payable by the broadcaster in the reference month would be

$$14.78\% - 1.03\% = 13.75\% \times \text{the royalty base}$$

The discount for each of the other programs, in the event that the producer has cleared the rights to the viewer, applying the same formula, would be:

$$\begin{aligned} \text{Program 2} &= 1.77\% \\ \text{Program 3} &= 0.88\% \\ \text{Program 4} &= 1.12\% \\ \text{Program 5} &= 2.11\% \end{aligned}$$

If all five programs had been cleared to the viewer, the total discount, as per the formula would be:

$$1.03\% + 1.76\% + .98\% + 1.12\% + 2.11\% = 7\%$$

The result would be the same if the acquisition/production costs were aggregated for the month, as shown below:

$$14.78 \times \$100,000 / \$210,000 = 14.78 \times .476 = 7\%$$

As a result, in a case where all programs containing music from the SODRAC repertoire had been cleared to the viewer, the discount formula established by the Board would result in the broadcaster paying royalties of:

$$14.78\% - 7\% = 7.78\% \text{ of the royalty base}$$

B = le coût d'acquisition/de production de l'émission libre de tous droits, et

C = le coût total d'acquisition/de production des émissions diffusées au cours du mois visé.

Par conséquent

$$A = 14,78\% \quad B = 15\,000 \$ \quad C = 210\,000 \$$$

Escompte émission 1 =

$$14,78\% \times 15\,000 \$ / 210\,000 \$ = 14,78\% \times 0,071 = 1,03\%$$

Par conséquent, les redevances devant être versées par le télédiffuseur pour le mois visé s'élèveraient à :

$$14,78\% - 1,03\% = 13,75\% \times \text{l'assiette de redevance}$$

Si l'on applique la même formule, l'escompte pour chacune des autres émissions, dans le cas où le producteur a affranchi tous les droits, serait de :

$$\begin{aligned} \text{Émission 2} &= 1,77\% \\ \text{Émission 3} &= 0,88\% \\ \text{Émission 4} &= 1,12\% \\ \text{Émission 5} &= 2,11\% \end{aligned}$$

Si toutes les cinq émissions sont libres de tous droits, l'escompte s'élèverait, selon la formule, à :

$$1,03\% + 1,76\% + 0,98\% + 1,12\% + 2,11\% = 7\%$$

Le résultat serait le même si on additionnait les coûts d'acquisition/de production pour le mois :

$$14,78 \times 100\,000 \$ / 210\,000 \$ = 14,78 \times 0,476 = 7\%$$

Par conséquent, si toutes les émissions contenant de la musique du répertoire de la SODRAC étaient libres de tous droits, le télédiffuseur devrait verser des redevances suivantes selon la formule de calcul de l'escompte établie par la Commission :

$$14,78\% - 7\% = 7,78\% \text{ de l'assiette de redevance}$$

in a month in which there was no liability to pay royalties. This is contrary to law and to the Board's own stated objectives.

This can be remedied by defining C in the formula as the total acquisition/production cost of all programs containing music from the SODRAC repertoire broadcast in the reference month.

Using this formula, if the rights for the music from the SODRAC repertoire had been cleared to the viewer, the discount for Program 1 would be

$$A=14.78\% \quad B=\$15,000 \quad C=\$100,000$$

Discount Program 1 =

$$14.78\% \times \$15,000/\$100,000 = 14.78 \times .15 = 2.22\%$$

$$\begin{aligned} \text{Royalties payable in reference month} &= \\ 14.78\% - 2.22\% &= 12.56\% \end{aligned}$$

If all programs broadcast in the month had been cleared to the viewer, the discount would be

$$A=14.78\% \quad B=\$100,000 \quad C=\$100,000$$

$$\begin{aligned} \text{Discount} &= 14.78\% \times \$100,000/\$100,000 = 14.78\% \\ \times 1 &= 14.78\% \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \text{Royalties payable: } &14.78\% - 14.78\% = 0 \times \text{royalty} \\ \text{base} &= \$0 \end{aligned}$$

This is the result intended by the Board.

et ce, même pour un mois pour lequel il n'y a aucune redevance à verser, ce qui est contraire à la loi et aux objectifs que la Commission a elle-même énoncés.

On peut corriger cette anomalie en définissant l'élément C de la formule comme étant le coût total d'acquisition/de production de toutes les émissions contenant de la musique du répertoire de la SODRAC diffusée au cours du mois visé.

En utilisant cette formule, si les droits relatifs à la musique du répertoire de la SODRAC ont été affranchis, l'escompte pour l'émission 1 serait de :

$$A = 14,78 \% \quad B = 15\ 000 \$ \quad C = 100\ 000 \$$$

Escompte de l'émission 1 =

$$14,78 \% \times 15\ 000 \$ / 100\ 000 \$ = 14,78 \times 0,15 = 2,22 \%$$

$$\begin{aligned} \text{Redevances devant être versées pour le mois visé} &= \\ 14,78 \% - 2,22 \% &= 12,56 \% \end{aligned}$$

Si toutes les émissions du mois sont libres de tous droits, l'escompte serait de :

$$A = 14,78 \% \quad B = 100\ 000 \$ \quad C = 100\ 000 \$$$

$$\begin{aligned} \text{Escompte} &= 14,78 \% \times 100\ 000 \$ / 100\ 000 \$ = 14,78 \% \\ \times 1 &= 14,78 \% \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \text{Redevances devant être versées : } &14,78 \% - 14,78 \% \\ &= 0 \times \text{assiette de redevances} = 0 \$ \end{aligned}$$

C'est le résultat que voulait obtenir la Commission.