

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

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

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

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

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

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

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

STATEMENTS OF ROYALTIES TO BE  
COLLECTED BY SOCAN AND CMRRA/SODRAC  
INC. FOR THE COMMUNICATION TO THE  
PUBLIC BY TELECOMMUNICATION OR THE  
REPRODUCTION, IN CANADA, OF MUSICAL  
WORKS

TARIFS DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR  
LA SOCAN ET CMRRA/SODRAC INC. POUR LA  
COMMUNICATION AU PUBLIC PAR  
TÉLÉCOMMUNICATION OU LA  
REPRODUCTION, AU CANADA, D'ŒUVRES  
MUSICALES

SOCAN Tariff 22.A (Internet – Online Music  
Services), 2007-2010 and CSI Online Music  
Services Tariff, 2008-2010

Tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de  
musique en ligne), 2007-2010 et Tarif de CSI  
pour les services de musique en ligne, 2008-2010

**DECISION OF THE BOARD**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

Mr. Justice William J. Vancise  
Mr. Claude Majeau  
Mrs. Jacinthe Théberge

M. le juge William J. Vancise  
M<sup>c</sup> Claude Majeau  
M<sup>c</sup> Jacinthe Théberge

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

October 5, 2012

Le 5 octobre 2012

<b><u>TABLE OF CONTENTS</u></b>	<b><u>PAGE</u></b>	<b><u>TABLE DES MATIÈRES</u></b>
<b>I. INTRODUCTION</b>	1	<b>I. INTRODUCTION</b>
<b>II. PREVIOUS DECISIONS DEALING WITH ONLINE MUSIC SERVICES</b>	3	<b>II. DÉCISIONS ANTÉRIEURES SUR LES SERVICES DE MUSIQUE EN LIGNE</b>
<b>III. PARTIES AND PROPOSED RATES</b>	7	<b>III. PARTIES ET TAUX PROPOSÉS</b>
<b>IV. EVIDENCE AND POSITIONS OF THE PARTIES</b>	10	<b>IV. PREUVE ET POSITIONS DES PARTIES</b>
A. CSI	10	A. CSI
B. SOCAN	12	B. SOCAN
C. The Objectors	14	C. Opposants
<b>V. ANALYSIS</b>	17	<b>V. ANALYSE</b>
A. Permanent downloads	17	A. Téléchargements permanents
B. Limited downloads	30	B. Téléchargements limités
C. On-demand streaming	32	C. Transmissions sur demande
D. Video-clips	35	D. Vidéoclips
E. Rate base	36	E. Assiette tarifaire
F. Minimum fees	38	F. Redevances minimales
G. The 10 per cent discount	44	G. Réduction de 10 pour cent
H. Total royalties	44	H. Redevances totales
<b>VI. Wording, Terms and Conditions of the tariff</b>	45	<b>VI. Libellé et modalités du tarif</b>
A. Separate Tariffs	45	A. Des tarifs distincts
B. Technology	45	B. Technologie
C. A New Tariff for Free On-Demand Streams	45	C. Un nouveau tarif pour les téléchargements sur demande gratuits

D. Reporting and Accounting	47	D. Rapports et comptabilité
E. Challenges to CSI Ownership Claims	49	E. Contestations des conclusions de CSI en matière de répertoire
F. Consequences of a Failure to Provide a Report	50	F. Conséquences du défaut de déposer un rapport
G. Confidentiality	50	G. Traitement confidentiel
H. The SOCAN Tariff	51	H. Le tarif SOCAN
I. Transitional Provisions	52	I. Dispositions transitoires

Ottawa, October 5, 2012

Ottawa, le 5 octobre 2012

**File: Public Performance of Musical Works;  
Reproduction of Musical Works**

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

**Reasons for the decision**

**Motifs de la décision**

**I. INTRODUCTION**

**I. INTRODUCTION**

[1] On March 31, 2006, March 30, 2007, March 31, 2008 and March 27, 2009, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed, pursuant to subsection 67.1(1) of the *Copyright Act*<sup>1</sup> (the “*Act*”), proposed statements of royalties for the communication to the public by telecommunication of musical works by the same services for 2007, 2008, 2009 and 2010.

[1] Les 31 mars 2006, 30 mars 2007, 31 mars 2008 et 27 mars 2009, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé des projets de tarif des redevances pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales par les services susmentionnés pour les années 2007, 2008, 2009 et 2010, conformément au paragraphe 67.1(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>1</sup> (la « *Loi* »).

[2] On March 30, 2007, March 31, 2008 and March 28, 2009, CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) filed pursuant to subsection 70.13(1) of the *Act*, proposed statements of royalties for the reproduction of musical works by online music services for 2008, 2009 and 2010.

[2] Les 30 mars 2007, 31 mars 2008 et 28 mars 2009, CMRRA/SODRAC inc. (CSI) a déposé des projets de tarif des redevances pour la reproduction d'œuvres musicales par les services de musique en ligne pour les années 2008, 2009 et 2010, conformément au paragraphe 70.13(1) de la *Loi*.

[3] The proposed statements were published in the *Canada Gazette*. Prospective users and their representatives were informed on each occasion of their right to object. Bell Canada, Rogers Communications Inc., Telus Communications Company and Videotron Ltd. (jointly the “Cable/Telcos”), Apple Canada Inc. and the Canadian Recording Industry Association (CRIA, now Music Canada) filed objections.

[3] Les projets de tarif ont été publiés dans la *Gazette du Canada*. À chaque occasion, les utilisateurs éventuels et leurs représentants ont été informés de leur droit de s'y opposer. Bell Canada, Rogers Communications inc., Société Telus Communications et Vidéotron Itée (conjointement les « entreprises de câblodistribution et de télécommunication »), Apple Canada inc. et l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA, désormais Music Canada) se sont opposées aux projets de tarif.

[4] On January 10, 2008, CSI requested the Board set in motion the examination of its tariff. The Objectors opposed the application. They requested that CSI's tariff be heard jointly with that of SOCAN, which was not then ready to

[4] Le 10 janvier 2008, CSI a demandé que la Commission procède à l'examen de son tarif. Les opposants ont contesté la demande et ont demandé à ce que le tarif de CSI soit entendu conjointement avec celui de la SOCAN, qui, elle, n'était pas

proceed. On February 21, 2008, the Board denied CSI's request and ruled that it would examine both online music tariffs at the same time.

[5] On August 25, 2009, CSI again requested the Board set in motion the examination of its tariff, this time jointly with SOCAN. The objectors again opposed the application on the basis that, among others, the Board should not proceed until the Federal Court of Appeal had disposed of applications for judicial review of SOCAN's tariffs.<sup>2</sup> The Board decided not to await the outcome of the proceedings and granted the request.<sup>3</sup> It agreed with SOCAN that previews, which do raise issues under review that might have a direct impact on the tariff, could be segregated by leaving in abeyance anything having to do with them.

[6] The matter was heard over eight days in June of 2010 and the record of the proceedings was closed on July 7, 2010, when the parties made their oral arguments. This decision deals with the tariffs up to 2010. On May 26, 2011, the Board ruled that the examination of the proposed Online Music Services Tariffs of CSI and SOCAN for the years 2011 and 2012 as well as of the proposed SODRAC Tariff 6 (Online Music Services – Music Videos) for 2010-2012 be merged. The Board added that the process is to be triggered as soon as the tariffs for the instant case are certified. This was reiterated on July 11, 2012.

[7] This decision deals once again with three types of products, namely permanent downloads, limited downloads and on-demand streaming.<sup>4</sup> A **permanent download** is a file that contains a sound recording of a musical work sent to and first stored on the device (computer, cell phone, Smartphone, iPod, etc.) used to purchase it. The person who receives the download can listen to it indefinitely. **Limited downloads** are offered as

encore prête à aller de l'avant. Le 21 février 2008, la Commission a refusé la demande de CSI et a décidé qu'elle se pencherait en même temps sur les deux propositions de tarif pour la musique en ligne.

[5] Le 25 août 2009, CSI demandait à nouveau que la Commission procède à l'examen de son tarif, cette fois-ci conjointement avec la SOCAN. Les opposants ont encore contesté la demande et ont fait valoir, entre autres, que la Commission ne devrait pas se prononcer avant que la Cour d'appel fédérale ait statué sur les demandes de contrôle judiciaire des tarifs de la SOCAN.<sup>2</sup> La Commission a décidé de ne pas attendre les résultats de l'instance et a acquiescé à la demande.<sup>3</sup> Elle a convenu avec la SOCAN qu'elle pouvait pour l'instant mettre de côté l'écoute préalable, laquelle soulevait des questions sous examen qui auraient pu avoir des effets sur le tarif, en omettant tout ce qui la concernait.

[6] L'audition de l'affaire a duré huit jours en juin 2010 et le dossier de l'instance a été clos le 7 juillet 2010, lorsque les parties ont prononcé leurs plaidoiries. Cette décision porte sur les tarifs se terminant en 2010. Le 26 mai 2011, la Commission décidait de fusionner l'examen des projets des tarifs de CSI et de la SOCAN à l'égard des services de musique en ligne pour les années 2011 et 2012, de même que celui du projet de tarif 6 (Services de musique en ligne – Vidéos de musique) de la SODRAC pour les années 2010 à 2012. La Commission ajoutait que le processus sera enclenché dès que les tarifs de la présente instance seront homologués. Un avis au même effet a été émis le 11 juillet 2012.

[7] La présente décision porte encore une fois sur trois types de produits, soit les téléchargements permanents, les téléchargements limités et les transmissions sur demande.<sup>4</sup> Un **téléchargement permanent** s'entend d'un fichier contenant un enregistrement sonore d'une œuvre musicale envoyé et d'abord stocké sur l'appareil (ordinateur, téléphone cellulaire, téléphone intelligent, iPod, etc.) utilisé pour l'achat. La

part of a subscription service and can only be used as long as the user's subscription is paid. The digital rights management ("DRM") software attached to the music file prevents further use once the subscription expires. **On-demand streams** are not downloads. The user does not receive the complete file containing the sound recording. The service only transmits or streams enough data to allow the user to listen to the recording at the time of the transmission and the user is prevented from copying the recording onto a recording medium or device. This decision also deals, for the first time, with video-clips, of which more will be said in due course.

## II. PREVIOUS DECISIONS DEALING WITH ONLINE MUSIC SERVICES

[8] An online music service operating in Canada must account for as many as four copyrights and two remuneration rights.<sup>5</sup> Only two are at issue in these proceedings: the rights to communicate and to reproduce musical works. Both have been the subject of earlier proceedings before the Board and of subsequent decisions of the courts.

[9] In 2007, the Board established for the first time the royalties payable by online services for their reproductions of musical works.<sup>6</sup> The decision based the rate for permanent downloads on the amount in pennies per track (the "penny rate") record labels pay to reproduce musical works onto prerecorded CDs. It then converted the penny rate into a percentage of the average price of a download, yielding a rate of 8.8 per cent. The rate for limited downloads was established at two-thirds of the rate for permanent downloads. The rate for on-demand streams was established somewhere between the rate for limited downloads and the negotiated rate for digital pay audio ("DPA") services.<sup>7</sup> The Board applied a discount of 10 per cent to account for the fact that the

personne ayant reçu le fichier peut l'écouter indéfiniment. Un **téléchargement limité** est offert dans le cadre d'un abonnement et peut être écouté aussi longtemps que l'abonnement de l'utilisateur est valide. Le logiciel de gestion numérique des droits attaché au fichier musical empêche l'écoute de ce dernier une fois que l'abonnement a pris fin. La **transmission sur demande** n'est pas un téléchargement. L'utilisateur ne reçoit pas un fichier entier contenant l'enregistrement musical. Le service ne transmet que suffisamment de données pour permettre à l'utilisateur d'écouter l'enregistrement sans interruption au moment de la transmission, ce dernier ne pouvant le copier sur un support ou un appareil. La présente décision porte aussi, pour la première fois, sur les vidéoclips, dont nous traiterons en temps et lieu.

## II. DÉCISIONS ANTÉRIEURES SUR LES SERVICES DE MUSIQUE EN LIGNE

[8] Un service de musique en ligne exploité au Canada doit tenir compte de quatre droits d'auteur et de deux droits à rémunération.<sup>5</sup> Seulement deux de ces droits sont en cause dans cette affaire : les droits de communiquer et de reproduire les œuvres musicales. Les deux ont fait l'objet d'instances précédentes tenues devant la Commission et par la suite, de décisions de justice.

[9] En 2007, la Commission a établi pour la première fois les redevances payables par les services en ligne pour la reproduction d'œuvres musicales.<sup>6</sup> La Commission a fondé le taux pour les téléchargements permanents sur la somme en cents par piste (« taux en cents ») que paient les maisons de disques pour copier une œuvre musicale sur un CD préenregistré. Elle a ensuite converti le taux en cents en pourcentage du prix moyen d'un téléchargement, pour obtenir un taux de 8,8 pour cent. Le taux pour les téléchargements limités a été fixé aux deux tiers du taux pour les téléchargements permanents. Le taux pour les transmissions sur demande a été fixé entre le taux pour les téléchargements limités et celui négocié pour les services sonores payants numériques

industry was still in its infancy and had low profit margins. It also determined minimum rates to ensure that the collectives would not subsidize the services' business models.

[10] Later in 2007, the Board, for the first time, set the royalties payable by online music services for their communication of musical works.<sup>8</sup> The decision first determined a combined price (the "bundled rate") for the right to reproduce and to communicate a musical work (the "bundle of rights") by increasing the amount transferred to rights holders for those works based on the increased profitability of the record labels for online sales as compared to CD sales. The bundled rate was set at 12.2 per cent. Since the Board had previously set the price for the reproduction right at 8.8 per cent, the rest, or 3.4 per cent, was attributed to SOCAN. The Board also decided the bundled rate for limited downloads and on-demand streams should be the same. The proportionate share of each right was varied depending on the relative importance of those rights in each type of offering. As in *CSI – Online Music Services (2007)* and for the same reasons, the Board applied a 10 per cent discount and set minimum rates.

[11] As a result of the Board's decisions, the applicable rates were as follows: for permanent downloads, 8.8 (CSI) and 3.4 (SOCAN) per cent of the amount paid by consumers, with minimum fees of \$0.059 and \$0.023, respectively, for single tracks and \$0.045 and \$0.017, respectively, for tracks sold as part of a bundle of 13 or more tracks; for limited downloads, 5.9 (CSI) and 6.3 (SOCAN) per cent of the amount paid by subscribers, with minimum fees of \$0.057 and

(« SSPN »).<sup>7</sup> La Commission a appliqué une réduction de 10 pour cent pour tenir compte du caractère émergent de l'industrie et de ses faibles marges de profit. Elle a également établi des redevances minimales pour veiller à ce que les sociétés de gestion ne subventionnent pas le modèle d'affaires des services.

[10] Plus tard en 2007, la Commission a établi pour la première fois les redevances payables par les services de musique en ligne pour la communication d'œuvres musicales.<sup>8</sup> Dans sa décision, la Commission a d'abord déterminé un taux combiné de redevances (le « taux combiné ») pour la reproduction et la communication d'œuvres musicales (l'« ensemble de droits ») en augmentant la somme transférée aux titulaires de droits pour ces œuvres en fonction de la rentabilité accrue des ventes de musique en ligne comparativement à celles de CD pour les maisons de disques. Le taux combiné a été fixé à 12,2 pour cent. Comme la Commission avait déjà établi le taux pour la reproduction à 8,8 pour cent, la portion restante, soit 3,4 pour cent, a été attribuée à la SOCAN. La Commission a également jugé que le taux combiné pour les téléchargements limités et les transmissions sur demande devrait être le même. La pondération de chaque droit a été modifiée selon l'importance de ces droits dans chacune des utilisations. Comme dans la décision *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, et pour les mêmes motifs, la Commission a appliqué une réduction de 10 pour cent et a établi des redevances minimales.

[11] Suite aux décisions de la Commission, les taux applicables étaient les suivants : pour les téléchargements permanents, de 8,8 (CSI) et 3,4 pour cent (SOCAN) du montant payé par les consommateurs, sous réserve de redevances minimales de 0,059 \$ et 0,023 \$, respectivement, pour les pistes individuelles, et de 0,045 \$ et 0,017 \$, respectivement, pour les pistes vendues comme partie d'un ensemble de 13 pistes ou plus; pour les téléchargements limités, de 5,9 (CSI) et



\$0.0609 per subscriber, respectively, if the subscription authorizes copying a music file on a portable device (portable limited download) and \$0.0374 and \$0.0399, respectively, if it does not; for on-demand streams, 4.6 (CSI) and 7.6 (SOCAN) per cent of the amount paid by subscribers, with minimum fees of \$0.0291 and \$0.0441, respectively.

[12] The CSI tariff was not challenged before the Federal Court of Appeal. The SOCAN tariff triggered five applications for judicial review. The issues raised included whether an Internet transmission is a communication to the public, whether the services' dealings with previews constitute fair dealing for the purpose of research, some evidentiary issues as well as the methodology used by the Board to set the tariff. The applications were dismissed in four separate decisions.<sup>9</sup> Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was granted in three cases.<sup>10</sup>

[13] On July 12, 2012, the Supreme Court of Canada rendered its decisions in the three cases.<sup>11</sup> These decisions ruled (a) that the Internet delivery of a permanent copy of a file containing a musical work does not involve a communication of that work, (b) that a communication to the public can result from a series of non-simultaneous transmissions of a musical work (as long as this does not result in the delivery of a permanent copy of a file containing the work), and (c) that dealings in previews of downloads constituted fair dealing for the purposes of research.

[14] On July 20, the Board issued an Order which read in part as follows.

The decisions the Supreme Court of Canada issued [...] require that the Board modify, sometimes significantly, the tariffs and reasons it was soon to release in [this] matter.

6,3 pour cent (SOCAN) du montant payé par les abonnés, sous réserve de redevances minimales de 0,057 \$ et 0,0609 \$ par abonné, respectivement, si la copie d'un fichier musical sur un support portable (téléchargement limité portable) est permise, et de 0,0374 \$ et 0,0399 \$, respectivement, dans le cas contraire; pour les transmissions sur demande, de 4,6 (CSI) et 7,6 pour cent (SOCAN) du montant payé par les abonnés, sous réserve de redevances minimales de 0,0291 \$ et de 0,0441 \$, respectivement.

[12] Le tarif CSI n'a pas été contesté devant la Cour d'appel fédérale. Celui de la SOCAN a entraîné cinq demandes de contrôle judiciaire. La question de savoir si une transmission en ligne est une communication au public et si l'offre d'écoute préalable constitue une utilisation équitable à des fins de recherche, des questions de preuve ainsi que la méthodologie utilisée pour fixer le tarif faisaient partie des points en litige. Les demandes ont été rejetées dans quatre décisions différentes.<sup>9</sup> L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été accordée dans trois cas.<sup>10</sup>

[13] Le 12 juillet 2012, la Cour suprême du Canada rendait ses décisions dans les trois affaires.<sup>11</sup> Ces décisions énoncent (a) que la livraison par Internet d'une copie permanente d'un fichier contenant une œuvre musicale n'engage pas le droit de communiquer l'œuvre, (b) qu'une communication au public peut découler d'une série de transmissions non simultanées d'une œuvre musicale (pour autant qu'il n'y ait pas livraison d'une copie permanente d'un fichier contenant l'œuvre), et (c) que l'écoute préalable de téléchargements est une utilisation équitable à des fins de recherche.

[14] Le 20 juillet, la Commission émettait une ordonnance se lisant en partie comme suit :

[TRADUCTION] Suite aux décisions que la Cour suprême du Canada a rendues, [...] la Commission doit modifier, parfois en profondeur, les tarifs et les motifs qu'elle



In particular, the Board is of the preliminary view that SOCAN is no longer entitled to a tariff for permanent downloads or limited downloads and that listening to previews constitutes fair dealing for the purpose of research in 2007-2010 just as it did in 1996-2006. Some other adjustments might also be necessary.

The Board is considering three ways to deal with the consequences of the Decisions [...]

1) The Board can proceed to adjust the reasons and tariffs without further input from the parties. [...] The Board would then proceed without delay with the examination of the tariffs for the years 2011 and following, at which time the full impact of the Decisions would be accounted for.

2) The Board can seek further input from the parties. [...]

3) The Board can fully re-open the matter and join it with the examination of the tariffs for the years 2011 and following. [...]

[...]

The Board favours option 1.

Parties are invited to communicate to the Board their views on all these issues [...]

[15] The parties chose option 1. None of them challenged our preliminary conclusions. These reasons are drafted accordingly. We did not revisit the approaches we had rejected earlier except to the extent that *ESA*, *Rogers* or *Bell* made it absolutely necessary. We reviewed the approaches we intended to use to make them comply as best we could with these decisions. As a result we set no SOCAN tariff for permanent or limited downloads or for previews. Any further fine tuning is left to the next round of proceedings.

s'apprêtait à publier en l'espèce. Entre autres, la Commission conclut, de façon préliminaire, que la SOCAN n'a plus droit à un tarif pour les téléchargements permanents ou limités et que l'écoute préalable est tout autant une utilisation équitable à des fins de recherche en 2007-2010 qu'en 1996-2006. D'autres ajustements pourraient aussi être nécessaires.

La Commission envisage trois façons de tenir compte des décisions [...]

1) La Commission peut ajuster les motifs et les tarifs sans entendre davantage les parties. [...] Par la suite, elle procédera sans délai à l'examen des tarifs pour les années 2011 et suivantes et, à ce moment, reflétera tout l'impact des décisions.

2) La Commission peut à nouveau demander le point de vue des parties. [...]

3) La Commission peut rouvrir entièrement l'affaire pour l'examiner en même temps que les tarifs pour les années 2011 et suivantes. [...]

[...]

La Commission préfère la première option.

Elle invite les parties à lui faire part de leur point de vue sur toutes ces questions [...]

[15] Les parties ont choisi la première option. Personne n'a contesté nos conclusions préliminaires, ce que reflètent les présents motifs. Nous n'avons pas revu les méthodes que nous avons déjà rejetées sauf dans la mesure où *ESA*, *Rogers* ou *Bell* l'exigeaient. Nous avons revu les méthodes que nous avons l'intention d'utiliser pour les rendre conformes autant que possible à ces décisions. Par conséquent, nous n'homologuons pas de tarif de la SOCAN pour les téléchargements permanents ou limités ou pour

l'écoute préalable. Il reviendra à la prochaine formation de peaufiner le tout.

[16] Other editorial choices we made as to what to remove and what to leave are admittedly somewhat arbitrary, and sometimes dictated by the desire to issue these reasons in the least possible amount of time. For example, some descriptions of the parties' arguments and evidence that could have been removed are left in to allow the reader to better follow the train of thought of a witness or party. We can only hope that this will not make the reading of what follows unnecessarily awkward.

### III. PARTIES AND PROPOSED RATES

[17] CSI is a collective society created by two other collectives, the Canadian Mechanical Reproduction Rights Agency (CMRRA) and the Society for the Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada and SODRAC 2003 Inc. (SODRAC). These collectives have granted CSI an exclusive mandate to licence the reproduction of musical works in their repertoires for certain uses, including those targeted in the proposals under examination. Initially, CSI proposed the following rates: 9.9 per cent for permanent downloads, subject to a minimum of \$0.044 per download in a bundle of 15 or more, and of \$0.066 in all other cases; 9.9 per cent for limited downloads, subject to a minimum of \$0.96 per subscriber if portable limited downloads are allowed, and \$0.63 if not; and 6.8 per cent for on-demand streams, subject to a minimum fee of \$0.43 per subscriber. For permanent downloads, the proposed rate base was the amount paid by consumers in 2008 and 2009 and gross revenue in 2010; for limited downloads and on-demand streams, it was gross revenue for the whole period.

[16] Certains choix éditoriaux quant à ce qui devrait rester ou être éliminé sont sans doute arbitraires. Parfois, ils sont motivés par notre désir de publier les présents motifs le plus rapidement possible. Ainsi, la description d'une prétention ou d'une preuve, si elle aurait pu être supprimée, demeure parfois afin de permettre de comprendre le raisonnement d'un témoin ou d'une partie. Nous espérons simplement que cela ne rendra pas la lecture des présents motifs trop difficile.

### III. PARTIES ET TAUX PROPOSÉS

[17] CSI est une société de gestion créée par deux autres sociétés, l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada et la SODRAC 2003 inc. (SODRAC). Ces sociétés ont accordé à CSI le mandat exclusif de délivrer des licences pour la reproduction d'œuvres musicales de son répertoire à l'égard de certains usages, dont ceux visés par la proposition de tarif à l'examen. Initialement, les taux proposés par CSI étaient les suivants : 9,9 pour cent pour les téléchargements permanents, sous réserve de redevances minimales de 0,044 \$ par téléchargement dans un ensemble de 15 pistes ou plus, et de 0,066 \$ dans tous les autres cas; 9,9 pour cent pour les téléchargements limités, sous réserve de redevances minimales de 0,96 \$ par abonné si les téléchargements limités portables sont permis, et de 0,63 \$ dans le cas contraire; 6,8 pour cent pour les transmissions sur demande, sous réserve d'une redevance minimale de 0,43 \$ par abonné. L'assiette tarifaire proposée pour les téléchargements permanents était, en 2008 et 2009, le montant payé par les consommateurs et, en 2010, les revenus bruts; celle proposée pour les téléchargements limités et les transmissions sur demande était les revenus bruts, pour l'ensemble de la période.

[18] In its statement of case, CSI proposed that the rate base for permanent downloads be the amount paid by consumers for all of the period under examination. Otherwise, its proposal remained unchanged.

[19] At the hearing, CSI modified its application in two respects. First, it proposed that the rate base for limited downloads and on-demand streams be subscription revenues. Second, it lowered the proposed rate for on-demand streams to 5.9 per cent for 2008 and 2009 and 6.1 per cent for 2010, with minimums of \$0.43 and \$0.44 per subscriber respectively. Finally, CSI requested that the initial discount used by the Board to allow for a phase-in of the tariff be discontinued.

[20] SOCAN administers the right to communicate virtually all protected musical works. For 2007 and 2008, it proposed 25 per cent of the greater of gross revenue or operating expenses, with a minimum monthly fee of \$200. Thereafter, it requested different rates for different products. The proposed rates for permanent and limited downloads are no longer relevant. For on-demand streams, SOCAN proposed 6.8 per cent for 2009, subject to a minimum of \$0.433 per subscriber. For 2010, it proposed 15.2 per cent, subject to a minimum of \$0.962 per subscriber. For free streams, SOCAN proposed a royalty of \$0.046 per streamed file.

[21] SOCAN proposed that the rate base be the amounts paid by subscribers in 2009 and gross revenue in 2010.

[22] In its statement of case, SOCAN proposed rates for on-demand streams of 8.1, 8.4, 8.3 and 8.5 per cent for each year from 2007 to 2010,

[18] Dans son énoncé de cause, CSI a proposé que l'assiette tarifaire pour les téléchargements permanents soit le montant payé par les consommateurs pour l'ensemble de la période sous examen. À l'exception de ce changement, sa proposition est demeurée la même.

[19] À l'audience, CSI a modifié sa demande à deux égards. D'abord, elle a proposé que l'assiette tarifaire pour les téléchargements limités et les transmissions sur demande soit les revenus d'abonnement. Ensuite, elle a ramené les taux proposés pour les transmissions sur demande à 5,9 pour cent pour 2008 et 2009 et à 6,1 pour cent pour 2010, sous réserve de redevances minimales de 0,43 \$ et de 0,44 \$ par abonné, respectivement. Enfin, CSI a demandé que l'escompte initial utilisé par la Commission pour permettre l'introduction progressive du tarif soit éliminé.

[20] La SOCAN gère le droit de communication de la quasi-totalité des œuvres musicales protégées. Pour 2007 et 2008, elle a proposé un taux de 25 pour cent de la somme la plus élevée des revenus bruts ou des dépenses d'exploitation, sous réserve d'une redevance mensuelle minimale de 200 \$. Par la suite, elle a demandé l'homologation de divers taux pour différents produits. Les taux proposés pour les téléchargements permanents et limités ne sont plus pertinents. Le taux proposé pour les transmissions sur demande était de 6,8 pour cent, sous réserve d'une redevance minimale de 0,433 \$ par abonné, pour 2009, et de 15,2 pour cent, sous réserve d'une redevance minimale de 0,962 \$, pour 2010. La SOCAN a proposé une redevance de 0,046 \$ pour chaque transmission sur demande effectuée gratuitement.

[21] Pour 2009, la SOCAN a proposé comme assiette tarifaire le montant payé par les abonnés et pour 2010, les revenus bruts.

[22] Dans son énoncé de cause, la SOCAN a proposé pour les transmissions sur demande des taux de 8,1 pour cent pour 2007, de

subject to a minimum fee of \$0.962 per subscriber per month, and \$0.046 per free stream. It proposed gross revenue as rate base.

[23] SOCAN proposed that the tariff apply to video-clips and that the rates be the same as for audio files. It also argued for the elimination of the initial discount. CSI did not propose a rate for music video-clips.

[24] Apple sells permanent downloads through its online music store iTunes. The cell phone customers of Bell, Rogers and Telus can purchase permanent downloads and subscribe to limited download services. *Groupe Archambault Inc.*, a Quebecor Media Company, offers permanent downloads through Zik.ca. It also sells CDs both over the Internet and in its bricks-and-mortar stores.

[25] Apple and the Cable/Telcos proposed that the combined royalties payable to SOCAN and CSI for all audio offerings be fixed in a range between 7.5 and 10 per cent for 2008 and 2009 and between 7.5 to 10.3 per cent for 2010. They proposed using the amount paid by consumers as rate base. For video-clips, they suggested that the SOCAN royalties be set between 0.7 to 2.2 per cent. They proposed a new structure for minimum rates and requested that the phase-in discount be maintained.

[26] CRIA is a not-for-profit corporation that represents the interests of Canadian companies that create, manufacture and market sound recordings. Neither CRIA nor any of its members are prospective users pursuant to the proposed tariffs. However, as no one objected to its participation, it was allowed to participate fully.

8,4 pour cent pour 2008, de 8,3 pour cent pour 2009 et de 8,5 pour cent pour 2010, sous réserve d'une redevance mensuelle minimale de 0,962 \$ par abonné et de 0,046 \$ par transmission gratuite. Elle a proposé d'utiliser les revenus bruts comme assiette tarifaire.

[23] La SOCAN a demandé que le tarif s'applique aux vidéoclips, aux mêmes taux que pour les fichiers audio. Elle a également recherché l'élimination de l'escompte initial. CSI n'a pas proposé de taux pour les vidéoclips.

[24] Apple vend des téléchargements permanents par le biais de son magasin en ligne, iTunes. Les abonnés cellulaires de Bell, de Rogers et de Telus peuvent acheter des téléchargements permanents et s'abonner à des services de téléchargements limités. Groupe Archambault inc., une entreprise de Quebecor Media, offre des téléchargements permanents sur son site Zik.ca ainsi que la vente de CD en ligne et dans ses magasins traditionnels.

[25] Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication ont proposé que les redevances combinées payables à la SOCAN et à CSI pour tous les produits audio soient fixées dans une fourchette de 7,5 pour cent à 10 pour cent pour les années 2008 et 2009 et de 7,5 pour cent à 10,3 pour cent pour 2010. Elles ont proposé que le montant payé par les consommateurs serve d'assiette tarifaire. En ce qui concerne les vidéoclips, elles ont proposé que les taux de la SOCAN soient fixés entre 0,7 et 2,2 pour cent. Elles ont également proposé une nouvelle structure pour les redevances minimales et demandé que l'escompte initial maintenu.

[26] La CRIA est une société à but non lucratif qui défend les intérêts des entreprises canadiennes qui créent, fabriquent et commercialisent des enregistrements sonores. Ni la CRIA ni aucun de ses membres ne sont des utilisateurs éventuels visés par les tarifs proposés; cependant, comme aucune des parties ne s'est opposée à sa

[27] CRIA contended that the combined rate for the bundle of rights should be set at 6.96 per cent of the price paid by consumers. With respect to the communication right for video-clips, CRIA agreed with the proposal put forward by Apple and the Cable/Telcos. Finally, CRIA opposed minimum fees regardless of level and requested that the phase-in discount be maintained.

#### IV. EVIDENCE AND POSITIONS OF THE PARTIES

##### A. CSI

[28] Mr. Paul Audley, Paul Audley & Associates Ltd., and Mr. Douglas Hyatt, Professor at the Rotman School of Management and at the Centre for Industrial Relations, University of Toronto filed a report<sup>12</sup> that updates the Board's calculations in *CSI – Online Music Services (2007)*. They proposed using the same approach to set the rate for permanent downloads. As the penny rate has increased since 2007, those calculations, after adjusting for free downloads, now yield rates of 10.0 per cent for 2008 and 2009 and 10.3 per cent for 2010.

[29] In 2007, the Board set the rate for limited downloads at two-thirds of the rate for permanent downloads. Messrs. Audley and Hyatt contended that the CSI rate should be the same for both, by reason that both involve the same uses of the reproduction and communication rights. In both cases, a single communication of a music file is required; subsequent plays occur from the reproduction made on the user's media or device.

[30] In 2007, the Board set the rate for on-demand streams between the negotiated DPA rate and the

participation, elle a pu participer pleinement à l'affaire.

[27] La CRIA a fait valoir que le taux combiné pour l'ensemble des droits devrait être fixé à 6,96 pour cent du prix payé par les consommateurs. En ce qui concerne les vidéoclips, elle a appuyé les montants proposés par Apple et par les entreprises de câblodistribution et de télécommunication. Enfin, elle s'est opposée à quelque redevance minimale que ce soit et a demandé que l'escompte initial soit maintenu.

#### IV. PREUVE ET POSITIONS DES PARTIES

##### A. CSI

[28] M. Paul Audley, *Paul Audley & Associates Ltd.*, et M. Douglas Hyatt, professeur à la *Rotman School of Management* et au *Centre for Industrial Relations* de l'Université de Toronto, ont déposé un rapport<sup>12</sup> où sont actualisés les calculs faits par la Commission dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)*. Dans ce rapport, ils proposent d'utiliser la même approche pour fixer le taux des téléchargements permanents. Comme le taux en cents a augmenté depuis 2007, les calculs produisent un taux de 10,0 pour cent pour 2008 et 2009 et de 10,3 pour cent pour 2010, après avoir pris en compte les téléchargements gratuits.

[29] En 2007, la Commission avait fixé le taux pour les téléchargements limités à deux tiers du taux pour les téléchargements permanents. MM. Audley et Hyatt ont soutenu que le taux CSI devrait être le même pour les deux types de téléchargements parce que l'utilisation des droits de reproduction et de communication est la même. Dans les deux cas, une seule communication du fichier musical est requise; les écoutes subséquentes proviennent de la reproduction faite sur le support ou l'appareil de l'utilisateur.

[30] En 2007, la Commission a établi le taux pour les transmissions sur demande entre le taux

rate for limited downloads. Messrs. Audley and Hyatt proposed to apply the same formula, with one adjustment. In 2009, the Board used the DPA rate as proxy to set the rate for satellite radio services but reduced it by half to account for the fact that the DPA rate base is a wholesale price (what broadcasting distribution undertakings pay to DPAs) while the satellite radio rate base is a retail price (what subscribers pay to satellite radio services).<sup>13</sup> Messrs. Audley and Hyatt proposed this correction should also be applied here. As a result, they recommended rates of 5.9 per cent for 2008 and 2009, and 6.1 per cent for 2010.

[31] Messrs. Audley and Hyatt filed a further report in response to the evidence presented by the objectors' experts.<sup>14</sup> To the extent necessary, it is described and discussed below.

[32] Ms. Caroline Rioux, Vice president, Operations, CMRRA, Ms. Lori Ellis, Director of Operations, CMRRA, and Mr. Joël Martin, Manager, IT Services, SODRAC discussed the challenges CSI has encountered in applying the tariff, especially in identifying, among musical works used by online services, those that are in the repertoire of CSI.

[33] Dr. Marcel Boyer, Emeritus Professor of Economics, Université de Montréal and Research Fellow, Department of Economics, École Polytechnique de Paris, reviewed and commented<sup>15</sup> on the reports prepared by the Objectors' experts, Dr. Tasneem Chipty and Dr. George Barker. Dr. Boyer disagreed with their use of certain economic principles. Among other things, he contended that Dr. Chipty misapplied the Nash bargaining solution when using it to determine the appropriate rate, partly by reason

pour les téléchargements limités et celui négocié pour les SSPN. MM. Audley et Hyatt ont proposé d'employer la même méthode, à une différence près. En 2009, la Commission s'est servie du taux pour les SSPN comme point de référence pour fixer le taux des services de radio satellitaire, mais a réduit de moitié ce taux pour tenir compte du fait que l'assiette tarifaire pour les SSPN est un prix de gros (prix payé par une entreprise de distribution de radiodiffusion aux SSPN), tandis que l'assiette pour la radio satellitaire est un prix de détail (prix payé par l'abonné à un service de radio satellitaire).<sup>13</sup> MM. Audley et Hyatt ont fait valoir que cette correction devrait également s'appliquer ici et ont ainsi recommandé des taux de 5,9 pour cent pour 2008 et 2009, et de 6,1 pour cent pour 2010.

[31] MM. Audley et Hyatt ont par la suite déposé un autre rapport en réponse à la preuve présentée par les experts des opposants,<sup>14</sup> lequel est décrit et examiné ci-dessous, dans la mesure nécessaire.

[32] M<sup>me</sup> Caroline Rioux, vice-présidente aux opérations à la CMRRA, M<sup>me</sup> Lori Ellis, directrice des opérations à la CMRRA, et M. Joël Martin, gestionnaire des services de technologies de l'information à la SODRAC, se sont penchés sur les problèmes auxquels s'est heurtée CSI dans son application du tarif, plus précisément l'identification, parmi les œuvres musicales utilisées par les services en ligne, de celles faisant partie de son répertoire.

[33] M. Marcel Boyer, professeur émérite de sciences économiques à l'Université de Montréal et chercheur au département d'économie de l'École Polytechnique de Paris, a examiné la preuve préparée par les experts des opposants,<sup>15</sup> M<sup>me</sup> Tasneem Chipty et M. George Barker. M. Boyer a contesté leur utilisation de certains principes économiques. Entre autres, il a fait valoir que M<sup>me</sup> Chipty avait mal appliqué la solution de négociation de Nash dans sa détermination du taux approprié, en partie parce



that she did not include a fourth party, the record labels, in applying this methodology. In Dr. Boyer's opinion, this failure to include one of the four parties who provide an essential input to the online services distorted the outcome. Dr. Boyer also argued that Dr. Barker misunderstood the methodology applied by the Board in 2007.

[34] In Dr. Boyer's opinion, both experts failed to take into account that iTunes is a loss leader; in other words, Apple accepts making only a modest profit from its online music sales because those sales allow it to make more profit on complementary devices such as iPods. He therefore cautioned in using iTunes' accounting data as an indication of its profitability.

#### B. SOCAN

[35] Dr. Stanley J. Liebowitz, Economics Professor at the University of Texas, filed a report<sup>16</sup> that updated the calculations found in *SOCAN 22.A (2007)*. He argued that increases in the penny rate and the further-enhanced profitability of the digital market relative to the proxy CD market warrant an increase in the rates. Dr. Liebowitz also was of the opinion that music is as important in video-clips as in audio-only files. He therefore argued that the rate should be the same.

[36] Dr. Liebowitz also argued that the services' advertising revenues are as dependent on the ability to use music as revenues generated by the sale or rental of music. For this reason, he proposed that all revenues be included in the rate base. Finally, he contended that since digital sales and revenues have increased exponentially since 2006, the online music industry no longer requires a phase-in discount.

qu'elle avait omis d'inclure un quatrième joueur, les maisons de disques, dans son analyse. Selon M. Boyer, comme ces dernières fournissent un intrant essentiel pour les services en ligne, leur omission a faussé les résultats. Il a également soutenu que M. Barker avait mal compris la méthodologie appliquée par la Commission en 2007.

[34] Selon M. Boyer, les deux experts ont négligé de tenir compte de la stratégie du produit d'appel d'iTunes. Apple accepte de ne réaliser qu'un maigre profit sur ses ventes de musique en ligne parce que ces ventes lui permettent d'engranger plus de profits sur la vente de produits complémentaires comme les iPod. M. Boyer a donc émis une mise en garde contre l'utilisation des données comptables d'iTunes comme mesure de rentabilité.

#### B. SOCAN

[35] M. Stanley J. Liebowitz, professeur d'économie à l'Université du Texas, a déposé un rapport<sup>16</sup> qui mettait à jour les calculs établis dans *SOCAN 22.A (2007)*. Il a fait valoir que les augmentations du taux en cents et la rentabilité accrue du marché numérique par rapport à celle du marché des CD, lequel sert de référence, justifient la hausse des taux. Il a également affirmé que la musique était tout aussi importante dans un vidéoclip que dans un fichier musical et que leurs taux devraient donc être les mêmes.

[36] M. Liebowitz a par ailleurs soutenu que les revenus de publicité des services étaient tout aussi tributaires de la capacité d'utiliser la musique que ceux provenant de la location ou de la vente de musique. C'est pourquoi il a proposé que tous les revenus soient inclus dans l'assiette tarifaire. Enfin, il a fait valoir que l'augmentation exponentielle des ventes et des revenus de la musique numérique enregistrée depuis 2006 justifiait l'élimination de l'escompte initial dont profitait l'industrie de la musique en ligne.



[37] Dr. Liebowitz also criticized the reports of Dr. Barker and Dr. Chipty. In his opinion, neither offered a basis for the rate reductions they proposed. He contended among others things that Dr. Chipty failed to recognize that the reproduction and communication rights are distinct and that each right requires compensation. He rejected Dr. Barker's claim that the application of new data to the Board's methodology yielded a lower profitability figure than that put forward by SOCAN, arguing that Dr. Barker failed both to apply the Board's methodology properly and to use adequate data. In his opinion, Dr. Barker was also incorrect in his claim that the Board had made mistakes in translating the penny rate into a percentage of retail revenues for permanent downloads. Finally, in response to these experts' assertion that the certified rates were unsustainable, he noted that both failed to acknowledge that since the royalties paid by online music services for the use of the record labels' sound recordings are the same in Canada as in the United States, they are presumptively too high in Canada, for at least two reasons. First, the licence American labels provide includes the right to reproduce the musical work, when in Canada, it does not. Second, no one is required to pay royalties for the communication of music in the United States because such a right does not exist; in Canada, that right does exist and must be paid for.<sup>17</sup>

[38] Mr. Marc Paquette, Team leader, Media/Customer Operations/Licensing Department, SOCAN, spoke about his experience in administering the current tariff. He explained that since the tariff for on-demand streams is set at a percentage of subscription fees, it does not account for on-demand streams that are available

[37] M. Liebowitz a également critiqué les rapports de M. Barker et de M<sup>me</sup> Chipty. Selon lui, aucun d'eux n'a offert de justification valable pour les réductions de taux qu'ils avaient proposées. Il a entre autres soutenu que M<sup>me</sup> Chipty ne reconnaissait pas le caractère distinct des droits de reproduction et de communication, qui commandent chacun leur compensation. Il a rejeté l'affirmation de M. Barker voulant que l'utilisation de nouvelles données dans la méthodologie de la Commission produise une rentabilité plus faible que celle calculée par la SOCAN, parce que M. Barker aurait mal appliqué cette méthodologie et aurait utilisé de mauvaises données. Toujours selon M. Liebowitz, M. Barker ferait également fausse route lorsqu'il affirme que la Commission a commis des erreurs en convertissant le taux en cents en pourcentage des revenus de la vente au détail pour les téléchargements permanents. Enfin, en réponse à l'affirmation de ces experts selon laquelle les taux homologués étaient insoutenables, M. Liebowitz a fait valoir que ces deux experts n'avaient pas tenu compte du fait que les redevances payées par les services de musique en ligne pour l'utilisation des enregistrements musicaux appartenant aux maisons de disques sont les mêmes au Canada qu'aux États-Unis et qu'elles étaient donc a priori trop élevées, pour au moins deux raisons. Premièrement, les licences accordées par les maisons américaines incluent le droit de reproduire les œuvres musicales, alors que ce n'est pas le cas au Canada. Deuxièmement, aucune redevance n'est exigée pour la communication de la musique aux États-Unis puisque le droit de communication n'y existe pas; au Canada, ce droit existe et doit être payé.<sup>17</sup>

[38] M. Marc Paquette, chef d'équipe, Médias, Opérations-clients, Service des licences à la SOCAN, a témoigné sur son expérience à l'égard de la mise en œuvre du tarif actuel. Selon lui, comme le taux pour les transmissions sur demande est calculé selon un pourcentage des frais d'abonnement, il ne tient pas compte des

for free from services that are not subscription-based. To address this, he proposed that where a service offers free streams, the tariff provide a set fee per file streamed for free.

### C. The Objectors

[39] Apple and the Cable/Telcos commissioned Dr. Tasneem Chipty, Vice President of Charles River Associates, to provide an economic analysis of the appropriate tariffs to be paid for the sale of permanent downloads and of video-clips.<sup>18</sup> Dr. Chipty concluded that the royalties for the bundle of rights in permanent downloads should be no higher than what the record labels pay to reproduce musical works on CDs.

[40] In reaching her conclusions, Dr. Chipty relied on two approaches. First, she applied competitive principles to the CD proxy, arguing that, if competitive prices apply, the combined rate for reproduction and communication for online music could not exceed the reproduction rate for CDs. Second, she used the Nash model of economic bargaining to develop a rate as if CSI and SOCAN had bargained with the online music services. These approaches yielded combined rates ranging between 7.3 and 8.8 per cent of the retail price of permanent downloads.<sup>19</sup> To derive a rate for the communication of musical works in video-clips, she adjusted the same rate for permanent audio downloads downwards to take into account the non-music contributions (choreography, acting, script, etc.) that add value to video-clips, which are typically sold at a higher price than audio files. She concluded that the rate should be between 0.7 and 2.2 per cent of a clip's retail price.

transmissions sur demande offertes gratuitement par des services sans abonnement. Pour remédier à cette lacune, il a proposé l'établissement d'une redevance fixe par fichier transmis gratuitement sur demande.

### C. Opposants

[39] Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication ont chargé M<sup>me</sup> Tasneem Chipty, vice-présidente, *Charles River Associates*, de produire une analyse économique des redevances appropriées à verser pour la vente de téléchargements permanents et de vidéoclips.<sup>18</sup> M<sup>me</sup> Chipty a conclu que les redevances pour l'ensemble des droits ne devaient pas être supérieures à celles versées par les maisons de disques pour la reproduction d'œuvres musicales sur CD.

[40] Les conclusions de M<sup>me</sup> Chipty sont fondées sur deux approches. D'abord, elle a appliqué certains principes en matière de concurrence au tarif pour les CD, lequel lui a servi de référence. Selon elle, si ces principes s'appliquent, le taux combiné pour la reproduction et la communication de la musique en ligne ne devrait pas dépasser celui de la reproduction sur CD. Ensuite, elle a employé le modèle économique de négociation de Nash pour établir un taux qui aurait pu résulter d'une négociation entre CSI, la SOCAN et les services de musique en ligne. Elle est arrivée à des taux combinés oscillant entre 7,3 et 8,8 pour cent du prix de vente au détail des téléchargements permanents.<sup>19</sup> Afin de calculer le taux pour la communication d'œuvres musicales dans les vidéoclips, elle a abaissé le taux pour les téléchargements permanents de manière à tenir compte des contributions non musicales (chorégraphie, jeu des acteurs, scénario, etc.) qui accroissent la valeur des vidéoclips, généralement vendus plus cher que les fichiers audio. Elle a conclu que le taux devrait se situer entre 0,7 et 2,2 pour cent du prix de détail des vidéoclips.

[41] In a further report,<sup>20</sup> Dr. Chipty analyzed the reports of Messrs. Audley and Hyatt and of Dr. Liebowitz. She contended that the authors of the Audley/Hyatt report made an error when they translated the new penny rate into a percentage of the average price of a permanent download. She also argued that Dr. Liebowitz overstated the percentage of retail revenue that Apple pays to the record labels. She also updated the figures in her initial report to reflect the rates in force since 2008. She finally proposed that the rate base remain the same and that the phase-in discount be maintained.

[42] Mr. Eddie Cue, Vice President of Internet Services at Apple, testified that the online distribution of music is a low margin business. Significant costs are involved, many of which do not exist in the physical CD world.<sup>21</sup> He denied that iTunes is a loss leader. He agreed that iTunes and iPods are complementary, that one cannot exist without the other but maintained that this does not of itself support a loss leader strategy. He testified that his mandate is to operate at a profit and that the price of iTunes downloads is a profit-maximizing price. Mr. Cue also testified on the impact of the current minimum fee structure on the effective rates Apple pays, which end up being higher than the certified rates. He proposed an alternative formula for the calculation of minimum rates as they apply to bundles.

[43] The Cable/Telcos presented a panel consisting of Mr. Nauby Jacob, Vice President, User Experience & Content, Bell Mobility, Mr. Upinder Saini, Vice President, Product Development, Rogers Communications and Mr. Justin Jamieson, Product manager, Telus. Each witness provided a general description of the products his company offers, how customers use their handsets to access music and the prices at which music is sold. Each also provided financial

[41] Dans une autre analyse,<sup>20</sup> M<sup>me</sup> Chipty a examiné les rapports présentés par MM. Audley et Hyatt et par M. Liebowitz. Elle a soutenu que MM. Audley et Hyatt avaient commis une erreur en convertissant le nouveau taux en cents en pourcentage du prix moyen d'un téléchargement permanent. Elle a également fait valoir que M. Liebowitz avait surévalué le pourcentage des revenus de vente au détail qu'Apple versait aux maisons de disques. Elle a actualisé les données de son rapport initial en fonction des taux en vigueur depuis 2008. Enfin, elle a proposé que l'assiette tarifaire demeure la même et que l'escompte initial soit maintenu.

[42] M. Eddie Cue, vice-président des services Internet, Apple, a témoigné que la marge de profit de la distribution en ligne de musique était faible, car cette activité suppose des coûts importants, dont beaucoup n'existent pas dans le domaine des CD physiques.<sup>21</sup> Il a nié qu'iTunes soit un produit d'appel. Il a admis qu'iTunes et le iPod sont complémentaires et que ces produits ne pourraient exister l'un sans l'autre, mais soutenu que cela n'impliquait pas pour autant une stratégie de produit d'appel. Il a déclaré avoir pour tâche de mener des activités rentables et que le prix des téléchargements iTunes visait à maximiser le profit. Il a également témoigné sur les effets que l'actuelle structure des redevances minimales produit sur les taux payés par Apple, qui sont en fin de compte supérieurs aux taux homologués. Il a proposé une formule de rechange pour le calcul des redevances minimales applicables aux ensembles de pistes.

[43] Les entreprises de câblodistribution et de télécommunication ont quant à elles présenté un panel constitué de M. Nauby Jacob, vice-président, expérience des utilisateurs et contenu, Bell Mobilité, de M. Upinder Saini, vice-président, développement de produits, Rogers Communications, et de M. Justin Jamieson, vice-président, gestionnaire de produit, Telus. Chaque témoin a brièvement décrit les produits offerts par son entreprise, la façon dont les clients utilisent

information which demonstrated that online music is a profitable business line for Bell, Rogers and Telus. Each denied that music sales can be used as a loss leader for the service he represents. Music sales cannot increase profits made on the sale of handsets, since the price of handsets is subsidized. Neither does music drive the sale of data plans: customers buy data plans for uses that are essentially unrelated to music (e-mails, browsing on the Internet, etc.).

[44] The Cable/Telcos also filed the witness statement of Mr. Alain Maynard, Vice President Administration and Finance, *Groupe Archambault*. The statement dealt with the financial performance of the Zik.ca music service, which has not been profitable since its creation. Regarding the possibility of selling music files as a loss leader, the statement noted that since Archambault does not sell devices, it has no interest in pricing its online music below cost, to the detriment of Archambault's own physical CD business.

[45] Testifying for CRIA, Dr. George Barker, Director of the Centre for Law and Economics at the Australian National University presented a report<sup>22</sup> whose purpose was to determine the appropriate rates for the reproduction and communication rights in permanent downloads. Dr. Barker described the broad economic approaches that may be used to determine the permanent download rate. He concluded that a comparison with foreign rates, which he labelled the Comparable Actual Market Sales ("CAMS") methodology, was the most suitable way to determine how much online services should pay for the bundle of rights. He then used a modified version of the Board's methodology to derive a rate for the reproduction right and then applied the

leurs appareils mobiles pour accéder à la musique et les prix de vente de la musique. Chacun a également présenté des renseignements financiers témoignant de la rentabilité de la vente de musique en ligne chez Bell, Rogers et Telus. Chacun a nié que la musique pouvait servir de produit d'appel pour l'entreprise qu'il représente. Comme le prix des appareils mobiles est subventionné, la vente de musique ne peut faire augmenter les profits tirés de la vente de ces appareils. De même, la vente de musique ne peut mousser les ventes de forfaits de données : les clients choisissent des forfaits principalement pour des raisons autres que la musique (courriels, navigation sur le Web, etc.).

[44] Les entreprises de câblodistribution et de télécommunication ont également déposé le témoignage écrit de M. Alain Maynard, vice-président, administration et finance, Groupe Archambault. Son témoignage portait sur la performance financière de Zik.ca, un service de musique en ligne qui n'est pas rentable depuis sa création. En ce qui concerne la question de la vente de fichiers musicaux à prix d'appel, M. Maynard a affirmé que son entreprise n'avait aucun intérêt à vendre de la musique en ligne à perte, au détriment de ses ventes de CD physiques, puisqu'elle n'offre pas d'appareils.

[45] Témoignant pour le compte de la CRIA, M. George Barker, directeur du *Centre for Law and Economics* de l'*Australian National University*, a présenté un rapport<sup>22</sup> ayant pour objectif de déterminer les taux appropriés pour la reproduction et la communication des téléchargements permanents. Il a globalement décrit les approches pouvant servir à déterminer les taux pour les téléchargements permanents. Il a ensuite conclu qu'une comparaison avec les taux en vigueur à l'étranger, qu'il a appelée méthodologie des « ventes sur les marchés comparables actuels » (« VMCA »), était la meilleure façon de procéder pour déterminer combien doivent verser les services en ligne pour l'ensemble de droits. Il a ensuite employé une

difference as a rate for the communication right. As an alternative to calculate the SOCAN rate, Dr. Barker proposed to use the Board's methodology based on increased profitability, even though he considered that this methodology was inappropriate and contained several errors.

[46] Dr. Barker filed an additional report<sup>23</sup> in reply to the Audley/Hyatt and Liebowitz reports and refined certain statements contained in his original report.

[47] Mr. Graham Henderson, president of CRIA, described the current state of the Canadian music industry, spoke to the impact of unauthorized peer-to-peer file sharing and explained CRIA's continuing efforts and investments in trying to create a viable market framework for online music.

[48] Finally, Mr. Kevin Dale, Vice President of Finance for EMI Music Canada, Mr. Daryl Short, Vice President of Finance for Sony Music Entertainment Canada, Mr. Mark Jones, Senior Vice President for Universal Music Canada and Mr. Neil Kerr, Vice President of Finance for Warner Music Canada provided explanations on the financial data they provided to Dr. Barker for the purposes of his report.

## V. ANALYSIS

### A. Permanent downloads

#### *CSI*

[49] In *CSI – Online Music Services (2007)*, the Board used as a proxy for the permanent download rate the penny rate record labels pay to reproduce musical works onto prerecorded CDs, converted to a percentage of the retail price of a

version modifiée de la méthodologie de la Commission pour calculer un taux pour la reproduction, et la différence a donné le taux pour la communication. Comme calcul de rechange du taux de la SOCAN, il a proposé d'utiliser la méthodologie de la Commission fondée sur l'augmentation de la rentabilité, même s'il estimait qu'elle était inappropriée et qu'elle contenait plusieurs erreurs.

[46] En réponse aux rapports déposés par MM. Audley et Hyatt et par M. Liebowitz, M. Barker a présenté un rapport supplémentaire<sup>23</sup> dans lequel il a raffiné certaines des positions exposées dans son rapport original.

[47] M. Graham Henderson, président de la CRIA, a résumé l'état actuel de l'industrie musicale canadienne, traité des effets du partage de fichiers poste à poste et présenté les efforts et les investissements que déploie la CRIA pour établir un cadre viable pour le marché de la musique en ligne.

[48] Enfin, M. Kevin Dale, vice-président des finances, EMI Music Canada, M. Daryl Short, vice-président des finances, Sony Music Entertainment Canada, M. Mark Jones, vice-président directeur, Universal Music Canada, et M. Neil Kerr, vice-président aux finances, Warner Music Canada, ont présenté des explications sur les données financières qu'ils avaient fournies à M. Barker pour son rapport.

## V. ANALYSE

### A. Téléchargements permanents

#### *CSI*

[49] Dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, en vue d'établir le taux pour les téléchargements permanents, la Commission avait utilisé comme prix de référence le taux en cents payé par les maisons de disques pour la

download (the “MLA model”). Messrs. Audley and Hyatt propose using the same approach with updated figures.

[50] The first step in this approach requires computing an average rate using both the rate contained in the Mechanical Licensing Agreement (“MLA”) between CRIA and CMRRA, and the rates paid to SODRAC by CRIA members, by members of l’*Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) and by record labels that are not members of either association.<sup>24</sup> The average of these rates, weighted by revenues (the “blended penny rate”), is \$0.082 for 2008 and 2009 and \$0.084 for 2010.

[51] The next step involves converting the blended penny rates to percentage rates. This is achieved by dividing the rates by the average price per track paid by purchasers of permanent downloads. The average price is calculated by dividing the total amounts paid by consumers for all tracks downloaded in 2009 by the number of tracks downloaded; CSI can derive these figures using the information supplied to it pursuant to the *CSI Online Music Services Tariff, 2005-2007*. The average price per track of \$0.7818 yields rates of 10.0 per cent for 2008 and 2009 and 10.3 per cent for 2010.

[52] To decide whether to reuse the MLA model requires us to answer two questions. The first is whether this approach is still sound. It is not because a proxy served to set a tariff of first impression that the proxy must necessarily continue to be used thereafter. Once set, a price can gain a life of its own.<sup>25</sup> In this instance, this reservation does not apply. The MLA model uses as a proxy the price paid for the same input (the reproduction right) in a competitive market (retail CDs). It seeks to treat the physical and digital worlds equally. This has a sound basis in

reproduction d’œuvres musicales sur un CD préenregistré, taux converti en pourcentage du prix de détail d’un téléchargement (le « modèle MLA »). MM. Audley et Hyatt ont proposé la même approche, avec des données actualisées.

[50] L’approche consiste d’abord à calculer un taux moyen, d’après le taux établi dans l’entente de licence de reproduction mécanique (« MLA ») conclue entre la CMRRA et la CRIA, et ceux versés à la SODRAC par les membres de la CRIA et de l’*Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) ainsi que par les maisons de disques qui ne sont pas membres de l’une de ces associations.<sup>24</sup> Le taux moyen obtenu, pondéré selon les revenus (« taux en cents pondéré »), est de 0,082 \$ pour 2008 et 2009 et de 0,084 \$ pour 2010.

[51] L’étape suivante est la conversion de ces taux en cents pondérés en taux en pourcentage. Cette conversion se fait en divisant les taux par le prix moyen par piste que payent les acheteurs de téléchargements permanents. Le prix moyen est obtenu en divisant la somme totale payée par les consommateurs en 2009 pour tous les téléchargements permanents par le nombre de pistes téléchargées. CSI peut calculer ces chiffres à partir de l’information fournie conformément au *Tarif CSI pour les services de musique en ligne, 2005-2007*. Le prix moyen par piste de 0,7818 \$ produit des taux de 10,0 pour cent pour 2008 et 2009 et de 10,3 pour cent pour 2010.

[52] Pour décider s’il convient d’employer de nouveau le modèle MLA, il faut répondre à deux questions. Premièrement, est-il encore logique d’utiliser cette approche? Ce n’est pas parce qu’un élément a servi de référence dans la détermination d’un premier tarif que cet élément doit nécessairement servir par la suite. Une fois établi, un prix peut évoluer à son gré.<sup>25</sup> Dans la présente affaire, cette réserve ne s’applique pas. Le modèle MLA utilise comme référence le même intrant (le droit de reproduction) sur un marché concurrentiel (le marché des CD). Le modèle



economic theory. In a competitive equilibrium, the price of downloads and the price of CDs are such that the demand for downloads equals the supply of downloads and the demand for CDs equals the supply for CDs. Competitive equilibrium also has implications for the prices of the inputs used in both markets. In particular, since the right to reproduce a musical work is an input to both a CD and a download, its price, which is a cost from the perspective of both suppliers of CDs and downloads, will tend to be the same in both markets.

[53] According to economic theory, the equalization of costs should occur in dollar terms. This is what the Board expressed in concise, layman's language in *CSI – Online Music Services (2007)*: “[w]e want the tariff to generate the same amount of royalties as if services paid 7.8¢ per track.”<sup>26</sup> Still, there are at least two advantages to converting this penny rate to a percentage. First, it avoids having to make short term corrections to account for short term market fluctuations. Second, this is what the parties asked for both in 2007<sup>27</sup> and now, and we see no need to interfere with this choice unless doing so entails serious negative consequences to the parties or to others. These advantages remain as relevant today as they were in 2007. Thus, the approach is still sound.

[54] Second, we must ask whether the data used in the formula ought to be updated. Not every change in the data used to determine a tariff should occasion a change in the tariff rate. Adjusting royalties requires balancing a number of considerations, as can be seen from decisions where the Board declined to do so.<sup>28</sup> No adjustment should be made if the relevant data has a tendency to fluctuate seemingly randomly around a fixed figure.<sup>29</sup> Tariffs should reflect

cherche à mettre le marché physique et le marché numérique sur un pied d'égalité. Cette approche est solidement appuyée par la théorie économique. Dans un scénario d'équilibre concurrentiel, le prix des téléchargements numériques et celui des CD reflètent un équilibre entre la demande et l'offre de téléchargements numériques et de CD. Cette théorie a également des répercussions sur le prix des intrants utilisés sur les deux marchés. Plus précisément, comme le droit de reproduire une œuvre musicale est un intrant tant pour un CD que pour un téléchargement, son prix, lequel constitue un coût pour les fournisseurs de CD et de téléchargements numériques, tend donc à être le même sur les deux marchés.

[53] La théorie économique veut que l'équilibre des coûts doit se traduire par un équilibre en dollars. C'est ce que la Commission a exprimé avec simplicité et concision dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)* : « [n]ous voulons que le tarif produise le même montant de redevances que si les services de musique en ligne payaient 7,8 ¢ la piste. »<sup>26</sup> Cela dit, la conversion du taux en cents en pourcentage comporte au moins deux avantages. D'abord, on évite les ajustements à court terme pour tenir compte des variations de prix à court terme. Ensuite, c'est ce que les parties demandent en l'espèce comme en 2007,<sup>27</sup> et nous ne voyons aucun motif d'aller à l'encontre de ce choix à moins qu'il entraîne de sérieuses conséquences néfastes pour les parties ou pour d'autres. Ces avantages demeurent aussi pertinents aujourd'hui qu'en 2007. Il est donc toujours logique d'utiliser cette approche.

[54] Deuxièmement, nous devons déterminer si les données employées dans la formule doivent être actualisées. Les changements des données utilisées dans la détermination d'un tarif ne doivent pas nécessairement se traduire par un changement des taux des redevances. Pour ajuster des redevances, il faut mettre en balance de nombreuses considérations, comme en témoignent les décisions où la Commission a refusé d'agir.<sup>28</sup> Les calculs ne devraient pas être



longer-term market trends, not short terms fluctuations, so as to provide stability and predictability and to avoid uncertainty and adjustment costs.<sup>30</sup> Updates should not be made if fluctuations in the proxy market price are unrelated to conditions in the market under consideration.

[55] In this instance, we are asked to update both the numerator (blended penny rate for mechanical reproductions) and the denominator (average price per track downloaded). There are sound reasons to do so.

[56] The numerator is a price expressed in pennies per track, not in percentage terms. Such prices naturally tend to rise, if only to keep pace with inflation. The increase in the blended penny rate is about two per cent per year, which is consistent with inflation trends in Canada. Failing to adjust prices expressed in pennies or dollars for inflation erodes the value of music.<sup>31</sup>

[57] The denominator is also a price expressed in pennies per track. However, the reason to update it is different. In 2007, the Board computed the average price per track using several assumptions<sup>32</sup> based on the evidence filed by the parties, but not on actual sales data.<sup>33</sup> In this case, we know actual sales as reported to CSI for 2009.<sup>34</sup> This implies an overall average price per track of \$0.818 [ $(\$1.0401 \times 0.5018) + (\$0.5939 \times 0.4982)$ ].

[58] The MLA model remains appropriate, however, both the numerator and the denominator must be updated, the first to reflect an important trend in the pricing of mechanical royalties and the second because we prefer using actual data over assumptions, especially if these assumptions are contradicted by those data. CSI requested 9.9 per

ajustés si les données pertinentes fluctuent apparemment au hasard autour d'une donnée fixe.<sup>29</sup> Les tarifs devraient refléter les tendances à long terme du marché, pas les fluctuations à court terme, pour assurer la stabilité et la prévisibilité ainsi que pour éviter l'incertitude et les coûts d'ajustement.<sup>30</sup> Les données ne devraient pas être actualisées si les fluctuations du marché de référence ne sont pas liées aux conditions du marché examiné.

[55] En l'espèce, on nous demande de mettre à jour tant le numérateur (taux en cents pondéré pour la reproduction mécanique) que le dénominateur (prix moyen par piste téléchargée). Cette actualisation n'est pas sans fondement.

[56] Le numérateur est un prix exprimé en cents par piste, et non un pourcentage. Ces prix ont tendance à monter, ne serait-ce que pour tenir compte de l'inflation. Cette hausse du taux pondéré est d'environ deux pour cent par année, ce qui reflète la tendance de l'inflation au Canada. Le fait de ne pas rajuster le taux en fonction de l'inflation entraînerait une érosion de la valeur de la musique.<sup>31</sup>

[57] Le dénominateur est également exprimé en cents par piste, mais une autre raison justifie la mise à jour. En 2007, la Commission a calculé le prix moyen par piste selon plusieurs hypothèses<sup>32</sup> fondées sur la preuve déposée par les parties, et non sur de véritables données de ventes.<sup>33</sup> Dans le cas présent, nous disposons des données véritables sur les ventes de 2009 fournies à CSI.<sup>34</sup> Selon ces données, le prix moyen par piste est de 0,818 \$ [ $(1,0401 \$ \times 0,5018) + (0,5939 \$ \times 0,4982)$ ].

[58] L'application du modèle MLA demeure appropriée, toutefois, tant le numérateur que le dénominateur doivent être mis à jour, le premier, pour refléter une importante tendance dans la détermination des redevances pour la reproduction mécanique, et le deuxième, parce qu'il est préférable d'utiliser des données réelles plutôt que

cent, as found in its proposed statement of royalties, even though the model generates 10 per cent in 2008 and 2009 and 10.3 per cent in 2010.<sup>35</sup> The rate we certify is 9.9 per cent.<sup>36</sup> This is an increase of 12.5 per cent compared to the previously undiscounted rate of 8.8 per cent decided by the Board. This rate, as well as all other rates we certify in this decision, can be found in the Table in the Appendix.

[59] In our opinion, for the reasons that follow, none of the Objectors' proposed models is reasonable.

#### Dr. Barker's proposed models

[60] Dr. Barker considered that foreign rates should be used to cap the royalties paid for the bundle of rights. However, for CSI specifically, both of the rates he proposed were based on the MLA model. He accepted starting with the average rate computed by Messrs. Audley and Hyatt for the reproduction of music on CDs. He then proposed making two adjustments to this rate.

[61] The first would account for an apparent paradox in the way the Board converted the penny rate into a percentage rate: while the numerator (mechanical royalties) comes from the physical market, the denominator (average price per track downloaded) comes from the digital market. Dr. Barker expressed the opinion that in using data from different markets in the numerator and denominator, the Board either had made a mistake<sup>37</sup> or should have better explained how and why it used these different bases. To account for this, Dr. Barker proposed to discount the penny rate by the relative price of digital albums to physical albums. The difference being 29 per cent, the discount yielded a putative penny rate of \$0.059 per track. Dr. Barker then applied the

des hypothèses, surtout si les secondes contredisent les premières. CSI a demandé l'homologation d'un taux de 9,9 pour cent, conformément à son projet de tarif, même si le modèle produit un taux de 10 pour cent en 2008 et en 2009 et de 10,3 en 2010.<sup>35</sup> Le taux que nous homologuons est de 9,9 pour cent.<sup>36</sup> Il s'agit d'une augmentation de 12,5 pour cent par rapport au taux non escompté de 8,8 pour cent décidé par la Commission dans sa décision précédente. Ce taux, ainsi que tous les autres taux homologués par les présentes, se trouvent au tableau en annexe.

[59] Selon nous, aucun des modèles proposés par les opposants n'est raisonnable pour les motifs exposés ci-dessous.

#### Modèles proposés par M. Barker

[60] Selon M. Barker, les taux étrangers devraient servir de plafond aux redevances perçues pour l'ensemble de droits. Toutefois, pour CSI spécifiquement, les taux qu'il propose sont fondés sur le modèle MLA. Il a accepté d'utiliser comme taux de départ le taux moyen calculé par MM. Audley et Hyatt pour la reproduction de la musique sur CD. Il a ensuite proposé d'apporter deux ajustements à ce taux.

[61] Le premier ajustement tiendrait compte du paradoxe apparent dans la façon dont la Commission a converti le taux en cents en pourcentage : alors que le numérateur (redevances pour la reproduction mécanique) provient du marché physique, le dénominateur (prix moyen par piste téléchargée) provient du marché numérique. De l'avis de M. Barker, la Commission avait soit commis une erreur en utilisant des données provenant de différents marchés pour le numérateur et le dénominateur,<sup>37</sup> soit mal expliqué comment et pourquoi elle avait employé des références différentes. Pour rectifier le tir, M. Barker a proposé d'escompter le taux en cents en fonction de la différence entre le prix des albums physiques et numériques. Cette différence

average price per track of \$0.89 to obtain a rate of 6.6 per cent for CSI.

[62] This approach is dependent on the proposition that in *CSI – Online Music Services (2007)*, the Board should have discounted the mechanical royalties for CDs to account for the fact that digital tracks sell for less than physical tracks. Messrs. Audley and Hyatt explained why this proposition is unsupported on the evidence or by the text of the 2007 decision: the Board wished to set the same price in pennies, not in percentages.<sup>38</sup> We agree,<sup>39</sup> but would add two comments.

[63] First, the proposed approach appears to assume that the rate set in the MLA is implicitly related to the retail price of music. The fact that this rate has continued to rise while the price of CDs has fallen is evidence against this assumption.

[64] Second, this approach assumes that the price paid for the reproduction right should be a constant share of the retail price of the file or medium used to deliver music. In fact, the penny rate for the reproduction right has always been the same for all types of media.<sup>40</sup> Furthermore, in many other countries to which Drs. Barker and Chipty referred to, the price paid for the reproduction right is not a constant share of the retail price. We agree with Dr. Boyer. If two apartments have the same size but different values, it does not make any sense to charge an amount to paint these apartments proportional to their value. This analogy applies to the MLA rate as well.<sup>41</sup>

[65] Accordingly, we reject this adjustment.

étant de 29 pour cent, la réduction produit un taux putatif de 0,059 \$ par piste. M. Barker a par la suite appliqué au modèle le prix moyen par piste de 0,89 \$ pour obtenir un taux de 6,6 pour cent pour CSI.

[62] Cette approche suppose que dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, la Commission aurait dû réduire les redevances pour la reproduction mécanique de la musique sur CD pour tenir compte du fait que les pistes numériques sont vendues moins chers que les pistes physiques. MM. Audley et Hyatt ont expliqué en quoi cette supposition était démentie par la preuve et le libellé de la décision de 2007 : la Commission avait voulu fixer les mêmes redevances en cents, non en pourcentage.<sup>38</sup> Nous abondons dans le même sens,<sup>39</sup> tout en offrant deux précisions.

[63] D'abord, l'approche proposée semble supposer que le taux de la MLA est implicitement lié au prix de détail de la musique. Or, ce taux a continué de grimper alors que le prix des CD baissait, ce qui contredit cette hypothèse.

[64] Ensuite, cette approche suppose que le prix payé pour le droit de reproduction devrait être une fraction constante du prix de détail du fichier ou support utilisé pour livrer la musique. En fait, le taux en cents pour le droit de reproduction a toujours été le même pour tous les types de supports.<sup>40</sup> Qui plus est, dans bon nombre des pays mentionnés par M. Barker et M<sup>me</sup> Chipty, le prix payé pour le droit de reproduction n'est pas une fraction constante du prix de détail. Nous sommes du même avis que M. Boyer. Si deux appartements sont de même grandeur, mais de valeurs différentes, il est illogique de demander un prix proportionnel à leur valeur pour les repeindre. Cette analogie s'applique également au taux MLA.<sup>41</sup>

[65] Pour ces raisons, nous rejetons cet ajustement.

[66] Dr. Barker proposed a further adjustment to reflect his opinion that the rate set in the MLA is a non-competitive rate negotiated:

[...] in “the shadow” cast by the *Copyright Act*, i.e. CMRRA has the option of applying to the Copyright Board to have a rate imposed. On this basis a negotiated rate in Canada must be treated as an outcome that is likely to have been seen by CMRRA as ensuring a rate that was higher than could have been achieved in the regulatory process – net of regulatory costs including regulatory risk.<sup>42</sup>

To account for this, Dr. Barker proposed assuming that mechanical royalties should have remained a constant fraction of CD price over time. This, he stated, would ensure that royalties fell with CD prices, thereby better reflecting market trends, including the emergence of piracy.<sup>43</sup>

[67] There are two difficulties with this approach. First, it assumes that the general regime in the *Act* (the “shadow” Dr. Barker refers to) inherently tends to favour collectives operating under it. However, this is offset because users have the same option as collectives to ask the Board to set prices under the arbitration regime. Furthermore, all the facts that would justify a lower rate in Dr. Barker’s opinion were public information, including the fact that CD prices were falling. Accepting that this information was not taken into account in setting the mechanical royalties is hard to believe given the record labels’ highly sophisticated negotiation skills. Second, a negotiated price normally is somewhere in the range between the minimum price the seller is willing to accept and the maximum price the buyer is willing to pay. It is possible that such a range did not include the decreasing series of prices proposed by Dr. Barker.

[66] M. Barker a proposé un ajustement supplémentaire, étant d’avis que le taux de la MLA est un taux non concurrentiel négocié :

[TRADUCTION] [...] dans l’« ombre » jetée par la *Loi sur le droit d’auteur*. La CMRRA a la possibilité de demander à la Commission du droit d’auteur d’imposer un taux. Dans ce contexte, il faut voir dans un taux négocié au Canada un prix que la CMRRA croit être plus élevé que ce qui aurait découlé d’un processus réglementaire – sans les coûts liés à ce processus, risques y afférents compris.<sup>42</sup>

Par conséquent, M. Barker a proposé de présumer que les redevances pour la reproduction mécanique auraient dû demeurer une part constante du prix des CD au fil du temps. Selon lui, les redevances auraient ainsi suivi la baisse du prix des CD, ce qui aurait mieux reflété les tendances du marché, dont l’émergence du piratage.<sup>43</sup>

[67] Cette approche comporte deux faiblesses. Premièrement, elle présume que le régime général établi par la *Loi* (cette « ombre » dont parle M. Barker) favorise en soi les sociétés de gestion qu’il régit. Cela est toutefois compensé par le fait que les utilisateurs, tout autant que les sociétés de gestion, peuvent demander à la Commission de fixer les tarifs dans le cadre du régime d’arbitrage. De plus, tous les faits énoncés qui justifieraient, selon M. Barker, l’abaissement du taux constituent de l’information publique, dont la chute du prix des CD. Il est peu probable que cette réalité n’ait pas été prise en compte lors de la fixation du taux pour la reproduction mécanique étant donné les compétences en négociation hors du commun des maisons de disques. Deuxièmement, un prix négocié est généralement fixé entre le prix minimal que serait prêt à accepter le vendeur et le prix maximal que serait prêt à payer l’acheteur. Il est possible que cette fourchette n’ait pas contenu la série de prix décroissants proposés par M. Barker.

[68] Thus, we also reject this adjustment.

#### Dr. Chipty's models

[69] In 1950, Dr. John Nash described the axiomatic foundation of a very simple bargaining rule. If the (two) parties to the bargain are equal in all respects (preferences, patience, and bargaining power), the amount to be shared should be divided equally. Further refinements of this model allowed for the possibility that parties could remove costs from the amount to be shared and that the bargain or game could involve more than one player.

Dr. Chipty proposed to set the tariff rates using this formal, mathematical model of bargaining.

[70] Dr. Chipty's bargaining model involves three players – SOCAN, CSI, and online services who offer permanent downloads for sale. The amount to be shared is the revenue of the services associated with permanent downloads, after removing four amounts: what the services pay to the record labels for the “master rights”;<sup>44</sup> the services' other costs of operation (such as operating servers, producing and distributing gift cards); the services' normal profit; and an amount to compensate CSI for mechanical royalties lost when a digital track is sold instead of a physical CD.<sup>45</sup> As in Nash's original model, the surplus is split equally among the three players.

[71] Dr. Chipty fixed the four amounts just mentioned using data from Apple and making assumptions as to what normal profits ought to be (either 0 or 7 per cent) and the proportion of CD sales that would be lost to digital sales (either 33 or 50 per cent).<sup>46</sup>

[68] En conséquence, nous rejetons également cet ajustement.

#### Modèles proposés par M<sup>me</sup> Chipty

[69] En 1950, M. John Nash a décrit les fondements axiomatiques d'une règle très simple de négociation. Si les (deux) parties prenant part à la négociation sont égales à tous les égards (préférences, patience, pouvoir de négociation), la somme à partager devrait être divisée en parts égales. Des améliorations apportées au modèle ont permis de tenir compte de la possibilité que les parties déduisent certains coûts de la somme à partager, et que la négociation ou le jeu fasse intervenir plus d'un acteur. M<sup>me</sup> Chipty a proposé de fixer les taux au moyen de ce modèle formel et mathématique de négociation.

[70] Le modèle de négociation de M<sup>me</sup> Chipty fait intervenir trois acteurs – la SOCAN, CSI et les services en ligne qui vendent des téléchargements permanents. La somme à partager est le revenu des services liés à ces téléchargements, auquel ont été soustraites les quatre sommes suivantes : la somme payée par les services aux maisons de disques pour l'utilisation des bandes maîtresses;<sup>44</sup> les autres frais de fonctionnement des services (comme ceux liés au maintien des serveurs et à la production et à la distribution de cartes-cadeaux); les profits normaux des services; une somme versée à CSI pour compenser les pertes en redevances pour la reproduction mécanique occasionnées par la vente de pistes numériques plutôt que de CD.<sup>45</sup> Conformément au modèle original de Nash, l'excédent est réparti également entre les trois acteurs.

[71] M<sup>me</sup> Chipty a établi les quatre sommes mentionnées en se servant des données d'Apple et en faisant des hypothèses sur la valeur des profits normaux (0 ou 7 pour cent) et sur la proportion des ventes de CD perdues au profit des ventes numériques (33 ou 50 pour cent).<sup>46</sup>

[72] We have decided not to use this model, for six reasons: two relate to the need for the record labels to be one of the players in the bargaining game; two relate to other issues in the design of the game; and two relate to data and how the game is parameterised. The fact that SOCAN no longer is part of the model as a result of *ESA*<sup>47</sup> has no effect on our analysis.

[73] First, according to the model as specified, the surplus could be negative from time to time, even for reasonable values of the model's parameters. This entails a zero tariff. A properly specified Nash bargaining model cannot yield negative benefits for any of the players: any player confronted with the certainty of a negative profit will simply walk away.<sup>48</sup> Therefore Dr. Chipty's model necessarily omits one or more important variables: put more technically, the model is *per se* misspecified. One source of this misspecification is evident: the record labels are not included in the game.<sup>49</sup>

[74] Second, the omission of the record labels from the game is unfair to CSI. Since the labels are absent, the amount they receive is treated as a cost to the services and subtracted before any division of surplus; as a result, CSI receives smaller royalty payments, as Dr. Chipty readily admitted when questioned by the Chairman of the Board.<sup>50</sup>

[75] Third, to remove an amount corresponding to CSI's lost mechanical royalties from the surplus to be shared is an oversimplification. Mechanical royalties are negotiated between CSI and the record labels. The MLA "game" is connected to the "game" for online music royalties. Treating the two as separate is inconsistent<sup>51</sup> and leads to an incorrect tariff. Indeed, CSI could play each game with an eye on the other: for example, it could seek a higher penny rate in the MLA in

[72] Nous avons décidé de ne pas employer ce modèle pour six raisons : deux visent la nécessité pour les maisons de disques de prendre part à la négociation; deux concernent la conception du modèle; deux ont trait aux données et aux paramètres du modèle. Le fait que la SOCAN soit désormais exclue du modèle à cause de *ESA*<sup>47</sup> ne change rien à notre analyse.

[73] Premièrement, le modèle tel qu'il est conçu pouvait produire des excédents négatifs de temps en temps, même si les valeurs des paramètres étaient raisonnables. Cela donne lieu à un tarif de zéro. Un modèle de négociation de Nash correctement conçu ne peut produire de retombées négatives pour aucun des acteurs : tout acteur se trouvant face à une certitude de profits négatifs se retirera simplement de la négociation.<sup>48</sup> Le modèle de M<sup>me</sup> Chipty omet donc nécessairement une ou plusieurs variables importantes. De façon plus technique, le modèle est pour ainsi dire incorrectement spécifié. Une des sources de cette erreur de spécification est évidente : les maisons de disques ne sont pas incluses dans le modèle.<sup>49</sup>

[74] Deuxièmement, l'omission des maisons de disques dans le modèle est injuste pour CSI. Comme les maisons sont absentes, les sommes qu'elles reçoivent sont considérées comme des coûts pour les services en ligne et sont soustraites avant toute répartition de l'excédent. En conséquence, CSI perçoit moins de redevances, comme l'a admis sans hésitation M<sup>me</sup> Chipty en réponse aux questions du président de la Commission.<sup>50</sup>

[75] Troisièmement, retrancher de l'excédent à partager les pertes en redevances mécaniques de CSI est trop simpliste. Ces redevances sont négociées entre CSI et les maisons de disques. Pour CSI, les « jeux » visant la MLA et les redevances en ligne sont interreliés. En traiter séparément est incohérent<sup>51</sup> et mène à un tarif incorrect. Ainsi, CSI pourrait jouer une partie tout en gardant un œil sur l'autre. Elle pourrait par exemple chercher un tarif en cents plus élevé dans



exchange for concessions that are relevant to CDs but not to permanent downloads.<sup>52</sup>

[76] Fourth, it is inconsistent to remove the fixed (or quasi-fixed) costs of the services from the surplus to be shared but not those of CSI. The reason for removing fixed costs is that they have to be incurred regardless of how many permanent downloads are sold, thus they should not affect the sharing rule.

[77] Fifth, removing normal profits raises significant practical issues. The concept of normal profit is not controversial for economists. However, measures of normal profit can be, as one can see from the fact that Dr. Chipty presented calculations based on two amounts of normal profit. To the extent that normal profit should be removed from the surplus to be shared, far more substantial effort needs to be made to obtain a reliable value.

[78] Sixth, it is not appropriate to treat CSI as a residual claimant, who receives nothing if the industry is not sufficiently profitable. Profit data are inherently suspect, since online music services operate as business lines within larger corporations. In addition, data from business lines are never audited; they can thus be subject to manipulation for the purpose of minimizing the liability under the tariff. Treating CSI as a residual claimant gives an incentive to the services to increase the costs attributed to online music (instead of other business lines), so as to decrease their profits.

[79] Dr. Chipty proposed a second approach which relies on a similar assumption to that used by Dr. Barker. She proposed that the sum of the CSI and SOCAN rates not exceed the rate obtained by using the MLA model without

la MLA en échange de concessions pertinentes à l'égard des CD, mais pas des téléchargements permanents.<sup>52</sup>

[76] Quatrièmement, il est incohérent de soustraire les coûts fixes (ou presque) des services de l'excédent à partager, mais pas ceux de CSI. Les coûts fixes sont soustraits parce qu'ils doivent être engagés peu importe le nombre de téléchargements permanents vendus. C'est pourquoi ils ne devraient pas intervenir dans le calcul du partage de l'excédent.

[77] Cinquièmement, la soustraction des profits normaux soulève d'importants problèmes pratiques. Le concept de profit normal n'est pas controversé chez les économistes, mais la mesure de ce profit peut l'être, comme on le constate du fait que M<sup>me</sup> Chipty a présenté des calculs fondés sur deux différentes valeurs de profit normal. Dans la mesure où ce profit devrait être retranché de l'excédent à partager, il importe de déployer des efforts beaucoup plus importants pour obtenir une valeur fiable.

[78] Sixièmement, il n'est pas approprié de traiter CSI comme un requérant résiduel, qui ne reçoit rien si l'industrie n'est pas assez rentable. Les données sur les profits sont intrinsèquement louches parce que les services de musique en ligne sont des secteurs d'activité de grandes entreprises. D'ailleurs, les données de ces secteurs ne sont jamais vérifiées, et les entreprises peuvent donc les manipuler dans le but de minimiser leur obligation en vertu du tarif. Le fait de traiter CSI comme un requérant résiduel encourage les services à gonfler les coûts associés à la musique en ligne (plutôt que d'attribuer ces coûts à d'autres secteurs d'activité) de façon à faire baisser leurs profits.

[79] M<sup>me</sup> Chipty a proposé une seconde approche, laquelle repose sur une hypothèse semblable à celle de M. Barker. Étant d'avis que les forces du marché allaient tirer sur le marché numérique des redevances payables au même niveau que celles



specifying how to allocate royalties between the two collectives, based on her opinion that competitive market forces would drive the royalties payable in the digital market to those payable in the physical market. Put another way, she assumes that what online services pay for the use of musical works should be the same without regard to the number of (copy)rights being used.

[80] This approach ignores a principle the Board has expressed on many occasions: all things being equal, using two rights should cost more than using only one.<sup>53</sup> As a result of *ESA*,<sup>54</sup> however, this no longer is relevant in this instance.

#### *SOCAN*

[81] To calculate the SOCAN rate for permanent downloads, SOCAN proposed using the same approach as in *SOCAN 22.A (2007)* using updated data. This model (the “22.A model”) uses two figures. The first is the difference in the record labels’ profits between the digital download and CD markets (“profit differential”). The second is the “gross costs”: these are the sum of the net costs (the record labels’ digital download costs less profits), a “normal return” and the mechanical licensing royalties. The SOCAN rate is the profit differential multiplied by the mechanical licensing royalties and divided by the gross costs. CRIA would accept this approach, using different data.

[82] Were SOCAN entitled to royalties on permanent downloads, which is not the case, we would need to address several issues to determine whether we should reuse the 22.A model: a) whether the model is appropriate for determining a rate for SOCAN; b) whether the logic of the model is internally consistent; and finally c),

du marché physique, elle a proposé que la somme des taux de CSI et de la SOCAN n’excède pas le taux calculé au moyen du modèle MLA, sans préciser la manière dont les redevances allaient être réparties entre les deux sociétés. En d’autres mots, elle présume que les sommes versées par les services en ligne pour leur utilisation des œuvres musicales devraient demeurer les mêmes peu importe le nombre de droits (d’auteur) utilisés.

[80] Cette approche fait fi d’un principe souvent exprimé par la Commission : toutes choses étant égales par ailleurs, l’utilisation de deux droits devrait coûter plus cher que l’utilisation d’un seul.<sup>53</sup> Cela dit, *ESA*<sup>54</sup> fait en sorte que ce principe n’est pas pertinent en l’espèce.

#### *SOCAN*

[81] La SOCAN a proposé de calculer le taux pour les téléchargements permanents selon l’approche utilisée dans *SOCAN 22.A (2007)* à partir de données à jour. Ce modèle (le « modèle 22.A ») tient compte de deux données, soit : la différence de rentabilité pour les maisons de disques entre le marché du téléchargement numérique et celui du CD (la « différence de profit »); les « coûts bruts », ou la somme des coûts nets (coûts des téléchargements numériques supportés par les maisons de disques, moins les profits), des « profits normaux » et des redevances de reproduction mécanique. On obtient le taux de la SOCAN en multipliant la différence de profit par le taux du droit de reproduction mécanique, le tout divisé par les coûts bruts. La CRIA serait prête à utiliser ce modèle avec des données différentes.

[82] Si la SOCAN avait droit à des redevances à l’égard des téléchargements permanents, ce qui n’est pas le cas, nous devrions répondre à plusieurs questions pour décider s’il est approprié de réutiliser le modèle 22.A. Le modèle est-il approprié en vue de déterminer un taux applicable à la SOCAN? La logique du modèle est-elle

whether the data requirements of the model are overly burdensome.

[83] The 22.A model calculates the price to be paid for the bundle of rights and then allocates that price between SOCAN and CSI.<sup>55</sup> Since SOCAN has no copyright in respect of permanent downloads, no bundle exists and the 22.A model is therefore no longer applicable. Had the contrary been true, we would have found that using the 22.A model generally, and a bundled approach specifically, would have been inappropriate, for the following reasons.

[84] First, a bundled approach is easier to justify when the Board is able to deal with all the relevant rights at the same time, as is always the case with retransmission. This allows the Board to determine not only what a fair price for the user is, but also what a fair allocation among copyright owners is. In the case at hand, the absence of some of the players makes this difficult or impossible. Without Re:Sound Music Licensing Company and ArtistI being involved in the proceedings, it is difficult to decide how much should be left on the table for them to eventually receive a fair compensation. Because the record labels have chosen to licence their rights directly to the services, a fair allocation of royalties among copyright owners would be impossible if we were to conclude (for example) that the record labels are being paid too much. In essence, the same reasons that lead us to conclude that Dr. Chipty's bargaining model is misspecified<sup>56</sup> lead us to conclude that a bundled approach is unhelpful in this instance.

[85] Second, the 22.A model uses the record labels' accounting profits to calculate the price to be paid for the bundle or rights. As we noted in paragraphs 77 and 78, using profits to determine

cohérente à l'interne? Les données dont le modèle a besoin représentent-elles un inconvénient excessif?

[83] Dans le modèle 22.A, on calcule la valeur des redevances à payer pour l'ensemble de droits, puis on répartit ces redevances entre la SOCAN et CSI.<sup>55</sup> Puisque la SOCAN n'a droit à rien pour les téléchargements permanents, il n'y a pas d'ensemble et le modèle 22.A ne peut donc plus s'appliquer. Dans le cas contraire, nous aurions conclu que l'utilisation du modèle 22.A en général, et l'approche combinée en particulier, n'auraient pas été appropriées pour les raisons suivantes.

[84] Premièrement, l'approche combinée est plus facile à justifier lorsque la Commission est en mesure de considérer tous les droits pertinents en même temps, ce qui est toujours le cas lorsqu'il s'agit de retransmission. Ainsi, la Commission peut établir non seulement un prix équitable pour l'utilisateur, mais aussi une répartition équitable des redevances entre titulaires de droits. En l'espèce, l'absence de certains protagonistes rend cette tâche difficile, voire impossible. Comme Ré:Sonne Société de Gestion de la Musique et ArtistI ne participent pas à la procédure, il est difficile de juger quelle proportion des redevances doit leur être réservée à titre de compensation équitable. Étant donné que les maisons de disques ont choisi d'accorder des licences directement aux services, il serait impossible de répartir équitablement les redevances entre titulaires si nous en venions à conclure (par exemple) que les maisons de disques reçoivent un paiement excessif. Essentiellement, les mêmes raisons qui nous ont poussés à conclure que le modèle de négociation de M<sup>me</sup> Chipty est erroné<sup>56</sup> nous poussent à conclure que l'approche combinée n'est pas utile dans la présente affaire.

[85] Deuxièmement, dans le modèle 22.A, les redevances à payer pour l'ensemble de droits sont calculées d'après les profits comptables des maisons de disques. Comme nous l'avons

the rate for a collective society is inherently problematic. Profits are an artifice of accounting conventions and can be manipulated. Large corporations, including the record labels, recognize revenues and costs based on complex accounting rules, making profits appear greater or smaller than they would be on a strict cash basis. Using data for unaudited business lines increases the problem. So does using data from different corporate entities whose accounting conventions, while legitimate, may be vastly different. Therefore, to the extent that the formula used to set the bundled rate is of questionable value, the need to use a bundled approach also can be questioned.

[86] Furthermore, tying payments by the services to record labels' profits is troublesome. These profits vary according to a number of factors, including some which, though unrelated to the value of the underlying rights, would nevertheless influence the price paid for those rights. Demand for online music is likely less income-elastic than demand for CDs, since one can purchase online music in individual tracks. In a recession, as consumer income falls, so will record labels' profits. Because of the different elasticities, profits will decline more for CDs than for online music. In the 22.A model, this implies that the rate for online music royalties increases even though online music sales decrease.

[87] That the Board used record labels' profits in 2007 as a proxy to set the communication rates is understandable; it was the best information the Board had at the time. The 2007 model may have been helpful to capture an industry snapshot; we

mentionné aux paragraphes 77 et 78, le recours aux profits comme moyen de déterminer les redevances d'une société de gestion pose intrinsèquement problème. Les profits sont un artifice des conventions comptables et peuvent être manipulés. Les grandes entreprises, maisons de disques comprises, déterminent les revenus et les coûts en fonction de règles comptables complexes qui permettent d'annoncer des profits supérieurs ou inférieurs à ce qu'ils seraient selon la comptabilité de caisse. L'utilisation de données concernant des secteurs d'activité non vérifiés accentue le problème, tout comme l'utilisation de données provenant d'entreprises distinctes dont les conventions comptables, bien que légitimes, peuvent varier considérablement. Par conséquent, dans la mesure où la formule utilisée pour fixer le taux combiné est d'une validité douteuse, on peut également douter de la validité de l'approche combinée.

[86] L'idée de lier les redevances que versent les services aux profits des maisons de disques pose aussi problème. Ces profits dépendent de plusieurs facteurs, dont certains, bien que n'ayant aucun lien avec la valeur des droits sous-jacents, auraient néanmoins un impact sur le prix payé pour ces droits. L'élasticité-revenu de la demande de musique en ligne est probablement moindre que celle de la demande de CD, puisqu'il est possible d'acheter des pistes individuelles en ligne. Pendant une récession, une perte de revenus des consommateurs entraînera une diminution des profits des maisons de disques. La différence d'élasticité suppose que les profits diminueront davantage pour les CD que pour la musique en ligne. Dans le modèle 22.A, il en découle que le taux de redevances pour la musique en ligne augmente même si les ventes de musique en ligne diminuent.

[87] On peut comprendre qu'en 2007 la Commission ait utilisé les profits des maisons de disques comme référence en vue de fixer les taux pour la communication, car c'était la meilleure information dont elle disposait à l'époque. Le

find it unhelpful in following trends, to the extent they exist. Accordingly, we do not feel that it would have been the best way to account for the value of the communication right today.

[88] Third, the question of normal profits, as noted, is not difficult in theory but challenging in practice. To measure them properly, one needs to assess the outside opportunities available to those in the recording industry, as well as the implicit risks being taken by operating in that industry. This calculation requires a considerable amount of information, from inside and outside the music industry. Furthermore, some of that information is confidential, which creates further difficulties we outline below.<sup>57</sup>

[89] Again, given *ESA*,<sup>58</sup> there is no need to comment further on Dr. Barker's proposed CAMS methodology, the purpose of which was to derive a SOCAN rate for rights that the Supreme Court has ruled do not exist.

#### B. Limited downloads

[90] In 2007, the rate for limited downloads was set at two-thirds of the rate for permanent downloads at the request of CSI. CSI now contends that it should receive the same rate for permanent and limited downloads. It relies on the opinion of Messrs. Audley and Hyatt, who find no difference in the relative importance of the reproduction and communication rights in limited and permanent downloads.<sup>59</sup>

[91] In 2007, the Board expressed concerns with respect to the discounted CSI rate for limited downloads:

modèle de 2007 a peut-être permis d'obtenir un instantané de l'industrie, mais nous ne le trouvons pas utile pour en suivre les tendances, à supposer qu'elles existent. Ainsi, nous estimons que cette façon de rendre compte de la valeur du droit de communication n'aurait pas été aujourd'hui la meilleure.

[88] Troisièmement, la question des profits normaux, comme il a été mentionné, ne pose pas de problème en théorie, mais présente des difficultés pratiques. Pour les mesurer correctement, il faut évaluer les possibilités externes qui s'offrent aux intervenants de l'industrie de la musique et les risques implicites qui sont courus du fait d'exercer des activités dans cette industrie. Ces calculs exigent une quantité appréciable de renseignements, tant internes qu'externes, sur l'industrie de la musique. En outre, certains de ces renseignements sont confidentiels, ce qui crée les autres difficultés présentées ci-dessous.<sup>57</sup>

[89] Encore une fois, *ESA*<sup>58</sup> nous dispense de commenter davantage la méthodologie VMCA que proposait M. Barker et qui visait à dériver pour la SOCAN un taux pour des droits que la Cour suprême dit ne pas exister.

#### B. Téléchargements limités

[90] En 2007, le taux pour les téléchargements limités avait été fixé aux deux tiers du taux pour les téléchargements permanents à la demande de CSI. CSI souhaite maintenant percevoir le même taux pour les téléchargements permanents et les téléchargements limités. La société s'appuie sur les avis de MM. Audley et Hyatt, qui ne constatent aucune différence dans l'importance relative des droits de reproduction et de communication entre les deux types de téléchargement.<sup>59</sup>

[91] En 2007, la Commission avait exprimé des préoccupations au sujet du taux escompté de CSI pour les téléchargements limités :

We remain concerned with the possibility that this approach may lead to some level of double discounting. The lower price charged for limited downloads already reflects a lower value, compared with permanent downloads. A lower royalty rate, intended to reflect a lower value for the right, might be an additional reduction to account for the same lower value.<sup>60</sup>

Nous craignons la possibilité que cette approche n'entraîne, dans une certaine mesure, un double escompte. Le prix moins élevé facturé pour les téléchargements limités reflète déjà une valeur inférieure par rapport aux téléchargements permanents. Un taux de redevance moins élevé, destiné à refléter une valeur inférieure pour le droit, pourrait constituer une réduction additionnelle qui tient compte de la même valeur inférieure.<sup>60</sup>

[92] Conceptually, the main difference between permanent and limited downloads from the perspective of the consumer is that the first represents an acquisition, while the second is equivalent to a rental. In both cases, however, only one transmission of a music file is required. All subsequent plays occur from the copy found on the consumer's devices, whether or not the reproduction can be played without time limit. As a rule, the market should reflect the lower value of the rental through a lower price, resulting in lower royalties even with a constant rate. Consequently, there is some merit to both propositions that the relative importance of each right is the same in both instances and that the reproduction right should be paid at the same rate.

[92] La principale différence conceptuelle entre un téléchargement permanent et un téléchargement limité, du point de vue du consommateur, est que le premier est une acquisition alors que le second équivaut à une location. Dans les deux cas, cependant, une seule transmission du fichier de musique est nécessaire. Par la suite, le consommateur écoute la copie située sur son appareil, que la reproduction puisse être écoutée indéfiniment ou non. Règle générale, le marché devrait tenir compte de la valeur inférieure de la location par le truchement d'un prix moindre, entraînant des redevances moindres même lorsque le taux est le même. Par conséquent, la position selon laquelle l'importance relative des droits est la même dans les deux cas, et donc que les redevances perçues pour le droit de reproduction devraient être les mêmes, n'est pas sans fondement.

[93] Absent *ESA*,<sup>61</sup> two reasons might have led us to again set the rate for limited downloads at two-thirds of the rate for permanent downloads. Both no longer apply.

[93] N'eût été de *ESA*,<sup>61</sup> deux raisons auraient pu nous amener à fixer de nouveau le taux pour les téléchargements limités aux deux tiers du taux pour les téléchargements permanents. Ces raisons ont disparu.

[94] First, extra value that may otherwise have been attributable to the reproduction right may be removed from the table if it is remitted to SOCAN. SOCAN now will get nothing.

[94] D'abord, toute valeur supplémentaire qui aurait pu être attribuée au droit de reproduction peut être retirée lorsqu'elle est attribuée à la SOCAN. Désormais, la SOCAN ne reçoit rien.

[95] Second, the proposition of Messrs. Audley and Hyatt did not reflect the existing practice in many other jurisdictions. As the Board previously

[95] Ensuite, le point de vue de MM. Audley et Hyatt ne correspond pas aux pratiques en vigueur dans nombre d'autres territoires.

noted, the ratio of reproduction to communication royalties recommended by the International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) is generally not the same for both rights.<sup>62</sup> There can be no ratio of reproduction to communication royalties if there is no communication right.

[96] We share the concerns the Board expressed in 2007. Furthermore, as a result of *ESA*<sup>63</sup> and absent compelling evidence or argument to the contrary, we agree with Messrs. Audley and Hyatt: the rate should be the same for permanent and limited downloads, especially since the reasons that lead us to increase the CSI rate for permanent downloads by 12.5 per cent are just as relevant to limited downloads. Therefore, we make the rate the same as for permanent downloads, increasing it from 5.9 to 9.9 per cent.

### C. On-demand streaming

[97] CSI contends that the rate for on-demand streaming should be set somewhere between the rate for limited downloads and half the rate CSI gets from DPAs. This is similar to what the Board did in 2007, with one modification. CSI would discount the DPA rate by half to reflect the Board's conclusion in 2009 that the pay audio services rate base is a wholesale price while the satellite radio rate base is a retail price.<sup>64</sup> SOCAN seeks the same percentage of the bundle as before (62 per cent) based on the argument that the communication right is more important in streams than the reproduction right. Here again, no objector takes a position on how the royalties should be split between CSI and SOCAN, but agrees with one another and with SOCAN that the bundled rate should be the same for on-demand streaming as for permanent downloads.

Comme la Commission l'a mentionné précédemment, la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) ne recommande généralement pas le même ratio de redevances entre le droit de reproduction et le droit de communication pour ces deux types de téléchargements.<sup>62</sup> Or, sans droit de communication, il ne peut exister de rapport entre ce dernier et le droit de reproduction.

[96] Nous partageons les préoccupations que la Commission a exprimées en 2007. Qui plus est, suite à *ESA*<sup>63</sup> et en l'absence de preuve ou prétentions convaincantes à l'effet contraire, nous abondons dans le sens de MM. Audley et Hyatt : le taux devrait être le même pour les téléchargements limités et permanents, d'autant plus que les raisons nous ayant poussés à augmenter le taux de CSI pour les téléchargements permanents de 12,5 pour cent sont tout aussi pertinentes pour les téléchargements limités. Par conséquent, nous établissons le même taux que pour les téléchargements permanents, le faisant passer de 5,9 à 9,9 pour cent.

### C. Transmissions sur demande

[97] CSI soutient que le taux pour les transmissions sur demande devrait être fixé quelque part entre le taux pour les téléchargements limités et la moitié du taux perçu par CSI pour les SSPN. Il s'agit d'un modèle semblable à celui que la Commission avait appliqué en 2007, à une modification près. CSI propose de réduire le taux pour les SSPN de moitié de façon à refléter la conclusion tirée par la Commission en 2009 selon laquelle l'assiette tarifaire des services sonores payants s'applique au niveau du gros tandis que l'assiette de la radio par satellite s'applique au niveau du détail.<sup>64</sup> La SOCAN demande le même pourcentage de l'ensemble qu'auparavant (62 pour cent) en se fondant sur l'argument que le droit de communication est plus important que le droit de reproduction dans les transmissions. Une fois



encore, aucun des opposants ne prend position sur la manière dont les redevances devraient être réparties entre CSI et la SOCAN, mais ils sont tous d'avis, comme la SOCAN, que le taux pour l'ensemble de droits devrait être le même pour les transmissions sur demande que pour les téléchargements permanents.

[98] Several reasons lead us to conclude that we should not reapply the formula used in 2007 to set the CSI rate for on-demand streams.

[98] Pour plusieurs raisons, nous décidons de ne pas reprendre la formule utilisée en 2007 en vue de fixer le taux de CSI pour les transmissions sur demande.

[99] First, what DPAs pay to CSI is the result of private negotiations between it and the only two Canadian DPAs. Understandably, CSI treated that information as highly confidential when it filed it with the Board for these hearings. Using these numbers on an ongoing basis to set the tariff for on-demand streams would make it impossible for online services to forecast the amount that they will have to pay for this. Where possible, we wish to set rates such that users will have a good idea as to their future path.<sup>65</sup>

[99] D'abord, les redevances versées à CSI par les SSPN découlent de négociations privées entre CSI et les deux seuls SSPN canadiens. Comme on peut le comprendre, CSI a traité ces renseignements de façon très confidentielle lorsqu'elle les a présentés dans le cadre des présentes audiences. Si le tarif des transmissions sur demande était constamment établi en utilisant ces données, les services en ligne ne pourraient prévoir le montant qu'ils auraient à payer. Lorsque c'est possible, nous souhaitons établir des taux permettant aux utilisateurs d'avoir une bonne idée de leur évolution future.<sup>65</sup>

[100] Second, we find it difficult to accept that the market dynamics of a wholesale market and a retail market operate similarly. Wholesale profits are usually higher than retail profits, and wholesale prices typically grow slower than retail prices. Therefore, while comparisons between wholesale and retail markets may be helpful in setting a tariff of first impression, they are less so once a tariff has been certified.

[100] Ensuite, nous avons de la difficulté à croire que la dynamique des activités d'un marché de gros est identique à la dynamique des activités d'un marché de détail. Les profits sur un marché de gros sont habituellement supérieurs aux profits sur un marché de détail, et les prix de gros augmentent généralement plus lentement que les prix de détail. Par conséquent, si les comparaisons entre le marché de gros et le marché de détail peuvent être utiles en vue de fixer un premier tarif, elles le sont moins une fois qu'un tarif a été homologué.

[101] In a recent decision, the Board rejected a formula it had used in the past, but accepted as a starting point a figure coming from that formula:

[101] La Commission a récemment rejeté une formule qu'elle avait utilisée précédemment, tout en acceptant son résultat comme point de départ :

The significant changes mentioned earlier make it inappropriate, for the reasons already

À cause des changements significatifs que nous avons mentionnés, la formule de 1991



stated, to use the 1991 formula today. That being said, we see no reason to conclude that the application of the formula in 1991 yielded an unfair result. As such, the amount can be used as the starting point for our analysis.<sup>66</sup>

[102] We find the same logic can be applied to CSI's streaming rate. Thus, the starting point for that rate is 4.6 per cent. In addition, the reasons that lead us to increase the CSI rate for downloads by 12.5 per cent are just as relevant to streams. Therefore, we increase the CSI rate from 4.6 to 5.18 per cent.

[103] The SOCAN streaming rate of 7.6 per cent was previously set as part of a bundled analysis. Whereas the CSI streaming rate was set using a formula we now find inappropriate, the SOCAN streaming rate was set using a formula that is now meaningless. Put simply, there is no bundle because there is only one right when musical works are being downloaded, as the Supreme Court ruled in *ESA*.<sup>67</sup>

[104] None of the parties offered convincing evidence or argument that the SOCAN rate should be changed. More specifically, SOCAN offered no evidence or argument in support of the proposition that the 62:38 ratio in its favour should be maintained. We also find that none of the reasons that justify increasing the rate for CSI – that is, a change in the penny rate and the availability of actual data on the sale of singles and albums, – are relevant to SOCAN. Therefore, applying the *CBC Radio* rationale quoted in paragraph 101, we see no reason to adjust the SOCAN rate up or down. The questions of the appropriate rate for SOCAN and the appropriate ratio for the streaming rates can be re-examined in later proceedings.

n'est désormais plus appropriée, pour les raisons évoquées précédemment. Cela dit, rien ne nous porte à croire que l'application de la formule lorsqu'on l'a utilisée a entraîné un résultat injuste. Le montant qu'elle a généré peut donc servir de point de départ pour notre analyse.<sup>66</sup>

[102] Nous concluons que le même raisonnement s'applique au taux de CSI pour les transmissions sur demande : le point de départ est donc 4,6 pour cent. Qui plus est, les raisons qui nous ont poussés à augmenter le taux de CSI pour les téléchargements de 12,5 pour cent sont tout aussi pertinentes dans le cas des transmissions. Le taux de CSI passe ainsi de 4,6 à 5,18 pour cent.

[103] Le taux de 7,6 pour cent de la SOCAN pour les transmissions sur demande avait été établi en fonction de l'analyse d'un ensemble. Le taux de CSI avait été établi au moyen d'une formule que nous trouvons désuète; celui pour la SOCAN l'avait été au moyen d'une formule désormais dénuée de sens. Simplement, il n'y a pas d'ensemble puisqu'il n'y a qu'un droit mis en cause lors du téléchargement d'une œuvre musicale, comme la Cour suprême l'enseigne dans *ESA*.<sup>67</sup>

[104] On ne nous a pas présenté de preuve ou de prétention convaincante selon lesquelles le taux de la SOCAN devrait être modifié. Entre autres, la SOCAN n'a pas offert de preuve au soutien de sa prétention que le ratio de 62:38 en sa faveur devrait être maintenu. Nous concluons par ailleurs qu'aucun des motifs justifiant une augmentation du taux pour CSI, qu'il s'agisse de l'augmentation du taux en cents ou de la disponibilité de données sur les ventes de pistes individuelles ou d'albums, n'est pertinent pour la SOCAN. Par conséquent, conformément à la règle suivie dans *Radio de la SRC* citée au paragraphe 101, nous ne trouvons aucun motif justifiant de hausser ou de réduire le taux de la SOCAN. On pourra plus tard se pencher à nouveau sur le choix d'un taux approprié pour la SOCAN et sur le ratio qui

devrait exister entre les droits mis en cause lors d'une transmission.

[105] Absent any relevant evidence, it is not possible to determine whether the non-existence of the communication right for downloads may influence the price of the communication right for streams. For example, what if the ability to transmit downloads and streams were "joint products" in the economic sense of the term, i.e. that costs are shared in developing the ability to communicate? Economic theory suggests that if the market for one of the joint products is eliminated (arguably, declaring that a product does not exist eliminates the market for the product), the price of all other joint products should rise, all other things being equal. We leave this and other valuation issues to later proceedings.

#### D. Video-clips

[106] A video-clip (or music video) is a short movie that integrates a specific sound recording with imagery. Originally produced for promotional purposes, video-clips have become an object of commerce. Only SOCAN applied for a tariff for the music used in video-clips (only for 2010); CSI did not. SODRAC filed a tariff for video-clips starting in 2010. It will be considered at a later date. CMRRA has not filed a tariff for video-clips because it "by and large does not license music videos in the ordinary course."<sup>68</sup>

[107] SOCAN argues that the rate for video-clips should be the same as the rate for audio tracks. It maintains that the video-clip is nothing more than a sophisticated presentation of the audio track. Because of the sophistication, the services are able to charge a higher price for the video-clip, effectively price discriminating between those who

[105] Vu l'absence complète de preuve, nous ne pouvons décider si la non-existence d'un droit de communication pour les téléchargements pourrait changer le prix du même droit pour les transmissions. Qu'en serait-il ainsi si la possibilité de transmettre téléchargements et transmissions sont des produits liés du point de vue économique (autrement dit, que les coûts de développement de la capacité de communiquer sont partagés)? La théorie économique veut que si le marché pour un tel produit disparaît (il est permis de croire que déclarer qu'un produit n'existe pas fait en sorte que le marché pour un tel produit disparaît), le prix de tous les produits liés qui reste devrait augmenter, toutes choses égales. Nous laissons à d'autres le soin de décider cette question et d'autres problèmes d'évaluation.

#### D. Vidéoclips

[106] Un vidéoclip (ou vidéo musicale) est un court film qui intègre un enregistrement sonore donné à un ensemble visuel. D'abord produits à des fins promotionnelles, les vidéoclips sont devenus objets de commerce. Seule la SOCAN a demandé un tarif pour l'utilisation de musique dans les vidéoclips, et ce, uniquement pour 2010; CSI ne l'a pas fait. La SODRAC a déposé un tarif pour les vidéoclips à compter de 2010. Il sera examiné ultérieurement. La CMRRA n'a pas déposé de tarif pour les vidéoclips, car elle [TRADUCTION] « n'accorde généralement pas de licence pour des vidéoclips dans le cadre normal de ses activités. »<sup>68</sup>

[107] La SOCAN avance que le taux pour les vidéoclips devrait être le même que pour les pistes audio. Elle soutient que le vidéoclip n'est qu'une présentation perfectionnée d'une piste audio. Étant donné ce perfectionnement, les services sont en mesure de demander un prix supérieur pour les vidéoclips et d'imposer ainsi une discrimination

are price sensitive and those who want a sophisticated presentation of the audio track.

[108] Apple and the Cable/Telcos argue that the entirety of the price differential between the audio track and the video-clip is attributable to non-audio inputs. They propose that the price of a video-clip be set at the ratio of the mid-price audio track to the mid-price video-clip. We agree with Apple and the Cable/Telcos.

[109] As we stated in paragraphs 52 and 53, economic theory teaches that the price in dollar terms paid for the same input will be the same in closely related markets: if, as Dr. Liebowitz suggests, a video-clip is but a sophisticated presentation of an audio file, the two markets are indeed closely related. Furthermore, the comparison Dr. Liebowitz attempted to draw between video-clips and audio files on the one hand, and hardcover and paperback books on the other, is not appropriate for two reasons. First, video-clips and audio files usually are marketed at the same time; hardcover and paperback books are not. Second, it would seem to us that visual inputs are inherently more numerous and important to a video-clip than are “hardcover” inputs to such a book.

[110] Following *ESA*, there can no longer be a *SOCAN* rate for permanent downloads. From an economic perspective however, the approach proposed by Apple and the Cable/Telcos is as valid for on-demand streams as it is for permanent downloads. Consequently, we set the on-demand streaming video rates identically, at a proportion of 0.66 of the streaming rate of 7.6 per cent, or 5.02 per cent. That rate will apply to video-only services. Services that offer both audio and video files will pay the same rate as audio-only services.

par le prix entre ceux qui recherchent un contenu abordable et ceux qui souhaitent une présentation perfectionnée des pistes audio.

[108] Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication font valoir que le contenu non audio est seul responsable de la différence de prix entre une piste audio et un vidéoclip. Ils proposent de fixer le taux pour les vidéoclips en fonction du ratio entre le prix médian des pistes audio et celui des vidéoclips. Nous souscrivons à l’avis d’Apple et des entreprises de câblodistribution et de télécommunication.

[109] Comme nous l’avons souligné aux paragraphes 52 et 53, la théorie économique veut que le même prix en dollars soit payé pour le même intrant dans des marchés interreliés : si, comme M. Liebowitz le soutient, un vidéoclip n’est qu’une présentation perfectionnée d’une piste audio, ces deux marchés sont en effet très reliés. Qui plus est, la comparaison que M. Liebowitz a cherché à établir entre le vidéoclip et la piste audio d’une part, et le livre cartonné et de poche d’autre part, est boiteuse, pour deux motifs. D’une part, le vidéoclip et le fichier audio sont habituellement mis en vente en même temps, ce qui n’est pas vrai du livre cartonné et de son équivalent de poche. D’autre part, nous sommes d’avis que les intrants visuels sont intrinsèquement plus nombreux et plus importants pour le vidéoclip que les intrants « cartonnés » le sont pour le livre.

[110] *ESA* fait en sorte que la *SOCAN* n’a pas droit à une redevance pour les téléchargements permanents. Cela dit, pour un économiste, la démarche que proposent Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication vaut tout autant pour les transmissions sur demande que pour les téléchargements permanents. Par conséquent, nous établissons le taux pour la transmission sur demande de vidéoclips de la même façon. La proportion de 0,66 appliquée au taux de 7,6 pour cent pour la transmission donne 5,02 pour cent. Le taux s’appliquera aux services

n'offrant que des vidéoclips. Les services offrant à la fois des fichiers audio et vidéo paieront le même taux que les services purement audio.

#### E. Rate base

[111] By the end of the proceedings, CSI and the Objectors proposed that the rate base remain the amounts subscribers pay for their downloads and streams, while SOCAN asked that the base be expanded to include non-user revenues.

[112] In the long run, all the services' income linked to the provision of music should be included in the rate base. A correlation almost certainly exists between non-user revenues and users' enjoyment of music. Viewed another way, online business models are sufficiently diversified that user revenues do not always account for the full value of the music used. That being said, we will leave the rate base as it is for the time being, for the following reasons.

[113] First, non-user revenues appear to accrue largely to sites that offer on-demand streams at very low or zero costs to the user. The minimum fees we certify address this issue for the time being, if somewhat imperfectly.

[114] Second, non-user revenues appear to remain relatively modest. In fact, the evidence suggests that several of Canada's largest services receive no revenue outside of their sales and subscriptions.

[115] Third, determining the role music plays in attracting non-user revenues is far from easy. Yet doing so is essential in order to ensure that services do not over-pay royalties.

#### E. Assiette tarifaire

[111] Au terme de la présente affaire, CSI et les opposants proposaient que l'assiette tarifaire soit toujours ce que les abonnés paient pour leurs téléchargements et leurs transmissions, alors que la SOCAN demandait son extension à tous les revenus provenant de non-utilisateurs.

[112] À plus long terme, tous les revenus liés à l'offre de musique devraient être inclus dans l'assiette tarifaire des services. L'existence d'une corrélation entre les revenus provenant de non-utilisateurs et la jouissance que les utilisateurs dérivent de la musique est presque certaine. Autrement dit, les modèles d'affaires en ligne sont suffisamment variés pour que les revenus provenant des utilisateurs ne rendent pas toujours compte de la pleine valeur de la musique utilisée. Cela dit, nous ne changerons pas l'assiette tarifaire cette fois-ci, pour les motifs suivants.

[113] Premièrement, les revenus provenant de non-utilisateurs semblent bénéficier avant tout aux sites offrant des transmissions sur demande pour rien ou presque. Les redevances minimales que nous homologuons sont une réponse à cette problématique, si temporaire ou imparfaite soit-elle.

[114] Deuxièmement, les revenus provenant de non-utilisateurs semblent toujours être relativement modestes. La preuve indique en effet que plusieurs des services canadiens les plus importants ne perçoivent aucun revenu de ce genre.

[115] Troisièmement, il est fort difficile d'établir la mesure dans laquelle la musique aide à générer des revenus auprès des non-utilisateurs. Pourtant, il est essentiel de ce faire pour s'assurer que les services ne versent pas trop de redevances.

[116] Fourth, the tariff we certify applies to past events. Changing the basis on which past transactions are tariffed may be necessary when important sums are at play. In this instance, however, the amounts involved appear relatively modest, and the administrative burden created by changing the rate base retroactively probably would outweigh any gains made by doing so.

[117] That being said, online services' revenue sources will no doubt change over time, and the Board will no doubt expect in the future that the parties will provide it with fresh evidence to assess the relevance, significance and feasibility of adding non-user revenues to the rate base.

#### F. Minimum fees

##### *The parties' proposals*

[118] CSI proposes that the minimum fee for permanent downloads for singles and bundles smaller than 15 tracks be two-thirds of the royalties for a single track sold at the average price. It proposes that the minimum fee for permanent downloads for bundles of 15 or more tracks be two-thirds of the per-track royalties for a 15-track album sold at the average price. The average prices that CSI uses are \$0.99 for single tracks and \$9.99 for albums.

[119] CSI proposes that the minimum fee for limited downloads be two-thirds of the royalties payable on the monthly subscription price. The monthly subscription prices that CSI uses are \$10 for limited downloads without portability and \$15 with portability.

[120] CSI proposes that the minimum fee for on-demand streams be the ratio of the streaming rate

[116] Quatrièmement, le tarif que nous homologuons concerne le passé. Lorsque les montants en jeu sont importants, il peut être nécessaire de changer la façon de calculer les redevances pour des transactions passées. En l'espèce, toutefois, les montants en jeu semblent relativement modestes, et le fardeau administratif engendré par un changement rétroactif d'assiette tarifaire l'emporte probablement sur les gains qu'entraînerait un tel changement.

[117] Cela dit, les sources de revenus des services en ligne changeront certainement avec le temps, et la Commission s'attendra sans doute à ce que les parties lui fournissent les nouvelles données dont elle aura besoin pour évaluer la pertinence, l'importance et la faisabilité d'une extension de l'assiette tarifaire aux revenus provenant de non-utilisateurs.

#### F. Redevances minimales

##### *Propositions des parties*

[118] CSI propose que la redevance minimale pour les téléchargements permanents de pistes individuelles et d'ensembles de moins de 15 pistes soit fixée aux deux tiers de la redevance pour une piste individuelle vendue au prix moyen. Elle propose que la redevance minimale pour les ensembles de 15 pistes et plus soit fixée aux deux tiers de la redevance par piste d'un album de 15 pistes vendu au prix moyen. Les prix moyens utilisés par CSI sont de 0,99 \$ pour les pistes individuelles et de 9,99 \$ pour les albums.

[119] CSI propose que la redevance minimale pour les téléchargements limités soit fixée aux deux tiers de la redevance payable sur le prix d'abonnement mensuel. Les prix d'abonnement mensuel utilisés par CSI sont de 10 \$ pour les téléchargements limités non portables et de 15 \$ pour les téléchargements limités portables.

[120] CSI propose que la redevance minimale pour les transmissions sur demande soit fixée en

to the limited download rate without portability multiplied by the minimum fee for limited downloads. All of these proposals correspond almost exactly<sup>69</sup> to the approach the Board used in *CSI – Online Music Services (2007)*.

[121] In 2007, the minimum rates for SOCAN were calculated in the same way as for CSI. SOCAN agrees with this approach in all but one respect. For free streams, SOCAN asks for \$0.046 per streamed file.

[122] Apple and the Cable/Telcos propose minimum fees only for permanent downloads. They are: for single tracks, 65 per cent of the royalties for a track sold at \$0.99; for albums with 2 to 10 tracks, 72 per cent of the single track minimum, multiplied by the number of tracks; for albums with 11 to 26 tracks, 10 times the minimum for the album with 2 to 10 tracks; for albums with 27 or more tracks, 28 per cent of the single track minimum, multiplied by the number of tracks.

[123] CRIA opposed minimum fees regardless of level for the reason that online services have to compete with illegal downloads and that the pricing of online music is continuing to evolve.

#### *Permanent and limited downloads*

[124] In 2007, the Board stated that minimum fees are necessary to ensure that rights holders do not subsidize the services' business models.<sup>70</sup> We agree. We will only add that Apple's complaint that the effective rates it pays are higher because of minimum fees is quite illogical. Higher

fonction du rapport entre le taux pour ces transmissions et le taux pour les téléchargements limités non portables, multiplié par la redevance minimale pour les téléchargements limités. Toutes ces propositions sont presque exactement conformes<sup>69</sup> à l'approche utilisée par la Commission dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)*.

[121] En 2007, les redevances minimales accordées à la SOCAN ont été calculées de la même façon que pour CSI. La SOCAN souscrit à cette approche en tout, sauf une exception. Dans le cas des transmissions gratuites, la SOCAN demande 0,046 \$ par fichier transmis.

[122] Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication proposent des redevances minimales uniquement pour les téléchargements permanents. Elles vont comme suit : pour les pistes individuelles, 65 pour cent des redevances applicables à une piste vendue à 0,99 \$; pour les albums de 2 à 10 pistes, 72 pour cent de la redevance minimale pour les pistes individuelles, multiplié par le nombre de pistes; pour les albums de 11 à 26 pistes, 10 fois la redevance minimale pour un album de 2 à 10 pistes; pour les albums de 27 pistes ou plus, 28 pour cent de la redevance minimale pour les pistes individuelles, multiplié par le nombre de pistes.

[123] La CRIA s'oppose à l'imposition de redevances minimales peu importe leur montant, au motif que les services en ligne doivent concurrencer les téléchargements illégaux et que les prix de la musique en ligne continuent d'évoluer.

#### *Téléchargements permanents et limités*

[124] En 2007, la Commission a déclaré que les redevances minimales étaient nécessaires en vue de garantir que les titulaires de droits ne subventionnent pas les modèles opérationnels des services.<sup>70</sup> Nous sommes d'accord. Nous nous contenterons d'ajouter que la plainte d'Apple



effective rates are an inherent characteristic of minimum fees. Indeed, such fees are set because applying the general rate would result in too low a price.

[125] The approach Apple and the Cable/Telcos propose for permanent downloads is intriguing but ultimately deficient. As presented, it suffers from ambiguity. Albums with 11 to 26 tracks (which should be the majority of albums) are to be charged at 10 times the minimum fee for albums for 2 to 10 tracks. But the minimum fee for 2 to 10 tracks depends on how many tracks are on the album. If there are 2 tracks, the minimum fee is \$0.062; if there are 10 tracks, the minimum fee is \$0.31. One way to resolve that ambiguity is to assume that Apple mean to imply that the fee is 10 times the *minimum minimorum*, or the fee for albums of two tracks. Even this small fix to the proposal leaves it simply too complex.

[126] For permanent downloads, CSI's proposal is conceptually simpler and corresponds to the formula used in *CSI – Online Music Services (2007)*. We see no reason to vary the formula for minimum fees from its previous incarnation.

[127] In 2007, the Board set a lower minimum fee for bundles of 13 tracks or more. The collectives now ask that the threshold be raised to 15. While we suspect that 15 reflects the average number of tracks per CD sold,<sup>71</sup> no evidence was offered in support of the proposed change. Mr. Audley, who first proposed that number in the context of the private copying hearings, simply alluded to the new number without offering an explanation for it. Absent any evidence on the issue, we find no

selon laquelle elle paie des taux effectifs supérieurs en raison des redevances minimales est illogique. Cela découle nécessairement de l'établissement de telles redevances. De fait, pareilles redevances sont fixées parce que l'application du taux général donnerait des prix trop bas.

[125] L'approche proposée par Apple et par les entreprises de câblodistribution et de télécommunication est intrigante, mais déficiente en définitive. Telle qu'elle est présentée, elle est ambiguë. Pour les albums de 11 à 26 pistes (ce qui devrait représenter la majorité des albums), il faut appliquer 10 fois la redevance minimale pour les albums de 2 à 10 pistes. Mais la redevance minimale pour les albums de 2 à 10 pistes dépend du nombre de pistes sur l'album. Si l'album comporte 2 pistes, la redevance minimale est de 0,062 \$; si l'album comporte 10 pistes, la redevance minimale s'élève à 0,31 \$. Une façon possible de résoudre cette ambiguïté serait de présumer qu'Apple voulait suggérer que la redevance équivaille à 10 fois le *minimum minimorum*, soit la redevance pour un album de deux pistes. Même avec cette légère correction, la proposition reste simplement trop compliquée.

[126] Pour les téléchargements permanents, la proposition de CSI repose sur des concepts plus simples et correspond à la formule utilisée dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)*. Nous ne voyons aucune raison de modifier la formule de calcul des redevances minimales par rapport à sa version précédente.

[127] En 2007, la Commission avait fixé une redevance minimale inférieure pour les ensembles de 13 pistes ou plus. Les sociétés demandent maintenant à ce que le seuil soit fixé à 15. Nous pensons que ce chiffre correspond au nombre moyen de pistes par CD vendu.<sup>71</sup> Cela dit, aucune preuve n'a été présentée au soutien du changement proposé. M. Audley, qui a d'abord avancé ce chiffre dans le contexte des audiences sur la copie privée, l'a simplement

reason to effect the change. We are comforted in our decision by an analysis we asked Board staff to perform of iTunes data, which shows that moving the threshold from 13 to 15 results in 20 per cent or more of bundles currently eligible to the lower minimum no longer being so.

[128] CSI's proposal to retain the same formula for minimum fees for limited downloads is unopposed by the Objectors. As such, we see no reason to propose any change. We compute minimum fees by taking two-thirds of the amount generated by applying the rate to the average price. For permanent downloads, the average prices are \$1.0401 per track for a single and \$0.5939 per track in a bundle. For limited downloads, these averages are \$15 per month for portable subscriptions and \$10 per month for non-portable subscriptions.

[129] The minimum fees we certify for CSI are: 3.92¢ per file for permanent downloads if in a bundle and 6.86¢ if not; 66¢ per subscriber for limited non-portable downloads and 99¢ per subscriber for limited portable downloads. We certify these figures even though some exceed what CSI asked for. While the services' liability for certain transactions may be higher, we have no doubt that their overall liability does not exceed what it would have been if we had granted CSI all it asked for.

#### *On-demand streaming*

[130] Currently, minimum fees for on-demand streams are based on those for non-portable limited downloads, adjusted by the ratio between

mentionné sans l'expliquer. Vu l'absence de preuve, nous ne voyons pas pourquoi nous ferions ce changement. Une analyse des données iTunes effectuée à notre demande par le personnel de la Commission démontre que la hausse du seuil de 13 à 15 réduit de 20 pour cent ou plus le nombre des ensembles bénéficiant du minimum réduit : cela nous conforte dans notre décision.

[128] La proposition de CSI visant à garder la même formule de calcul des redevances minimales pour les téléchargements limités n'a soulevé aucune objection de la part des opposants. Partant, nous ne voyons pas l'utilité de proposer des modifications. Nous obtenons les redevances minimales en prenant les deux tiers du montant obtenu en multipliant le taux et le prix moyen. Pour les téléchargements permanents, ces prix moyens sont de 1,0401 \$ pour une piste individuelle et de 0,5939 \$ par piste dans un ensemble. Pour les téléchargements limités, ces moyennes sont de 15 \$ par mois pour les abonnements permettant les téléchargements portables et de 10 \$ par mois pour les autres.

[129] Les redevances minimales que nous homologuons pour CSI s'élèvent à 3,92 ¢ par piste pour les téléchargements permanents faisant partie d'un ensemble et à 6,86 ¢ dans le cas contraire, à 66 ¢ par abonné pour les téléchargements limités non portables et à 99 ¢ pour les téléchargements limités portables. Nous homologuons ces taux même si certains dépassent ce que CSI demandait. Si la responsabilité qui incombe à un service à l'égard de certaines transactions est plus élevée, il ne fait aucun doute que leur responsabilité globale est en deçà de ce qu'elle aurait été si nous avions fait droit à tout ce que CSI demandait.

#### *Transmissions sur demande*

[130] En ce moment, les redevances minimales pour les transmissions sur demande sont fonction de celles pour les téléchargements limités non

the percentage rate for on-demand streams and limited downloads. This approach is no longer possible for SOCAN, who is not entitled to royalties for limited downloads. Under the circumstances, and absent other evidence, we find it preferable to calculate minimum royalties for on-demand streams using the same formula as for limited downloads.

[131] Minimum royalties for limited downloads depend in part on the average monthly subscription price. We do not know that price for on-demand streams. The formula the Board used in 2007 to calculate the monthly minimum for on-demand streams  $[(4.6 / 5.9) \times \$0.374 = \$0.292]$  implies a monthly subscription fee of \$9.50  $[\$0.292 = (2/3) (4.6\% \times \$9.50)]$ . This is necessarily the same amount the Board used in 2007 to calculate the minimum fee for non-portable limited downloads. Thus we will assume, for the purposes of these proceedings, that a monthly subscription for non-portable limited downloads and on-demand streaming services cost the same. As we noted in paragraph 119, CSI suggested that the average monthly subscription price for non-portable limited downloads now is \$10. No one challenged this. As a result, and subject to what follows, we set the minimum royalties for on-demand streaming at \$0.3453  $[(5.18\% \times \$10) \times (2/3)]$  for CSI and at \$0.5067  $[(7.6\% \times \$10) \times (2/3)]$  for SOCAN.

[132] On-demand streams sometimes are offered free to the user. Mr. Paquette explained the challenges this creates for SOCAN. Even if visitors are tracked,<sup>72</sup> a SOCAN minimum fee of over 50 cents per subscriber per month certainly is excessive. Furthermore, it may be difficult for a service to identify each unique visitor.

portables, ajustées en fonction du rapport entre le taux pour ces transmissions et ces téléchargements. Il n'est plus possible de procéder ainsi pour la SOCAN, qui n'a droit à rien pour les téléchargements limités. Dans les circonstances, et en l'absence d'autre preuve, nous concluons qu'il est préférable de calculer les redevances minimales pour les transmissions sur demande de la même façon que pour les téléchargements limités.

[131] Les redevances minimales pour les téléchargements limités sont fonction en partie du prix moyen de l'abonnement mensuel. Nous ne connaissons pas ce prix pour les transmissions sur demande. La formule que la Commission a utilisée en 2007 pour établir le minimum mensuel pour ces transmissions  $[(4,6 / 5,9) \times 0,374 \$ = 0,292 \$]$  suppose un prix mensuel de 9,50 \$  $[0,292 \$ = (2/3) (4,6 \% \times 9,50 \$)]$ . Ce montant est nécessairement le même que celui dont la Commission s'est servie en 2007 pour calculer la redevance minimale pour les téléchargements limités non portables. Par conséquent, nous tiendrons pour acquis, aux fins de la présente affaire, que le prix de l'abonnement à un service de téléchargements limités non portables et de transmissions sur demande est le même. Comme nous le soulignons au paragraphe 119, CSI a soutenu que le prix moyen de l'abonnement pour les téléchargements limités non portables est maintenant de 10 \$. Personne n'a remis en cause ce chiffre. Par conséquent, et sous réserve de ce qui suit, nous établissons les redevances minimales pour la transmission sur demande à 0,3453 \$  $[(5,18 \% \times 10 \$) \times (2/3)]$  pour CSI et à 0,5067 \$  $[(7,6 \% \times 10 \$) \times (2/3)]$  pour la SOCAN.

[132] Les transmissions sur demande sont parfois offertes gratuitement à l'utilisateur. M. Paquette a expliqué dans son témoignage les difficultés que cette pratique crée pour la SOCAN. Même si un suivi des visiteurs est effectué,<sup>72</sup> une redevance minimale SOCAN de plus de 50 cents par mois par abonné est nettement excessive. Par ailleurs, il

peut être difficile pour un service d'identifier chaque visiteur individuel.

[133] There are two terms used in the tariff whose definition becomes less meaningful in the presence of free streams. The definition of revenue as subscription revenue does not capture the scope of economic activity if most or all streams are offered for free. The definition of subscriber does not fit the business model where free-streaming sites have regular and irregular visitors.

[133] La définition de deux des termes utilisés dans le tarif perd de sa signification en présence de transmissions gratuites. La définition des revenus comme revenus d'abonnement n'englobe pas l'ensemble de l'activité économique si de nombreuses transmissions, sinon toutes, sont offertes gratuitement. La définition d'abonné ne correspond pas à un modèle d'affaires dans lequel les sites de transmission gratuite ont des visiteurs réguliers et des visiteurs occasionnels.

[134] We address this concern in two ways. First, we structure minimum fees to account for both the presence of free streaming and the heterogeneity of the free-streaming experience. Second, we replace the term "subscriber" with the term "visitor". This allows the tariff sufficient flexibility to account not only for purely free sites, but also for sites that are free up to a consumption threshold and charge a subscription fee thereafter.

[134] Nous abordons cette question de deux façons. D'abord, nous organisons les redevances minimales de sorte qu'elles tiennent compte tant de l'existence des transmissions gratuites que de l'hétérogénéité des modèles de transmission gratuite. Ensuite, nous remplaçons le terme « abonné » par le terme « visiteur ». Ce modèle donne au tarif la flexibilité nécessaire pour tenir compte non seulement des sites entièrement gratuits, mais aussi des sites qui offrent des transmissions gratuites jusqu'à un certain seuil, puis exigent des frais d'abonnement par la suite.

[135] We start from the proposition that free streaming services should pay a royalty per stream that reflects the average number of streams per visitor, per month; over that number, the royalties should be capped at the minimum royalty other services pay, as set out in paragraph 131. We assume, in the absence of any other evidence about the number of files streamed per month, that the average visitor streams an album per day or approximately 390 files per month.<sup>73</sup> Dividing \$0.3453 by 390 yields a CSI price of \$0.0009 per file streamed. Dividing \$0.5067 by 390 yields a SOCAN price of \$0.0013 per file streamed. With these fees in place, a free site with some visitors that stream a few files and some visitors that stream considerably more would not be unduly prejudiced by the structure of the minimum fee.

[135] Notre prémisse veut que le service offrant des transmissions gratuites verse une redevance par transmission qui soit fonction du nombre moyen de transmissions par visiteur, par mois; pour le reste, les redevances devraient être plafonnées au minimum que paient les autres services, tel qu'établi au paragraphe 131. En l'absence de toute donnée sur le nombre de fichiers transmis par mois, nous supposons qu'un album par jour est transmis au visiteur moyen d'un site de transmission, soit environ 390 fichiers par mois.<sup>73</sup> En divisant 0,3453 \$ par 390, on obtient un prix de 0,0009 \$ par fichier transmis pour CSI. En divisant 0,5067 \$ par ce même nombre, on obtient 0,0013 \$ pour la SOCAN. De cette façon, un site gratuit sur lequel certains visiteurs utiliseraient quelques fichiers et d'autres en utiliseraient considérablement plus ne serait

pas injustement pénalisé par la structure des redevances minimales.

#### *Video-clips*

[136] The amounts paid to SOCAN for video-clips should be the same as those paid for audio files. This is best achieved by applying the same minimums for the former as for the latter.

#### G. The 10 per cent discount

[137] In 2007, the Board applied a 10 per cent discount to the rates it set with the intention it would apply only for the life of this tariff.<sup>74</sup> We see no reason to apply that discount this time. While some users have claimed low profitability, the evidence suggests that the online music market has matured and its structure has stabilized.

[138] The practice of the Board is to discount its tariffs when applied to a new industry. However, the Board does not typically do so when an existing industry brings forward a new product. The sellers of audio files are the same as the sellers of video-clips. Accordingly, we do not provide a discount for the video-clip royalties.

#### H. Total royalties

[139] In these reasons, we outline three key changes relative to the previously certified tariffs. First, as a result of the Supreme Court decisions in *ESA* and *Rogers*, SOCAN receives nothing for permanent and limited downloads. Second, we eliminate the 10 per cent, first-tariff discount. Finally, we increase the rates for CSI by 12.5 per cent, applying the MLA model. We estimate that the combined effect of these three changes is to

#### *Vidéo-clips*

[136] La SOCAN devrait recevoir le même montant pour un vidéoclip que pour un fichier audio. La façon la plus simple d'y arriver est d'appliquer au premier les redevances minimales que nous avons établies pour le second.

#### G. Réduction de 10 pour cent

[137] En 2007, la Commission avait appliqué une réduction de 10 pour cent sur les taux fixés. Cette déduction devait être appliquée pour la durée du tarif en question uniquement.<sup>74</sup> Nous ne voyons aucune raison d'appliquer cette déduction à l'heure actuelle. Même si certains utilisateurs ont allégué une faible rentabilité, les données portent à croire que le marché de la musique en ligne a gagné en maturité et que sa structure s'est stabilisée.

[138] L'usage de la Commission consiste à appliquer une réduction aux tarifs visant une nouvelle industrie. Toutefois, la Commission n'applique généralement pas de réduction lorsqu'une industrie existante crée un nouveau produit. Les vendeurs de fichiers audio ne font qu'un avec les vendeurs de vidéoclips. Par conséquent, nous n'accordons pas de réduction aux redevances concernant les vidéoclips.

#### H. Redevances totales

[139] Dans les présents motifs, nous dégageons trois changements principaux par rapport aux tarifs précédemment homologués. D'abord, et conséquemment aux décisions de la Cour suprême dans les affaires *ESA* et *Rogers*, la SOCAN ne reçoit rien à l'égard des téléchargements permanents et limités. Ensuite, nous éliminons l'escompte de 10 pour cent prévu dans les premiers tarifs. Enfin, nous augmentons les taux

reduce total royalties by 10 per cent relative to the first tariffs.

[140] We have not included in our estimates the effect of the new tariff for video-clips and the new tariff for free streams. The former will increase royalties while the latter will decrease them. However, since we do not have information precise enough about the size of either, we ignored both in our calculations.

## **VI. Wording, Terms and Conditions of the tariff**

[141] The tariffs we certify largely reflect the ones they replace. In the following paragraphs, we outline some of the main differences and we comment some changes the parties proposed.

### **A. Separate Tariffs**

[142] The SOCAN and CSI tariffs are worded identically to the extent possible, so as to minimize any interpretive issues between the two. That being said, the tariff structure and reporting requirements are sufficiently different that we decided to certify separate tariffs for the time being.

### **B. Technology**

[143] Some changes from the previous tariffs are driven by technological evolution. For example, the emergence of smart phones led us, at CSI's request, to amend the definition of "download" to reinforce the fact that a download can be delivered to a device as well as to a medium.

pour CSI de 12,5 pour cent, en appliquant le modèle MLA. Nous estimons que l'effet combiné de ces trois changements sera de réduire les redevances totales de 10 pour cent par rapport aux premiers tarifs.

[140] Nous n'avons pas inclus dans nos estimations l'effet du nouveau tarif pour les vidéo-clips et du nouveau tarif pour les transmissions sur demande gratuites. Le premier fera augmenter les redevances alors que le second les fera diminuer. Toutefois, puisque nous n'avons pas d'information suffisamment précise sur l'importance de chacun, nous les ignorons dans nos calculs.

## **VI. Libellé et modalités du tarif**

[141] Les tarifs que nous homologuons reprennent pour l'essentiel ceux qu'ils remplacent. Dans ce qui suit, nous esquissons les principales différences et commentons certains changements que les parties avaient proposés.

### **A. Des tarifs distincts**

[142] Le libellé des tarifs SOCAN et CSI est identique dans la mesure du possible, afin de minimiser les difficultés d'interprétation de l'un à l'autre. Cela dit, la structure tarifaire et les obligations de rapport sont suffisamment différentes pour nous amener à homologuer des tarifs distincts pour l'instant.

### **B. Technologie**

[143] Certaines modifications par rapport aux tarifs antérieurs découlent de changements technologiques. Ainsi, l'avènement du téléphone intelligent nous amène, à la demande de CSI, à modifier la définition de « téléchargement » pour mieux faire ressortir la possibilité de livrer un téléchargement à un appareil aussi bien qu'à un support.



### C. A New Tariff for Free On-Demand Streams

[144] Other changes were required because of the new, separate tariff for free on-demand streams, including the introduction of definitions for “free subscription”, “free on-demand stream” and “unique visitor” and the replacement of the concept of consumer with that of end user.

[145] The tariff is now articulated around three types of online service clients: end users, that is anyone with whom an online music service deals; unique visitors, who receive the free on-demand streams for which royalties are paid pursuant to subsection 5(3) of the CSI tariff; and subscribers, that is everyone involved with a service on a *non-à-la-carte* basis.

[146] “Unique visitor” is defined as “each end user, excluding a subscriber, who receives a free on-demand stream from an online music service in a month.” CSI wished to specify that unique visitors are identified by a unique IP address. The notion of unique visitor is a common web analytic metric. However, rarely does it rely only on an IP address, due in part to dynamic IP addressing: the same address is assigned to different users in different sessions. A further identifier is needed; this can be a cookie, user agent data or something else. Web sites count unique visitors in different ways, not all of which are known to us. In this instance, the need for consistency is trumped by market reality: we cannot impose a metric that is not universal. Consequently, the tariff relies on industry practices. However, in order that the collectives understand how each service operates, the tariff requires that services disclose their metric for determining the number of unique visitors in a month.

### C. Un nouveau tarif pour les téléchargements sur demande gratuits

[144] D’autres modifications découlent de l’adoption d’un nouveau tarif distinct pour les téléchargements sur demande gratuits, dont les nouvelles définitions d’« abonnement gratuit », de « téléchargement sur demande gratuit » et de « visiteur unique » et le remplacement du concept de consommateur par celui d’utilisateur.

[145] Désormais, le tarif se déploie autour de trois types de clientèle : l’utilisateur, soit quiconque traite avec un service de musique en ligne; le visiteur unique, qui reçoit les téléchargements sur demande gratuits assujettis à la redevance prévue au paragraphe 5(3) du tarif de CSI; et l’abonné, qui traite avec le service de façon régulière et non à la carte.

[146] Le « visiteur unique », c’est « [c]haque des utilisateurs recevant une transmission sur demande gratuite d’un service de musique en ligne dans un mois donné, à l’exclusion des abonnés. » CSI aurait voulu préciser que ce visiteur est identifié au moyen d’une adresse IP distincte. Le concept de visiteur unique est une mesure analytique Internet courante. Cela dit, il est rare que cette mesure repose uniquement sur une adresse IP, à cause entre autres de l’attribution dynamique d’adresses à des usagers différents pour des sessions différentes. Il faut un autre identificateur : témoin, agent d’utilisateur ou autre. Les sites Web comptabilisent les visiteurs uniques de différentes façons, que nous ne connaissons pas toutes. En l’espèce, la recherche de l’uniformité doit céder la place à la réalité du marché : nous ne pouvons imposer un étalon de mesure qui n’est pas universel. Par conséquent, le tarif s’en remet à la pratique du secteur. Cela dit, afin que les sociétés de gestion comprennent comment chacun des services fonctionne, le tarif exige que ces derniers divulguent comment ils s’y prennent pour établir le nombre de visiteurs uniques durant un mois.

[147] The term “end user” will remain undefined, since we use it in its ordinary meaning.

[148] The previous CSI tariff specified that previews of no more than 30 seconds did not attract royalties. This provision is removed, since such uses almost certainly involve fair dealing.

#### D. Reporting and Accounting

[149] The existing tariff requires services to report to CSI only files that require a CSI licence. Also, reporting is required whether or not a file attracts sales. By contrast, services actually report all sales of downloads and streams. The parties agreed to reflect that practice in the tariff. We agree that this is the more practical and rational approach.

[150] Making this change allowed us to substantially simplify information reporting, which will continue to occur in three stages. First, only basic, tombstone information will be reported before a service starts operating. Music use information will be provided as part of the second stage. Second, services will report all their sales, but will not provide information about available tracks that have not recorded any sales in a given reporting period. As a result, a track’s existence will be reported to the collectives only after it attracts a first sale. Third, as before, CSI will provide a report that will identify each file as known to be in CSI’s repertoire, known not to be in repertoire or unable to confirm whether in repertoire. The report also will contain a detailed calculation of the royalties payable per file.

[151] The nature and extent of the information services must report remains more or less the same.

[147] Le mot « utilisateur » n’est pas défini, puisque nous l’employons dans son sens courant.

[148] Le tarif précédent de CSI spécifiait que l’écoute préalable de 30 secondes ou moins n’entraînait pas le paiement de redevances. Cette disposition est supprimée, puisqu’une telle utilisation est presque certainement équitable.

#### D. Rapports et comptabilité

[149] Le tarif exige présentement que les services fassent rapport uniquement à l’égard des fichiers nécessitant une licence de CSI et ce, que le fichier ait ou non fait l’objet d’une vente. Dans les faits, le service fait rapport de toutes ses ventes de téléchargements et de transmissions. Les parties se sont entendues pour que le tarif reflète ce qui se passe réellement. Nous croyons aussi que c’est plus pratique et plus rationnel.

[150] Ce changement nous a permis de simplifier passablement les obligations de rapport, qui continueront de se dérouler en trois étapes. Premièrement, le service ne fournira que des renseignements de base avant de commencer son exploitation. Les données sur l’utilisation de musique seront fournies en deuxième étape. Ensuite, les services feront rapport de toutes leurs ventes, mais ne fourniront rien à l’égard des enregistrements disponibles qui n’auront pas fait l’objet d’au moins une vente durant la période de rapport. Par conséquent, les sociétés de gestion attendront qu’un fichier ait été vendu une fois avant d’apprendre qu’il existe. Troisièmement, et comme auparavant, CSI fournira un rapport établissant à l’égard de chaque fichier, ce qui fait partie du répertoire, ce qu’elle sait ne pas faire partie du répertoire, ou une indication qu’elle ne peut trancher. Le rapport fournira aussi un calcul détaillé des redevances payables à l’égard de chaque fichier.

[151] La nature et l’ampleur des renseignements que le service fournit restent à peu près les mêmes.

[152] Currently, some information is provided only where available. The Objectors asked that this continue to be so. According to them, they already provide everything they can reasonably obtain either themselves or through others, including the record labels. CSI already has this information or is in a better position to obtain it. Making the provision of information mandatory when some is impossible to obtain in practice would turn all services into infringers.

[153] CSI relies on the record of these proceedings to conclude that all the information being asked is essential to the accurate identification of musical works, and that services are highly deficient in complying with the tariff's requirements: at the time of the proceedings, CSI had been able to identify only 21 per cent of all reported files.

[154] The Board's position on this matter is clear: if information is essential, a service ought to provide it even if this means getting it from someone else.<sup>75</sup> At some point in time, services that do not supply to CSI all the information it requires to efficiently collect and distribute royalties will be asked to bear the additional costs arising out of this deficiency. Making all reporting requirements compulsory is not the only possible solution, as Apple pointed out. Some foreign collectives offer a discount to users that provide all the information they wish to receive.

[155] That being said, and with some reluctance, this is not the time to change the *status quo* in this respect, for three reasons. First, the fact that a large number of files remain unidentified may not be as serious in practice as would appear: the 21 per cent of reported files that CSI managed to identify accounted for 59 per cent of all files generating one or more sales, and for 93 per cent of sales by volume. Second, since CSI will now be allowed to cancel the licence of a service who fails to report all required information, increasing the

[152] En ce moment, certains renseignements ne sont fournis que s'ils sont disponibles. Les opposants demandent qu'il continue d'en être ainsi. À leur avis, ils fournissent déjà tout ce qu'ils peuvent raisonnablement obtenir par eux-mêmes ou de tiers, dont les maisons de disques. CSI détient déjà ces renseignements ou est davantage en mesure de les obtenir. Rendre obligatoire la fourniture de renseignements qui sont impossibles à obtenir en pratique ferait de tous les services des contrefacteurs.

[153] CSI invoque le dossier de la présente affaire pour conclure que tous les renseignements demandés sont essentiels à une identification précise des œuvres musicales, et que le bilan des services lorsqu'il s'agit de remplir leurs obligations de rapport est fort mauvais : au moment d'entendre l'affaire, CSI n'avait identifié que 21 pour cent des fichiers déclarés.

[154] La position de la Commission sur cette question est claire : si un renseignement est nécessaire, le service devrait le fournir même s'il faut l'obtenir d'un tiers.<sup>75</sup> Éventuellement, le service qui ne fournit pas à CSI tout ce dont elle a besoin pour percevoir et répartir efficacement les redevances devra supporter les frais additionnels découlant de ce défaut. L'obliger à rendre compte de tous ces renseignements n'est pas la seule solution, comme l'a souligné Apple. Des sociétés de gestion étrangères offrent un escompte aux utilisateurs qui fournissent tous les renseignements qu'elles recherchent.

[155] Cela dit, et avec certaines réserves, il n'est pas temps de modifier le *statu quo* à cet égard, pour trois motifs. Premièrement, le fait qu'un grand nombre de fichiers ne soient toujours pas identifiés pourrait ne pas soulever autant de problèmes qu'on pourrait d'abord le croire : les 21 pour cent de fichiers déclarés que CSI a pu identifier représentent 59 pour cent des fichiers ayant été vendus au moins une fois et 93 pour cent du volume de ventes. Deuxièmement, comme CSI pourra désormais résilier la licence du service qui

information requirements would turn services into permanent infringers. Third, the question raises too many complex issues about too many tariffs for this to be the proper forum to resolve it.

[156] Consequently, we leave the reporting requirements as they currently are. However, we ask that the Secretariat initiate a consultation process with a view to obtaining reliable, complete information allowing the Board to assess, for all online uses of music, which information is helpful and which is necessary, which can reasonably be obtained from users, where the balance of convenience lies and how to ensure an optimum flow of information between users and collectives.

[157] We rejected CSI's request to secure through the tariff information not needed for tariff administration that it would have found helpful to argue changes in the rate base in future proceedings.

#### E. Challenges to CSI Ownership Claims

[158] Currently, a service must challenge a CSI claim that a work is in the repertoire within 20 days of receiving such a claim. The tariff does not specify what happens if a challenge is filed late. We inquired with CSI about the reason for this; for one thing, we wondered what would occur if a service received later on information from a third party confirming that the required rights had been otherwise secured, making the licence unnecessary. CSI argued that removing the time limitation would give services unlimited time to dispute CSI's representation of the work, which could create serious administrative issues. We see no reason why a service should pay for what is

ne fournit pas tous les renseignements obligatoires, ajouter aux obligations de rapport mettrait les services en situation de violation permanente du droit d'auteur. Troisièmement, le problème soulève trop de questions complexes à l'égard de trop de tarifs pour qu'il soit à-propos de le régler dans le cadre de la présente affaire.

[156] Par conséquent, les obligations de rapport resteront ce qu'elles sont. Toutefois, nous demandons au Secrétariat de mettre en branle un processus de consultation visant à recueillir des données fiables et complètes permettant à la Commission de déterminer, pour toutes les utilisations en ligne de musique, les renseignements qui sont utiles et ceux qui sont nécessaires, ceux qu'on peut raisonnablement exiger des utilisateurs, la prépondérance des inconvénients et la façon d'établir un flot optimal de renseignements entre les utilisateurs et les sociétés de gestion.

[157] Nous avons refusé de permettre à CSI d'obtenir par le truchement du tarif des renseignements qui ne sont pas nécessaires à son administration, mais qui lui seraient utiles quand viendra le temps de demander un changement d'assiette tarifaire dans une affaire subséquente.

#### E. Contestations des conclusions de CSI en matière de répertoire

[158] En ce moment, un service peut contester l'affirmation voulant qu'une œuvre fasse partie du répertoire dans les 20 jours suivant cette affirmation. Le tarif ne précise pas ce qu'il advient si le service ne dépose pas de contestation dans le délai prescrit. Nous avons demandé à CSI de justifier la mesure; nous nous demandons entre autres ce qu'il adviendrait si un service recevait trop tard d'un tiers des renseignements établissant que les droits avaient été autrement libérés, ce qui rendrait inutile la licence de CSI. Cette dernière a soutenu que l'élimination du délai permettrait au service de contester l'affirmation de CSI en tout temps, entraînant des difficultés administratives

already licensed. We have removed the time limitation. Any difficulty created by this decision can be documented and addressed when the Board next deals with this tariff.

#### F. Consequences of a Failure to Provide a Report

[159] CSI asked that a failure to provide a timely report have two consequences. First, CSI would be allowed to terminate the licence. Second, the due date for royalties would remain that which it would be had the report been filed in time, thereby triggering interest payments earlier. Objectors took issue only with the second.

[160] According to CSI, the second measure is meant to address an unintended consequence of the existing tariff wording. Royalties are not due until CSI is able to invoice them; as a result, a service can artificially defer the obligation to pay royalties by failing to provide the reports necessary to calculate them. The Objectors argued that this is punitive, unnecessary and duplicative in light of the existing obligation to pay interest on late royalty payments.

[161] The scenario CSI describes should be avoided. In our view, this is best achieved by providing that the invoice sent following a late report is deemed to have been received in time by the service as long as CSI sends the invoice within 20 days of receiving the late report (the delay within which CSI is supposed to send the invoice when the service's report is received in time).

#### G. Confidentiality

[162] CSI asked to be allowed to share information received pursuant to the tariff with

importantes. Nous ne voyons pas pourquoi un service devrait payer pour une utilisation qui a déjà été autorisée. Nous avons donc éliminé le délai. Les difficultés que cela pourrait soulever pourront être documentées et traitées lorsque la Commission reviendra sur ce tarif.

#### F. Conséquences du défaut de déposer un rapport

[159] CSI a demandé que le défaut de déposer un rapport dans les délais prescrits entraîne deux conséquences. D'abord, CSI pourrait mettre fin à la licence. Ensuite, la date à laquelle les redevances sont payables serait celle qui s'appliquerait si le rapport avait été fourni à temps, entraînant ainsi le versement d'intérêts plus rapidement qu'en ce moment. Les opposants ont contesté uniquement la deuxième demande.

[160] CSI soutient que la seconde mesure a pour objet d'éliminer un effet non voulu du libellé actuel. Les redevances ne sont payables que si CSI est en mesure de les facturer; par conséquent, un service peut retarder artificiellement son obligation de paiement en ne fournissant pas le rapport dont CSI a besoin pour établir le montant des redevances. Les opposants soutiennent qu'il s'agit d'une mesure punitive, inutile et redondante compte tenu de l'obligation déjà prévue de verser des intérêts sur les montants non versés à échéance.

[161] Il faut éviter que le scénario que CSI envisage se produise. À notre avis, la meilleure façon d'y arriver est de prévoir que la facture consécutive à un rapport tardif est réputée avoir été reçue à temps par le service pour autant que cette facture soit envoyée dans les 20 jours de la réception du rapport tardif (ce qui est le délai dont CSI dispose pour établir une facture lorsqu'un rapport est reçu dans les délais prescrits).

#### G. Traitement confidentiel

[162] CSI voudrait pouvoir partager les renseignements obtenus en application du tarif

SOCAN. The Objectors argued that this would be unprecedented and would jeopardize commercially-sensitive information. For the reasons set out in a recent decision of the Board with respect to Re:Sound Tariff 5,<sup>76</sup> CSI will be allowed to share information with SOCAN for the purposes of royalty collection and tariff enforcement.

[163] CSI also asked to prevent services from sharing with others information they receive from CSI pursuant to the tariff. The Objectors did not understand which information CSI may supply pursuant to the tariff that may need to be treated in confidence. CSI answered that section 8 of the tariff requires it to provide potentially sensitive information about the extent of its repertoire.

[164] All that section 8 requires is that CSI indicate: what it knows to be in its repertoire and if so, to what extent; what it knows not to be in its repertoire; and why CSI is unable to determine whether a work is or not in its repertoire. In our opinion, this is information CSI would be required to provide pursuant to section 70.11 of the *Act* and as such cannot be confidential.

[165] CSI sometimes provides other information that what section 8 of the tariff requires, such as the name of the publisher who owns a share of a work that is in CSI's repertoire only for part. Assuming that this information is confidential, it is not provided pursuant to the tariff. It is up to CSI to require the services to treat the information in confidence if they wish to receive it.

[166] CSI also fears that since the repertoire is dynamic, online services may share information that is out of date. That is not a sufficient reason to impose an obligation of confidentiality on the services pursuant to the tariff.

avec la SOCAN. Les opposants rétorquent qu'une telle mesure serait inédite et mettrait en péril des renseignements commerciaux sensibles. Pour les motifs énumérés dans une décision récente de la Commission à l'égard du Tarif 5 de Ré:Sonne,<sup>76</sup> CSI pourra partager ces renseignements avec la SOCAN aux fins de perception de redevances et d'application d'un tarif.

[163] CSI voudrait aussi empêcher les services de partager les renseignements qu'elle leur remet en application du tarif. Les opposants ne pouvaient penser à un renseignement confidentiel que CSI pourrait ainsi leur remettre. Cette dernière a répondu que l'article 8 du tarif l'oblige à fournir des renseignements potentiellement sensibles concernant la portée de son répertoire.

[164] Cette disposition n'exige rien de plus qu'une indication de : ce que CSI sait être dans son répertoire, ainsi que sa part dans l'œuvre pertinente; ce qu'elle sait ne pas y être; et pour le reste, une indication du motif qui l'empêche de trancher. Tout cela nous semble être des renseignements que CSI devrait fournir en vertu de l'article 70.11 de la *Loi*, et qui, par conséquent, ne sauraient être confidentiels.

[165] CSI fournit parfois des renseignements non prévus à l'article 8 du tarif, tel le nom de l'éditeur qui détient une œuvre pour partie, l'autre étant dans le répertoire de CSI. Si tant est que ce renseignement soit confidentiel, il n'est pas fourni en vertu du tarif. Libre à CSI d'exiger que le service garde le renseignement confidentiel s'il désire qu'on lui en fasse part.

[166] CSI craint par ailleurs que les services partagent des renseignements périmés, compte tenu du caractère dynamique du répertoire. À notre avis, il ne s'agit pas d'un motif valable pour imposer une obligation de confidentialité aux services en vertu du tarif.



#### H. The SOCAN Tariff

[167] The SOCAN tariff was redesigned to align its wording as much as possible on CSI's. Three reasons explain the main differences between the tariffs. First, SOCAN is not entitled to royalties in respect of downloads. Second, SOCAN represents virtually all the eligible repertoire, and CSI does not: thus, payment dates are different because CSI invoices the services, while SOCAN does not. Third, SOCAN, not CSI, will collect royalties for music videos (albeit only for streams).

#### I. Transitional Provisions

[168] The tariff contains transitional provisions made necessary because the tariffs takes effect on January 1, 2007 and 2008, while they are being certified much later.

[169] What CSI and SOCAN proposed was significantly different from the previous certified tariffs. No doubt in part because of this, CSI proposed a complex and lengthy transitional process. Each service would have been required to pay an interim royalty top-up for the period from January 1, 2008 to the date the tariff was certified. During an interim period, royalties would have been invoiced at different rates, depending on whether uses occurred before or after the tariff was certified. A final invoice would have been sent a year or so later.

[170] The Objectors considered the proposal too complex. Transitional provisions should be straightforward. They should provide parties with a sufficient opportunity to make the necessary adjustments to royalties already paid, while placing the onus on the parties to do it once, and to do it correctly.

[171] For CSI, the rates are increased but the tariff structure is unchanged. Online services can calculate themselves how much more they owe for

#### H. Le tarif SOCAN

[167] Le tarif SOCAN a été reformulé pour que son libellé corresponde le plus possible à celui de CSI. Trois motifs expliquent les différences principales entre l'un et l'autre. D'abord, la SOCAN n'a droit à rien à l'égard des téléchargements. Ensuite, elle représente en pratique tout le répertoire éligible, CSI non : ainsi, les dates de paiement des redevances ne sont pas les mêmes parce que CSI facture les services, mais pas la SOCAN. Enfin, seule la SOCAN percevra des redevances pour les vidéos musicales (et seulement pour les transmissions).

#### I. Dispositions transitoires

[168] Le tarif contient certaines dispositions transitoires qui sont nécessaires parce que les tarifs prennent effet les 1<sup>er</sup> janvier 2007 et 2008 bien qu'ils soient homologués beaucoup plus tard.

[169] Ce que proposaient CSI et la SOCAN était passablement différent des tarifs homologués précédemment. Cela explique sans doute pour partie que CSI ait proposé un processus transitoire complexe et long. Chaque service aurait versé un premier appoint pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2008 à la date d'homologation du tarif. Pendant un certain temps, les redevances auraient été facturées à des taux différents, selon que les utilisations auraient eu lieu avant ou après l'homologation. Un état de compte final aurait été envoyé à peu près un an plus tard.

[170] Les opposantes soutiennent que la proposition est trop complexe. Les dispositions transitoires devraient être simples. Elles devraient laisser le temps aux parties de procéder aux ajustements nécessaires pour ce qui a déjà été payé tout en exigeant que l'ajustement se fasse une fois, correctement.

[171] Pour CSI, les taux augmentent mais la structure tarifaire est la même. Les services en ligne sont en mesure d'établir eux-mêmes

past periods, based on the reports already received from CSI. Ninety days should be sufficient to perform the necessary calculations. There is no reason to impose different delays with respect to SOCAN.

[172] CSI proposed that past free on-demand streams be invoiced in a separate process. The proposal triggered no comments on the part of the Objectors. This is what we have certified in this respect.

[173] Services who file reports pursuant to the previous tariffs before September 30, 2012 will not be asked to file additional information with respect to the corresponding reports required by the new tariffs.

[174] A table sets out interest factors to be used on sums owed in a given quarter and not already payable on an interim basis pursuant to the previous tariffs. Our reasons for setting such factors need not be repeated here.<sup>77</sup> The factors are slightly higher for SOCAN than for CSI, since SOCAN is entitled to its royalties 50 days earlier than CSI.

[175] This time again, arriving at the wording of the tariff we certify proved to be a complicated task. We thank the parties for their considerable assistance.

l'appoint qu'ils doivent verser pour le passé à partir des rapports que CSI leur a déjà remis. Ils devraient pouvoir procéder aux calculs nécessaires en 90 jours. Aucun motif ne justifie de prévoir des délais différents pour la SOCAN.

[172] CSI a proposé que les téléchargements sur demande gratuits effectués avant l'homologation fassent l'objet d'un processus de facturation distinct. Cette suggestion n'a fait l'objet d'aucun commentaire de la part des opposants. C'est ce que nous homologuons à cet égard.

[173] Les services qui auront déjà fait rapport en vertu des tarifs précédents avant le 30 septembre 2012 n'auront pas à déposer des renseignements supplémentaires à l'égard du rapport équivalent que le nouveau tarif prévoit.

[174] Un tableau fournit les facteurs d'intérêts qui seront appliqués aux sommes dues à l'égard d'un trimestre donné et qui n'étaient pas par ailleurs payables à titre provisoire en vertu des tarifs précédents. Il n'est pas nécessaire de répéter les motifs qui nous amènent à établir de tels facteurs.<sup>77</sup> Les facteurs sont légèrement plus élevés pour la SOCAN que pour CSI, parce que la première a droit à ses redevances 50 jours plus tôt que la seconde.

[175] Cette fois encore, finaliser le libellé du tarif a exigé beaucoup d'efforts. Nous remercions les parties de leur aide précieuse.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall  
Secretary General

**ENDNOTES**

**NOTES**

1. R.S.C. 1985, c. C-42.
  2. See *infra* at para. 12.
  3. *CSI Online Music Services Tariff (2008-2010) and SOCAN Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) 2007-2010* (25 September 2009) Copyright Board Ruling.
  4. For a more detailed description of these three products, see *CMRRA/SODRAC Inc. (Online Music Services) for the years 2005 to 2007* (16 March 2007) Copyright Board [Decision](#) at paras. 7 to 9. [*CSI – Online Music Services (2007)*]
  5. Those are the same as for a radio station: see *Commercial Radio Tariff (SOCAN: 2008-2010; Re:Sound: 2008-2011; CSI: 2008-2012; AVLA/SOPROQ: 2008-2011; ArtistI: 2009-2011)* (9 July 2010) Copyright Board [Decision](#) at paras. 8 to 13. [*Commercial Radio (2010)*]
  6. *Supra* note 4.
  7. While the DPA rates for SOCAN are set in a tariff, the CSI rates are privately negotiated and confidential. It is therefore not possible to be more precise.
  8. *SOCAN – Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) for the years 1996-2006* (18 October 2007) Copyright Board [Decision](#). [*SOCAN 22.A (2007)*]
  9. *Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*,
1. L.R.C. 1985, ch. C-42.
  2. Voir *infra* au para. 12.
  3. *Tarif de CSI pour les services de musique en ligne (2008-2010) et Tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne) 2007-2010* (25 septembre 2009) ordonnance de la Commission du droit d’auteur.
  4. Pour une description plus détaillée des trois produits, voir *CMRRA/SODRAC inc. (Services de musique en ligne) pour les années 2005 à 2007* (16 mars 2007) [décision](#) de la Commission du droit d’auteur aux paras. 7 à 9. [*CSI – Services de musique en ligne (2007)*]
  5. Ces droits sont les mêmes que ceux visant la radio commerciale : voir *Tarif pour la radio commerciale (SOCAN : 2008-2010; Ré:Sonne : 2008-2011; CSI : 2008-2012; AVLA/SOPROQ : 2008-2011; ArtistI : 2009-2011)* (9 juillet 2010) [décision](#) de la Commission du droit d’auteur aux paras. 8 à 13. [*Radio commerciale (2010)*]
  6. *Supra* note 4.
  7. Alors que les taux pour les SSPN de la SOCAN sont fixés dans un tarif, ceux de CSI sont négociés en privé et confidentiels. Il est donc impossible de les préciser davantage.
  8. *Tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006* (18 octobre 2007) [décision](#) de la Commission du droit d’auteur. [*SOCAN 22.A (2007)*]
  9. *Bell Canada c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de*

2010 FCA 220 [*Bell v. SOCAN*]; *Canadian Recording Industry Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 322; *Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada v. CMRRA/SODRAC Inc.*, 2010 FCA 221 [*ESA v. SOCAN*]; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2010 CAF 123 [*SOCAN v. Bell*].

A further decision, *SOCAN 22.B to 22.G (Internet – Other Uses of Music) for the years 1996 to 2006* (24 October 2008) Copyright Board [Decision](#), was also the subject of an application for judicial review: see *Society of Authors, Composers and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2010 FCA 139.

10. *Bell v. SOCAN, ESA v. SOCAN and SOCAN v. Bell, ibid.*
11. *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34 [*ESA*]; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35 [*Rogers*]; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36 [*Bell*]. The Supreme Court also rendered decisions in two other matters that are not relevant to these proceedings.
12. Exhibit CSI-3: *The Value of the Use of the Repertoire of CSI by Online Music Services*, prepared by Paul Audley, Paul Audley & Associates Ltd. and Douglas Hyatt, Professor, Rotman School of Management and Centre for Industrial Relations, University of Toronto, April 29, 2010.

*musique*, 2010 CAF 220 [*Bell c. SOCAN*]; *Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 322; *Entertainment Software Association et Entertainment Software Association of Canada c. CMRRA/SODRAC Inc.*, 2010 CAF 221 [*ESA c. SOCAN*]; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2010 CAF 123 [*SOCAN c. Bell*].

Une autre décision, *SOCAN 22.B à 22.G (Internet – Autres utilisations de musique) pour les années 1996 à 2006* (24 octobre 2008) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur, a également fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2010 CAF 139.

10. *Bell c. SOCAN, ESA c. SOCAN, SOCAN c. Bell, ibid.*
11. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34 [*ESA*]; *Rogers Communications inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 CSC 35 [*Rogers*]; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36 [*Bell*]. La Cour suprême a aussi rendu des décisions dans deux autres affaires qui ne sont pas pertinentes en l'espèce.
12. Pièce CSI-3 : *The Value of the Use of the Repertoire of CSI by Online Music Services*, préparé par Paul Audley, Paul Audley & Associates Ltd. et Douglas Hyatt, Professeur, Rotman School of Management and Centre for Industrial Relations, Université de Toronto, 29 avril 2010.

13. *SOCAN (2005-2009), NRCC (2007-2010) and CSI ((2006-2009) in Respect of Multi-Channel Subscription Satellite Radio services* (8 April 2009) Copyright Board [Decision](#) at para. 186. [*Satellite Radio Services (2009)*]
14. Exhibit CSI-13: *Response to the Chipty Report (Exhibit Apple-3) and the Barker Report (Exhibit CRIA-4)*, prepared by Paul Audley, Paul Audley & Associates Ltd. and Douglas Hyatt, Professor, Rotman School of Management and Centre for Industrial Relations, University of Toronto, June 9, 2010.
15. Exhibit CSI-12: *Comments on the Reports Filed by Dr. Tasneem Chipty and by Dr. George Barker*, prepared by Dr. Marcel Boyer, Emeritus Professor of Economics, *Université de Montréal*, June 9, 2010.
16. Exhibit SOCAN-4: *Economic Analysis of SOCAN Tariff 22.A*, prepared by Dr. Stanley J. Liebowitz, Professor of Economics, University of Texas at Dallas, April 30, 2010.
17. The second argument is no longer valid: *ESA*, *supra* note 11.
18. Exhibit Apple-3: *Economic Analysis of Reasonable Royalty Rates for the Reproduction and Communication of Musical Works, in Canada, By Online Music Services*, prepared by Dr. Tasneem Chipty, Charles River Associates, April 29, 2010.
19. The lower end of the range corresponds to the midpoint of the rates derived from the Nash bargaining model while the upper end is based on the penny rates.
13. *SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010) et CSI (2006-2009) à l'égard des services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement* (8 avril 2009) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur au para. 186. [*Services de radio satellitaire (2009)*]
14. Pièce CSI-13 : *Response to the Chipty Report (Exhibit Apple-3) and the Barker Report (Exhibit CRIA-4)*, préparé par Paul Audley, *Paul Audley & Associates Ltd.* et Douglas Hyatt, Professeur, *Rotman School of Management and Centre for Industrial Relations*, Université de Toronto, 9 juin 2010.
15. Pièce CSI-12 : *Comments on the Reports Filed by Dr. Tasneem Chipty and by Dr. George Barker*, préparé par M. Marcel Boyer, professeur émérite d'économie, Université de Montréal, 9 juin 2010.
16. Pièce SOCAN-4 : *Economic Analysis of SOCAN Tariff 22.A*, préparé par M. Stanley J. Liebowitz, professeur d'économie, *University of Texas at Dallas*, 30 avril 2010.
17. La deuxième prétention n'est plus valide : *ESA*, *supra* note 11.
18. Pièce Apple-3 : *Economic Analysis of Reasonable Royalty Rates for the Reproduction and Communication of Musical Works, in Canada, By Online Music Services*, préparée par M<sup>me</sup> Tasneem Chipty, *Charles River Associates*, 29 avril 2010.
19. La limite inférieure de la fourchette correspond à la médiane des taux dérivés du modèle de négociation de Nash, alors que la limite supérieure est fondée sur les taux en cents.

20. Exhibit Apple-4: *Economic Analysis of Reasonable Royalty Rates for the Reproduction and Communication of Musical Works, in Canada, By Online Music Services*, Rebuttal Report prepared by Dr. Tasneem Chipty, Charles River Associates, June 9, 2010.
21. Exhibit Apple-2, Witness Statement of Eddie Cue at paras. 53 *et seq.*
22. Exhibit CRIA-4, *Valuation Analysis*, prepared by Dr. George Barker, Director of the Centre for Law and Economics, Australian National University (Canberra), April 30, 2010.
23. Exhibit CRIA-6: *Reply Report*, prepared by Dr. George Barker, Director of the Centre for Law and Economics, Australian National University (Canberra), June 9, 2010.
24. Strictly speaking, the 2007 decision starts from the MLA rate and then adjusts it. Conceptually, it is sounder to consider the blended rate as the starting point.
25. *Statements of Royalties to Be Paid for the Retransmission of Distant Radio and Television Signals in 1992, 1993 And 1994* (14 January 1993) Copyright Board [Decision](#) at 159.
26. *CSI – Online Music Services (2007)*, *supra* note 4 at para. 93.
27. *Ibid.* at para 79.
28. *Commercial Radio (2010)*, *supra* note 5; *Private Copying 2011* (17 December 2010) Copyright Board [Decision](#). [*Private Copying (2011)*]
29. Economists call such data mean-reverting.
20. Pièce Apple-4 : *Economic Analysis of Reasonable Royalty Rates for the Reproduction and Communication of Musical Works, in Canada, By Online Music Services*, réponse préparée par M<sup>me</sup> Tasneem Chipty, *Charles River Associates*, 9 juin 2010.
21. Pièce Apple-2, témoignage d'Eddie Cue aux paras. 53 et suivants.
22. Pièce CRIA-4, *Valuation Analysis*, préparé par M. George Barker, Directeur du *Centre for Law and Economics, Australian National University* (Canberra), 30 avril 2010.
23. Pièce CRIA-6 : *Reply Report*, préparé par M. George Barker, Directeur du *Centre for Law and Economics, Australian National University* (Canberra), 9 juin 2010.
24. Au sens strict, en 2007, le taux de la MLA sert de point de départ, ajusté par la suite. Théoriquement, il est plus juste d'utiliser le taux pondéré comme point de départ.
25. *Tarif des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1992, 1993 et 1994* (14 janvier 1993) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur à la p. 159.
26. *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 4 au para. 93.
27. *Ibid.* au para. 79.
28. *Radio commerciale (2010)*, *supra* note 5; *Copie privée 2011* (17 décembre 2010) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur. [*Copie privée (2011)*]
29. En économie, ce phénomène est appelé tendance à revenir à la moyenne.



30. *Private Copying (2011)*, supra note 28 at para. 6.
31. *SOCAN-Re:Sound CBC Radio 2006-2011* (8 July 2011) Copyright Board [Decision](#) at para. 83. [*CBC Radio (2011)*]
32. These assumptions were \$0.99 as average single track price; \$9.99 as average album price; 13 as the average number of tracks per album; 55 per cent of tracks sold as singles and 45 per cent as albums.
33. *CSI – Online Music Services (2007)*, supra note 4 at paras. 91-92.
34. 50.18 per cent of tracks are sold as singles, the rest in bundles. The average price of a single is \$1.0401, the average price of a track sold in a bundle is \$0.5939. (Exhibit CSI-3, June 22 version, at 8)
35. Transcripts at 1633.
36. A debate arose over the way to account for free downloads. Since music publishers frequently waive royalties on such downloads, Dr. Chipty saw no reason why CSI should be paid for them. Dr. Chipty would have made a correction based on the assumption that royalties are waived for all free downloads. Messrs. Audley and Hyatt agreed with the principle, but would have corrected only for free downloads for which royalties were waived. We agree with Messrs. Audley and Hyatt. However, since what CSI asks for is less than what the model yields, there is no need to further address the issue.
30. *Copie privée (2011)*, supra note 28 au para. 6.
31. *Tarif SOCAN-Ré:Sonne à l'égard de la radio de la SRC, 2006-2011* (8 juillet 2011) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur au para. 83. [*Radio de la SRC (2011)*]
32. Voici ces hypothèses : le prix moyen d'une piste individuelle est de 0,99 \$; le prix moyen d'un album, de 9,99 \$; le nombre moyen de pistes par album, de 13; 55 pour cent des pistes sont vendues individuellement et 45 pour cent font partie d'un album.
33. *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, supra note 4 aux paras. 91 et 92.
34. 50,18 pour cent des pistes sont vendues individuellement, le reste des pistes, en ensembles; le prix moyen d'une piste individuelle est de 1,0401 \$; le prix moyen d'une piste vendue dans un ensemble est de 0,5939 \$. (Pièce CSI-3, version du 22 juin, à la p. 8)
35. Transcriptions à la p. 1633.
36. La façon de tenir compte des téléchargements gratuits a suscité un débat. Comme les éditeurs de musique renoncent fréquemment aux redevances sur ces téléchargements, M<sup>me</sup> Chipty ne voyait pas pourquoi CSI percevrait des redevances sur ces derniers. Elle aurait donc corrigé le modèle en se fondant sur l'hypothèse que les redevances étaient levées sur tous les téléchargements gratuits. MM. Audley et Hyatt ont souscrit au principe, mais leurs ajustements au modèle auraient uniquement concerné les téléchargements gratuits pour lesquels les redevances auraient été levées. Nous pensons comme MM. Audley et Hyatt; toutefois, comme les redevances demandées par CSI sont inférieures aux résultats du

- modèle, nul besoin de s'attarder davantage sur cette question.
37. Exhibit CRIA-4 at 19. 37. Pièce CRIA-4 à la p. 19.
38. Exhibit CSI-13 at paras. 79 to 84. 38. Pièce CSI-13 aux paras. 79 à 84.
39. The decision includes a review of the history of the MLA negotiations which only serves to confirm this conclusion: *CSI – Online Music Services (2007)*, *supra* note 4 at para. 71. 39. La décision comprend un résumé des négociations de la MLA, lequel ne fait que confirmer cette conclusion : *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 4 au para. 71.
40. *Ibid.* 40. *Ibid.*
41. Transcripts at 404, 405. 41. Transcriptions aux pp. 404, 405.
42. Exhibit CRIA-4 at 20, 21. 42. Pièce CRIA-4, aux pp. 20, 21.
43. The rate Dr. Barker derived, keeping mechanical royalties a constant fraction of CD price over time, is \$0.061. After adjusting this rate for the download market price, he obtained a price of \$0.044, which translates to 5.0 per cent of an average price per track of \$0.89. 43. Le taux calculé par M. Barker, en maintenant les redevances pour la reproduction mécanique à une fraction constante du prix des CD dans le temps, est de 0,061 \$. Après avoir rajusté ce taux pour tenir compte du prix de marché des téléchargements, il a obtenu un prix de 0,044 \$, ce qui correspond à 5,0 pour cent du prix moyen d'une piste de 0,89 \$.
44. In effect, the right to reproduce the sound recording and the right of access to the actual master. 44. De fait, le droit de reproduire l'enregistrement musical et le droit d'accès à la bande maîtresse.
45. Based on the assumption that CSI will not accept to bargain with the other players if is not certain to get out of the bargain at least as much as what it would get without the bargain. 45. Le calcul suppose que CSI n'acceptera pas de négocier avec les autres parties si elle n'est pas sûre de retirer de la négociation au moins la somme qu'elle aurait obtenue sans négocier.
46. This yielded CSI rates of between 4.3 and 7.8 per cent. Dr. Chipty suggested that these rates formed a reasonable range of rates from which the Board could select one. 46. Ce modèle a produit un taux pour CSI entre 4,3 et 7,8 pour cent. Selon M<sup>me</sup> Chipty, ces taux représentaient une fourchette raisonnable dans laquelle la Commission pouvait choisir un taux.
47. *Supra* note 11. 47. *Supra* note 11.

48. To be more specific, as long as one player derives negative benefits, others will give that player part of their share to keep the player at the table, until the net marginal benefit to all players is zero, at which time everyone will walk away and the bargain will never materialize.
49. The fact that a fifth player, Re:Sound, should probably also be included in the game only serves to support our conclusion.
50. Transcripts at 1078.
51. Both can be treated as constant or modelled as interrelated games, but one cannot be treated as constant if the other is modelled as a game.
52. An example of this would be the controlled composition clause: see *CSI – Online Music Services (2007)*, *supra* note 4 at para. 83.
53. *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 at para. 147. See also *CSI – Online Music Services (2007)*, *ibid.* at para. 84.
54. *Supra* note 11.
55. In 2007, since the CSI rates were set first, what SOCAN received was the difference between the bundled rate and the CSI rate.
56. *Supra* at para. 73.
57. *Infra* at para. 99.
58. *Supra* note 11.
59. Exhibit CSI-3 at para. 41.
48. Plus précisément, aussi longtemps qu'une partie retire des retombées négatives, les autres lui attribueront une part de leurs retombées afin de garder cette partie à la table de négociation, jusqu'à ce que les retombées marginales nettes de toutes les parties soient nulles, après quoi toutes les parties se retireront de la négociation et l'entente ne pourra jamais être conclue.
49. Le fait qu'une cinquième partie, Ré:Sonne, devrait probablement être incluse dans le modèle vient appuyer davantage notre conclusion.
50. Transcriptions à la p. 1078.
51. Les deux peuvent être traités soit comme des constantes, soit comme des négociations interreliées, mais l'un ne peut être considéré comme constante si l'autre est traité comme une négociation.
52. Un exemple serait la clause de composition contrôlée : voir *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 4 au para. 83.
53. *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 au para. 147. Voir aussi *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *ibid.* au para. 84.
54. *Supra* note 11.
55. En 2007, comme les taux de CSI avaient été déterminés en premier, la SOCAN recevait la différence entre le taux combiné et le taux de CSI.
56. *Supra* au para. 73.
57. *Infra* au para. 99.
58. *Supra* note 11.
59. Pièce CSI-3 au para. 41.

60. *CSI Online Music Services (2007)*, *supra* note 4 at para. 98.
61. *Supra* note 11.
62. *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 at paras. 165, 170, 174.
63. *Supra* note 11.
64. *Satellite Radio Services (2009)*, *supra* note 13 at para. 186.
65. *CBC Radio (2011)*, *supra* note 31 at para. 79.
66. *Ibid.* at para. 80.
67. *Supra* note 11.
68. Transcripts at 1773.
69. The only difference is that CSI used 15 tracks instead of 13 as certified in 2007.
70. *SOCAN 22.A. (2007)*, *supra* note 8 at para. 180.
71. *Private Copying (2011)*, *supra* note 22 at para. 9.
72. Which is probable but not certain.
73. 13 files per day multiplied by 30 days per month.
74. *CSI Online Music (2007)*, *supra* note 4 at para. 127; *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 at para. 185.
75. *CSI – Online Music Services (2007)*, *supra* note 4 at para. 148.
60. *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 4 au para. 98.
61. *Supra* note 11.
62. *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 aux paras. 165, 170 et 174.
63. *Supra* note 11.
64. *Services de radio satellitaire (2009)*, *supra* note 13 au para. 186.
65. *Radio de la SRC (2011)*, *supra* note 31 au para. 79.
66. *Ibid.* au para. 80.
67. *Supra* note 11.
68. Transcriptions à la p. 1773.
69. La seule différence est que CSI a utilisé des ensembles de 15 pistes plutôt que de 13 pistes comme dans le tarif homologué en 2007.
70. *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 au para. 180.
71. *Copie privée (2011)*, *supra* note 22 au para. 9.
72. Ce qui est probable, mais pas certain.
73. Soit 13 fichiers par mois multiplié par 30 jours dans le mois.
74. *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 4 au para. 127; *SOCAN 22.A (2007)*, *supra* note 8 au para. 185.
75. *CSI – Services de musique en ligne (2007)*, *supra* note 4 au para. 148.

76. *Re:Sound Tariff 5 – Use of Music to Accompany Live Events (Parts A to G), 2008-2012* (25 May 2012) Copyright Board [Decision](#) at paras. 36-52.

77. *SOCAN-Re:Sound CBC Radio Tariff, 2006-2011* (8 July 2011) Copyright Board [Decision](#) at paras. 130-132.

76. *Tarif 5 de Ré:Sonne – Utilisation de musique pour accompagner des événements en direct (Parties A à G), 2008-2012* (25 mai 2012) [décision](#) de la Commission du droit d’auteur aux paras. 36-52.

77. *Tarif SOCAN-Ré:Sonne à l’égard de la radio de la SRC, 2006-2011* (8 juillet 2011) [décision](#) de la Commission du droit d’auteur aux paras. 130-132.

**APPENDIX: TABLE**

	<b>Royalties to be paid to CSI (2008-2010)</b>	<b>Royalties to be paid to SOCAN (2007-2010)</b>
<b>Permanent Downloads</b>	9.90% of the amount paid by the consumer <i>Minimum fee</i> 3.92¢ per file in a bundle of 13 tracks or more 6.86¢ per file otherwise	n/a
<b>Limited Downloads</b>	9.9% of the amount paid by subscribers <i>Minimum fee</i> 99¢ per month, per subscriber, if portable limited downloads are allowed 66¢ if not	n/a
<b>On-Demand Streams</b>	5.18% of the amount paid by subscribers <i>Minimum fee</i> Free streaming: 0.09¢ per file streamed per visitor, up to a maximum of 34.53¢ per visitor per month Otherwise 34.53¢ subscriber per month	7.60% of the amount paid by subscribers <i>Minimum fee</i> Free streaming: 0.13¢ per file streamed per visitor, up to a maximum of 50.67¢ per visitor per month Otherwise, 50.67¢ per subscriber per month
<b>Video-Clips (2010 only) On-Demand Streams</b>	n/a	5.02% of the amount paid by subscribers <i>Minimum fee</i> Free streaming: 0.13¢ per file streamed per visitor, up to a maximum of 50.67¢ per visitor per month Otherwise, 50.67¢ per subscriber per month



**ANNEXE : TABLEAU**

	<b>Redevances à verser à CSI (2008-2010)</b>	<b>Redevances à verser à la SOCAN (2007-2010)</b>
<b>Télécharge- ments permanents</b>	9,90 % du montant payé par le consommateur  <i>Redevance minimale</i> 3,92 ¢ par fichier dans un ensemble de 13 pistes ou plus 6,86 ¢ par fichier dans tout autre cas	s. o.
<b>Télécharge- ments limités</b>	9,9 % du montant payé par les abonnés  <i>Redevance minimale</i> 99 ¢ par mois, par abonné, si les téléchargements limités portables sont permis 66 ¢ sinon	s. o.
<b>Transmissions sur demande</b>	5,18 % du montant payé par les abonnés  <i>Redevance minimale</i> Transmissions gratuites : 0,09 ¢ par fichier transmis par visiteur, jusqu'à un maximum de 34,53 ¢ par visiteur par mois Sinon 34,53 ¢ par abonné par mois	7,60 % du montant payé par les abonnés  <i>Redevance minimale</i> Transmissions gratuites : 0,13 ¢ par fichier transmis par visiteur, jusqu'à un maximum de 50,67 ¢ par visiteur par mois Sinon 50,67 ¢ par abonné par mois
<b>Vidéooclips (2010 seulement) Transmissions sur demande</b>	s. o.	5,02 % du montant payé par les abonnés  <i>Redevance minimale</i> Transmissions gratuites : 0,13 ¢ par fichier transmis par visiteur, jusqu'à un maximum de 50,67 ¢ par visiteur par mois Sinon 50,67 ¢ par abonné par mois