

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

**FILE: Private Copying 1999-2000**

**DOSSIER : Copie privée 1999-2000**

**Copying for Private Use**

**Copie pour usage privé**

*Copyright Act*, subsection 83(8)

*Loi sur le droit d'auteur*, paragraphe 83(8)

TARIFF OF LEVIES TO BE COLLECTED BY CPCC, IN 1999 AND 2000, FOR THE SALE OF BLANK AUDIO RECORDING MEDIA, IN CANADA, IN RESPECT OF THE REPRODUCTION FOR PRIVATE USE OF MUSICAL WORKS EMBODIED IN SOUND RECORDINGS, OF PERFORMER'S PERFORMANCES OF SUCH WORKS AND OF SOUND RECORDINGS IN WHICH SUCH WORKS AND PERFORMANCES ARE EMBODIED

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR LA SCPCP, EN 1999 ET 2000, POUR LA VENTE DE SUPPORTS AUDIO VIERGES, AU CANADA, POUR LA COPIE POUR USAGE PRIVÉ D'ENREGISTREMENTS SONORES OU D'ŒUVRES MUSICALES OU DE PRESTATIONS D'ŒUVRES MUSICALES QUI LES CONSTITUENT

**DECISION OF THE BOARD**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

Mr. Justice John H. Gomery  
Mr. Stephen J. Callary  
Mrs. Sylvie Charron

M. le juge John H. Gomery  
M. Stephen J. Callary  
M<sup>e</sup> Sylvie Charron

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

December 17, 1999

Le 17 décembre 1999

| <u>TABLE OF CONTENTS</u>  | <u>PAGE</u> | <u>TABLE DES MATIÈRES</u>   |
|---|-------------|---|
| <b>I. INTRODUCTORY REMARKS</b>  | 1           | <b>I. REMARQUES INTRODUCTIVES</b>   |
| A. Legislative Framework  | 1           | A. Le cadre législatif  |
| B. The Process Leading to the Hearings  | 2           | B. Le processus ayant mené aux audiences  |
| C. The Participants' Positions  | 5           | C. Les prétentions des participants   |
| D. Nature of the Evidence Presented   | 7           | D. La nature de la preuve présentée   |
| <br><b>II. PRELIMINARY LEGAL ISSUES</b>   | <br>9       | <br><b>II. QUESTIONS DE DROIT PRÉLIMINAIRES</b>   |
| A. Can the Board Rule on Constitutional and <i>Charter</i> Issues?  | 9           | A. La Commission peut-elle trancher les questions d'ordre constitutionnel et les questions relatives à la <i>Charte</i> ? |
| B. Is Part VIII Valid Copyright Law Within the Meaning of the Canadian Constitution?                      | 10          | B. La partie VIII constitue-t-elle du droit d'auteur au sens de la constitution canadienne?                               |
| C. Is the Private Copying Levy a Tax?   | 13          | C. La redevance pour la copie privée est-elle une taxe?   |
| D. Does Part VIII of the <i>Act</i> contravene paragraph 2(a) or subsection 15(1) of the <i>Charter</i> ? | 17          | D. La partie VIII de la <i>Loi</i> viole-t-elle l'alinéa 2a) ou le paragraphe 15(1) de la <i>Charte</i> ?                 |
| <br><b>III. STATUTORY INTERPRETATION AND ISSUES OF MIXED FACT AND LAW</b>                                 | <br>21      | <br><b>III. INTERPRÉTATION LÉGISLATIVE ET QUESTIONS MIXTES DE DROIT ET DE FAIT</b>  |
| A. The Validity of CPCC's Claim to All of the Eligible Repertoire   | 21          | A. La capacité de la SCPCP de revendiquer une redevance à l'égard de tout le répertoire admissible                        |
| B. The Importance of the Eligible Repertoire in Private Copying   | 26          | B. L'importance du répertoire admissible servant à la copie privée  |
| C. The Meaning of "Ordinarily Used by Individual Consumers"   | 28          | C. Qu'entend-on par «habituellement utilisé par les consommateurs»  |

|  |    |  |
|--|----|--|
| <b>IV. ANALYSIS OF THE ECONOMIC EVIDENCE</b>   | 32 | <b>IV. ANALYSE DE LA PREUVE ÉCONOMIQUE</b>                   |
| A. The Blank Audio Recording Media Industry    | 33 | A. L'industrie des supports audio vierges                    |
| B. The Economic Impact of the Levy             | 37 | B. L'impact économique de la redevance                       |
| C. The Impact of Grey Market Transactions      | 39 | C. L'impact des activités du marché gris                     |
| <b>V. THE AMOUNT OF THE LEVY</b>               | 42 | <b>V. LE MONTANT DE LA REDEVANCE</b>                         |
| A. The Tariff Structure                        | 42 | A. La structure du tarif                                     |
| B. The Valuation Model                         | 42 | B. Le modèle d'évaluation                                    |
| C. Calculating the Amount                      | 44 | C. Calcul du montant   |
| <b>VI. OTHER MATTERS</b>                       | 53 | <b>VI. AUTRES QUESTIONS</b>                                  |
| A. Designating the Collecting Body             | 53 | A. Désignation de l'organisme de perception                  |
| B. Apportioning the Levy Among the Collectives | 53 | B. Répartition de la redevance entre les sociétés de gestion |
| C. Tariff Wording                              | 54 | C. Libellé du tarif  |
| D. The Zero-Rating Scheme                      | 57 | D. Le système d'exonération de la redevance                  |

Ottawa, December 17, 1999

Ottawa, le 17 décembre 1999

**File: Private Copying 1999-2000**

**Dossier : Copie privée 1999-2000**

**Reasons for the Decision**

**Motifs de la décision**

**I. INTRODUCTORY REMARKS**

**I. REMARQUES INTRODUCTIVES**

**A. Legislative Framework**

**A. Le cadre législatif**

On March 19, 1998, Part VIII of the *Copyright Act*<sup>1</sup> [the “Act”] came into force.<sup>2</sup> Until then, copying any sound recording for almost any purpose infringed copyright.<sup>3</sup> In practice, that prohibition was largely unenforceable. Part VIII legalizes one such activity: copying of sound recordings of musical works onto recording media for the private use of the person who makes the copy [hereafter “private copying”]. At the same time, a levy is imposed on blank audio recording media to compensate authors, performers and makers who own copyright in those sound recordings.

Le 19 mars 1998, la partie VIII de la *Loi sur le droit d’auteur*<sup>1</sup> [la «Loi»] est entrée en vigueur.<sup>2</sup> Jusque-là, la reproduction d’un enregistrement sonore constituait dans presque tous les cas une violation du droit d’auteur.<sup>3</sup> En pratique, cette interdiction était pour ainsi dire inapplicable. La partie VIII vient légaliser l’une de ces activités : la copie d’enregistrements sonores d’œuvres musicales sur un support audio pour l’usage privé de la personne qui fait la copie [la «copie pour usage privé» ou encore, tout simplement, «copie privée»]. Du même coup, une redevance est exigée sur les supports audio vierges, laquelle vise à rémunérer les auteurs, artistes-interprètes et producteurs titulaires d’un droit d’auteur sur ces enregistrements sonores.

The structure of Part VIII eloquently highlights the purpose of the regime.

La structure de la partie VIII fait ressortir de façon éloquente l’objet du régime.

Section 79 sets the scene by providing a number of definitions. These determine who benefits from the levy, and what is subject to it.

L’article 79 présente le contexte en énonçant des définitions qui aident à préciser les personnes bénéficiant de la redevance et celles qui sont tenues de la payer.

Section 80 legalizes private copying onto audio recording media.<sup>4</sup>

L’article 80 légalise la copie privée sur les supports audio.<sup>4</sup>

Section 81 creates the right to remuneration for copying activities outlined in section 80. It also determines who shares in the remuneration: authors of musical works in which copyright subsists in Canada (which means virtually any author throughout the world) as well as performers and makers who are citizens or

L’article 81 crée le droit à une rémunération à l’égard des activités de reproduction énoncées à l’article 80. Il indique également qui y a droit : les auteurs d’œuvres musicales protégées par le droit d’auteur au Canada (ce qui signifie, à toutes fins utiles, les auteurs du monde entier) ainsi que les artistes-interprètes et les producteurs qui sont

residents of Canada or of a country referred to in a ministerial statement made pursuant to section 85 of the *Act*.<sup>5</sup>

Section 82 sets out how the remuneration is to be paid, when, to whom, and for what. The remuneration takes the form of a levy. Manufacturers and importers of blank audio recording media ordinarily used by individual consumers to copy sound recordings pay the levy when they sell or otherwise dispose of such media in Canada. The payment is made for the benefit of eligible copyright owners to a single collecting body designated by the Board.

Section 83 outlines how the levy is to be set. Collective societies (or “collectives”) must file proposed tariffs for the benefit of their members or lose their right to remuneration.<sup>6</sup> Anyone can object to the proposals. After hearing from collectives and objectors, the Board sets a fair and equitable tariff and designates the collecting body. It also allows rights owners who are not members of a collective to claim their share of the levy.

Sections 84 to 88 deal with various incidental aspects of the regime. They determine that the levy is to be shared amongst collectives in the proportions fixed by the Board and outline how the Minister can add to, or subtract from, the eligible repertoire of performers and makers. They exempt from the levy any entity that represents persons with a perceptual disability and set out Cabinet’s regulatory powers. Finally, they specify what the collecting body’s rights are against those who do not pay the levy.

## **B. The Process Leading to the Hearings**

On March 31, 1998, pursuant to subsection 83(1) of the *Act*, the Canadian Mechanical

des citoyens ou des résidents du Canada ou d’un pays mentionné dans une déclaration ministérielle faite en application de l’article 85.<sup>5</sup>

L’article 82 indique comment, à quel moment, à qui et à quelles fins la rémunération doit être versée. Cette rémunération prend la forme d’une redevance. Les fabricants et importateurs de supports audio vierges habituellement utilisés par les consommateurs pour copier des enregistrements sonores paient la redevance lorsqu’ils vendent ou aliènent ces supports au Canada. Le paiement est versé au profit des titulaires admissibles à un seul organisme de perception désigné par la Commission.

L’article 83 précise les modalités de fixation de la redevance. Les sociétés de gestion doivent déposer un projet de tarif au nom de leurs membres, faute de quoi elles perdent le droit à rémunération.<sup>6</sup> Toute personne peut s’opposer à un projet de tarif. Après avoir entendu les sociétés de gestion et les opposants, la Commission fixe un tarif juste et équitable et désigne l’organisme de perception. L’article 83 permet également aux titulaires de droits qui ne sont pas représentés par une société de gestion de réclamer une part de la redevance.

Les articles 84 à 88 portent sur différents aspects accessoires du régime. Ils prévoient que la redevance doit être répartie entre les sociétés de gestion selon la proportion fixée par la Commission et indiquent comment le ministre peut modifier, par ajout ou retrait, le répertoire admissible des artistes-interprètes et producteurs. Ils prévoient une exemption à l’égard de toute entité représentant des personnes ayant une déficience perceptuelle et énoncent les pouvoirs de réglementation du Cabinet. Enfin, ils définissent les recours de l’organisme de perception en cas de non-paiement de la redevance.

## **B. Le processus ayant mené aux audiences**

Le 31 mars 1998, conformément au paragraphe 83(1) de la *Loi*, l’Agence canadienne des droits de

Reproduction Rights Agency (CMRRA), the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC), the *Société de gestion des droits des artistes-musiciens* (SOGEDAM), the *Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada* (SODRAC) and the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed with the Board proposed tariffs for the benefit of those who are entitled to share in the remuneration right granted by subsection 81(1) of the *Act*. As required by section 53 of *An Act to Amend the Copyright Act*, the proposed tariffs were to be effective for the years 1999 and 2000. They were published in the *Canada Gazette* on June 13, 1998. The Board also gave notice that anyone wishing to object to the proposed tariffs could do so within 60 days of the publication.

Public reaction was overwhelming. The Board received some 3,000 objections and letters of comment. Those who complained included not only manufacturers and importers of recording media, but also a variety of persons who use recording media for purposes other than private copying: churches, recording production houses, artists, makers of motivational and educational tapes, software companies, schools, radio stations, persons with disabilities and others. They challenged everything from the amounts being asked to the very existence of the regime. Most took issue with the fact that audio recording media that were not used to make private copies of sound recordings would nevertheless be subject to the levy. Letters of comment continued to arrive until the very end of the hearings.

Many of those who filed objections intended to limit their participation to doing just that. Over the following months, participants were apprised of their rights and obligations. As a result of these communications, of consolidations and other factors, the number of participants dropped first to approximately 60, and then to nine by the start of the hearings:

reproduction musicaux (CMRRA), la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV), la Société de gestion des droits des artistes-musiciens (SOGEDAM), la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) déposent auprès de la Commission des projets de tarif au nom des titulaires éligibles au droit à rémunération prévu au paragraphe 81(1) de la *Loi*. Comme l'exige l'article 53 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, les tarifs proposés visent les années 1999 et 2000. Ils sont publiés dans la *Gazette du Canada* le 13 juin 1998. La Commission donne avis que quiconque désirant s'opposer aux projets de tarifs doit le faire dans les 60 jours de la publication.

La réaction du public est très vive. La Commission reçoit environ 3 000 oppositions et lettres de commentaires. Les plaignants sont non seulement des fabricants et importateurs de supports audio, mais aussi différentes personnes utilisant ces supports pour des fins autres que la copie privée, notamment des églises, des maisons de production d'enregistrements, des artistes, des producteurs de bandes à caractère motivationnel et éducatif, des fabricants de logiciels, des écoles, des stations radio et des personnes souffrant de handicaps. Tous les aspects du régime sont contestés, depuis les montants demandés jusqu'à son existence même. La plupart des plaignants s'opposent à ce que les supports audio qui ne sont pas utilisés pour faire de la copie privée soient assujettis à la redevance. Les lettres de commentaires continuent à affluer jusqu'à la toute fin des audiences.

Bon nombre de ceux qui ont déposé des oppositions n'avaient pas l'intention d'aller plus loin. Au cours des mois qui ont suivi, les participants ont été informés de leurs droits et obligations. Par suite de ces communications, de différents regroupements et d'autres facteurs, le nombre de participants est passé à environ 60 pour atteindre neuf au début des audiences :

- |   |   |
|---|---|
| <p>C the Canadian Private Copying Collective (CPCC), acting on behalf of all collectives that had filed proposed tariffs;</p> <p>C the Canadian Storage Media Alliance (CSMA), representing major importers of blank audio recording media (Fuji Photo Film Canada Inc., Sony of Canada Ltd., Maxell Canada, Memtek Canada Ltd. [Memorex], AVS Technologies Inc. [TDK] and Kodak Canada Inc.);</p> <p>C the Independent Canadian Recording Media Coalition, a coalition of smaller suppliers of blank audio recording media (Precision Sound Corporation, Summit Media Ltd. and Western Imperial Magnetics Inc.), together with the Evangelical Fellowship of Canada, Camrose Church of God, Grande Prairie Alliance Church, First Church of the Nazarene, United Church of God and Messrs. Ken Dahl, Al Schmalz and Greg Watrich (churches and individuals that object to the levy being applied to media used by churches in their outreach ministry) [collectively "ICRMC"];</p> <p>C the First Evangelical Lutheran Church;</p> <p>C Bluebird Events and Studio A-Mirador, two independent producers of prerecorded musical materials;</p> <p>C the Attorney General for the province of British Columbia, acting on behalf of that province's Court Services Branch;</p> <p>C Mr. L. Graham Newton, audio recording and mastering engineer;</p> <p>C Mr. Wes Klause, who among other things, manufactures catalogues in CD format.</p> | <p>C la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), agissant au nom des sociétés ayant déposé des projets de tarif;</p> <p>C la <i>Canadian Storage Media Alliance</i> (CSMA), représentant les grands importateurs de supports audio vierges (Fuji Photo Film Canada Inc., Sony du Canada Ltée, Maxell Canada, Memtek Canada Ltée [Memorex], AVS Technologies Inc. [TDK] et Kodak Canada Inc.);</p> <p>C la <i>Independent Canadian Recording Media Coalition</i>, coalition de petits fournisseurs de supports audio vierges (<i>Precision Sound Corporation, Summit Media Ltd. et Western Imperial Magnetics Inc.</i>), ainsi que la <i>Evangelical Fellowship of Canada</i>, la <i>Camrose Church of God</i>, la <i>Grande Prairie Alliance Church</i>, la <i>First Church of the Nazarene</i>, la <i>United Church of God</i> et MM. Ken Dahl, Al Schmalz et Greg Watrich (personnes et églises s'opposant à l'application de la redevance aux supports que les églises utilisent pour l'exercice de leur ministère) [collectivement «ICRMC»];</p> <p>C la <i>First Evangelical Lutheran Church</i>;</p> <p>C <i>Bluebird Events</i> et <i>Studio A-Mirador</i>, deux producteurs indépendants d'enregistrements sonores;</p> <p>C le procureur général de la province de la Colombie-Britannique, représentant la direction des services judiciaires de cette province;</p> <p>C M. L. Graham Newton, ingénieur spécialisé en enregistrement sonore et en matricage;</p> <p>C M. Wes Klause qui, notamment, produit des catalogues sur CD.</p> |
|---|---|

Late in the proceedings, the Board discovered that the Council of Canadians with Disabilities had mistakenly been prevented from participating in the process. Representatives of that organization

Vers la fin des procédures, la Commission a appris que le Conseil des Canadiens avec déficiences avait été empêché par erreur de participer au débat. À la demande de la

were asked to express their views in person before the Board. They did so on September 21, 1999, immediately before the beginning of oral arguments.

The following are the Board's reasons for its decision in the private copying matter. The process required two pre-hearing conferences and the issuance of an unprecedented number of preliminary rulings, including one dealing with paragraph 16(1)(c) of the *Official Languages Act*. It also led to a motion being filed before the Federal Court of Appeal. The motion, which sought to prevent the Board from proceeding with the matter, was dismissed on August 12, 1999.<sup>7</sup> The Board held hearings over thirteen days from August 24 to September 10, 1999. Oral arguments required four days, ending on September 24, 1999.

### **C. The Participants' Positions**

CPCC submits that the private copying regime is constitutionally valid, that the proposed tariffs were validly filed and that it is entitled to claim in respect of all the eligible repertoire, including any foreign repertoire likely to be the subject of a ministerial statement. It submits that the Board cannot grant exemptions, proposes a very encompassing definition of audio recording medium and of the notion of ordinary use. It asks that the levy be set, for each 15 minutes of available recording time, at 20¢ for analog media, 39¢ for MiniDiscs, digital audio tapes (DATs), CD-Rs Audio and CD-RWs Audio, and 9¢ for CD-Rs and CD-RWs.

CSMA takes no position on any of the constitutional issues. It argues that a large part of the eligible repertoire is not properly before the Board and therefore, should not be taken into account in setting the amount of the levy. It claims that record companies are not the makers

Commission, des représentants de cet organisme ont exprimé leurs opinions en personne devant elle le 21 septembre 1999, avant le début des plaidoiries orales.

Le texte qui suit est l'énoncé des motifs de la décision à laquelle la Commission en est arrivée dans la présente affaire. La Commission a dû tenir deux conférences préparatoires et rendre un nombre sans précédent de décisions préliminaires, dont une concernant l'alinéa 16(1)c de la *Loi sur les langues officielles*. De plus, une requête a été déposée devant la Cour d'appel fédérale. Cette requête, qui visait à empêcher la Commission d'entendre l'affaire, a été rejetée le 12 août 1999.<sup>7</sup> Les audiences de la Commission se sont étalées sur une période de treize jours allant du 24 août au 10 septembre 1999. Quant aux plaidoiries, elles ont duré quatre jours et se sont terminées le 24 septembre 1999.

### **C. Les prétentions des participants**

La SCPCP soutient que le régime de copie privée est valide sur le plan constitutionnel, que les projets de tarifs ont été déposés valablement et qu'elle a le droit de réclamer une redevance à l'égard de tout le répertoire admissible, y compris le répertoire étranger susceptible de faire l'objet d'une déclaration ministérielle. En plus de faire valoir que la Commission n'a pas le droit d'accorder des exemptions, la SCPCP propose une définition très large du support audio et de la notion d'utilisation habituelle. Elle demande que la redevance soit fixée, pour chaque période de 15 minutes de temps d'enregistrement disponible, à 20 ¢ pour les supports analogiques, 39 ¢ pour les minidisques (MiniDisc), les bandes audionumériques (DAT), les CD-R audio et les CD-RW audio et 9 ¢ pour les CD-R et les CD-RW.

La CSMA ne prend pas position au sujet des questions constitutionnelles. Elle soutient qu'une bonne partie du répertoire admissible échappe à la compétence de la Commission et qu'il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte pour fixer le montant de la redevance. Selon la CSMA, les maisons de



of sound recordings within the meaning of the *Act*. Its interpretation of the notions of audio recording medium and ordinary use is much more restrictive; for example, it maintains that only media of a type most often used for private copying are subject to the levy, and would exclude from the scheme all media other than audio cassettes. Finally, it asks that the levy be a percentage of the wholesale price of no more than 3 per cent for audio cassettes and 1 per cent for recordable CDs.

ICRMC submits that Part VIII of the *Act* is not copyright law, that it contravenes sections 2 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [the *Charter*]<sup>8</sup> and that it may be improperly enacted tax law. It also asks that CPCC bear the burden of establishing all the facts of the case.

The Attorney General of British Columbia submits that media sold to institutional users are not subject to the levy and in the alternative, that the levy is a tax that cannot be collected from a province.

The First Evangelical Lutheran Church objects to the levy applying to it on several counts, including that it is not an individual consumer, that it does not make private copies and that it already owns a reproduction licence.

Bluebird Events and Studio A-Mirador ask that those who use audio recording media to develop or distribute their own intellectual property not be subject to the levy. Studio A-Mirador also argues that custom length blank cassettes could not possibly meet the definition of "blank audio recording medium".

Mr. Graham Newton objects to the existence of the private copying regime and argues that at the very least, only media actually used for private

disque ne sont pas des producteurs d'enregistrements sonores au sens de la *Loi*. Elle interprète les notions de support audio et d'utilisation habituelle de façon beaucoup plus restrictive; ainsi, elle allègue que seuls les types de supports les plus souvent utilisés pour la copie privée sont assujettis à la redevance, de sorte que tous les supports autres que les cassettes audio ne seraient pas visés par le régime. Enfin, elle demande que la redevance corresponde à un pourcentage du prix de gros ne dépassant pas 3 pour cent dans le cas des cassettes audio et 1 pour cent dans le cas des CD enregistrables.

Pour sa part, l'ICRMC soutient que les dispositions de la partie VIII de la *Loi* ne sont pas des dispositions sur le droit d'auteur, qu'elles vont à l'encontre des articles 2 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [la *Charte*]<sup>8</sup> et qu'elles pourraient constituer des dispositions fiscales invalides. Elle demande également que le fardeau d'établir tous les faits de l'affaire revienne à la SCPCP.

Le procureur général de la Colombie-Britannique allègue que les supports vendus aux institutions ne sont pas assujettis à la redevance ou, subsidiairement, que celle-ci constitue une taxe qui ne peut être perçue d'une province.

La *First Evangelical Lutheran Church* s'oppose à ce que la redevance s'applique à elle pour plusieurs motifs, notamment parce qu'elle n'est pas un consommateur, qu'elle ne fait pas de copie privée et qu'elle est déjà titulaire d'une licence de reproduction.

*Bluebird Events* et *Studio A-Mirador* demandent que ceux qui utilisent des supports audio pour concevoir ou distribuer leurs propres objets du droit d'auteur ne soient pas tenus de payer la redevance. *Studio A-Mirador* ajoute que les cassettes produites sur mesure ne peuvent être des «supports audio vierges».

M. Graham Newton s'oppose à l'existence d'un régime régissant la copie privée et allègue que, à tout le moins, seuls les supports effectivement

copying should be subject to the levy. In the alternative, he asks that those who use media for purposes other than private copying have access to a simple exemption scheme similar to tax exempt numbers.

Mr. Wes Klause argues that the imposition of the levy on recordable CDs used for purposes other than private copying would slow technological development by increasing costs.

The Council of Canadians with Disabilities asks that persons who use audio cassettes to overcome environmental barriers be exempt from the levy. In the alternative it asks that no levy be put on cassettes that have poor to moderate fidelity.

Pursuant to the directive on procedure applicable in this matter, the Board also received written comments from the Canadian Association of Broadcasters, the Canadian School Boards Association and Mr. Glenn Sanderse, President of Compact Data Inc.

#### **D. Nature of the Evidence Presented**

During the hearings, the Board heard from the collectives, from small and large manufacturers, wholesalers, importers, distributors and retailers of various types of audio recording media and recording hardware in Canada and the United States and from information technology companies, practitioners of new media, broadcasters, school boards, persons who use audio recording media to record spoken word, data, images, art, maps, geological surveys and operators of duplication facilities. It also heard from Canadian, American and European economists, survey specialists and other experts as well as representatives of the international recording media industry.

utilisés à cette fin devraient être assujettis à la redevance. Subsidiairement, il demande qu'un système d'exemption simple, semblable à celui des numéros d'exemption de taxe, existe au profit de ceux qui se servent des supports à des fins autres que la copie privée.

Selon M. Wes Klause, l'application de la redevance aux CD enregistrables utilisés à des fins autres que la copie privée entraînerait une hausse des coûts qui aurait pour effet de ralentir les progrès technologiques.

Le Conseil des Canadiens avec déficiences demande que les personnes se servant des cassettes audio pour surmonter les obstacles liés à l'environnement ne soient pas assujetties à la redevance ou, subsidiairement, qu'aucune redevance ne soit exigée à l'égard des cassettes dont le niveau de fidélité varie de faible à moyen.

Conformément à la directive concernant la procédure applicable en l'espèce, la Commission a également reçu des observations écrites de l'Association canadienne des radiodiffuseurs, de l'Association canadienne des commissions/ conseils scolaires et de M. Glenn Sanderse, président de Compact Data Inc.

#### **D. La nature de la preuve présentée**

Au cours des audiences, la Commission a entendu les témoignages de représentants des sociétés de gestion et de petits et grands fabricants, grossistes, importateurs, distributeurs et détaillants de différents types de supports audio et matériel d'enregistrement du Canada et des États-Unis ainsi que de représentants d'entreprises spécialisées dans les technologies de l'information et les nouveaux médias, de radiodiffuseurs, de commissions scolaires et de personnes utilisant des supports audio pour enregistrer la parole, des données, des images, l'expression artistique, des cartes et des études géologiques, de même que les représentants d'exploitants de services de copie. Elle a également entendu le témoignage de différents experts canadiens, américains et européens, notamment des économistes et des spécialistes en sondages, ainsi que des représentants de l'industrie internationale des supports audio.

Oral or written evidence was offered on: the evolution of sound recording technology, the various types of available recording equipment, their operation and the quality of results obtained in making copies of musical works; the origin of the private copying regime; the structure and revenues of the music industry; the impact of home taping on rights owners and on the recording industry; the structure, revenues and profits of the recording media industry; the marketing of audio recording media and audio recording hardware, including claims about the uses they can be put to; the pricing and availability of recordable media and recording hardware in stores, by mail, by phone order and over the Internet, in Canada and the United States; who purchases audio recording media; the various uses to which they are put; the probable impact of the levy on manufacturers, retailers and consumers; the impact of similar measures elsewhere; the public perceptions of the regime and reactions to its implementation; serial copy protection initiatives and technologies; the potential inefficiencies, distortions and grey market activity that may arise from the imposition of the levy; the organization of private copying collectives and the manner in which they went about securing their repertoire; the availability of music on the Internet; the impact of Canadian content rules on the use of music on radio.

Evidence produced included submissions to parliamentary committees relating to the adoption of Bill C-32, ministerial statements, product samples, marketing materials, surveys and expert reports, as well as American, European and other legislation dealing with copy protection measures, home taping and other issues.

Les éléments de preuve verbale et écrite ont porté sur l'évolution de la technologie de l'enregistrement sonore, les différents types de matériel d'enregistrement disponibles, leur fonctionnement et la qualité des résultats obtenus lors de la copie d'œuvres musicales; l'origine du régime de copie privée; la structure et les recettes de l'industrie de la musique; les répercussions de l'enregistrement à domicile sur les titulaires de droits et sur l'industrie de l'enregistrement; la structure, les recettes et les profits de l'industrie des supports audio; la commercialisation des supports audio et du matériel d'enregistrement, notamment quant aux utilisations dont ils peuvent faire l'objet; les prix et la disponibilité des supports audio et du matériel d'enregistrement dans les magasins, par la poste, par commande téléphonique et sur Internet, au Canada et aux États-Unis; les personnes qui achètent des supports audio; les façons dont on les utilise; les répercussions probables de la redevance sur les fabricants, les détaillants et les consommateurs; les répercussions de mesures similaires adoptées ailleurs, la perception publique du régime et les réactions suscitées par sa mise en œuvre; les mesures pouvant empêcher la duplication et les techniques connexes; les inefficacités et distorsions dans le marché et les importations parallèles pouvant découler de l'application de la redevance; l'organisation des sociétés de gestion des droits de copie privée et la façon dont elles ont procédé pour obtenir leur répertoire; l'accès à la musique sur Internet; les répercussions des règles relatives au contenu canadien en ce qui a trait à l'utilisation de la musique à la radio.

Les éléments de preuve présentés comprenaient des observations formulées aux comités parlementaires au sujet de l'adoption du projet de loi C-32, des déclarations ministérielles, des échantillons de produits, des documents publicitaires, des sondages et des rapports d'experts ainsi que des textes de loi américains, européens et autres portant, notamment, sur les mesures de protection à l'encontre de la duplication et l'enregistrement à domicile.

## II. PRELIMINARY LEGAL ISSUES

Objectors raise a number of constitutional challenges. Some also claim that the private copying regime offends the *Charter*. Before addressing these issues, the Board must rule on whether it has the power to deal with them.

### A. Can the Board Rule on Constitutional and *Charter* Issues?

Any agency, even one exercising purely administrative functions, has the power to interpret and apply its enabling statute. Indeed, every decision maker has the power to deal with constitutional issues of division of powers, and all discretionary powers must be exercised in a manner that is consistent with the *Charter*.<sup>9</sup> However, only a decision-maker that has the power to decide general questions of law can rule on *Charter* issues, and only if it has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought.<sup>10</sup>

The power to consider general questions of law can be explicit or implicit.<sup>11</sup> The *Act* does not grant the Board the express power to decide questions of law. The Federal Court of Appeal has ruled that the Board can deal with legal and jurisdictional issues as a necessary incident to its statutory powers,<sup>12</sup> but has never declared whether this is equivalent to a power to decide general questions of law. Yet the Board has repeatedly decided general questions of copyright law, private law and administrative law. Various Federal Court decisions have even approved the Board's rulings on a number of legal issues of a general nature.<sup>13</sup> Consequently, it would seem that the Board does have the power to decide general questions of law when this is necessary to fulfil its mandate.

## II. QUESTIONS DE DROIT PRÉLIMINAIRES

Les opposants soulèvent plusieurs questions d'ordre constitutionnel. Certains font aussi valoir que le régime de copie privée viole la *Charte*. Avant de répondre à ces questions, la Commission doit décider si elle a compétence pour les examiner.

### A. La Commission peut-elle trancher les questions d'ordre constitutionnel et les questions relatives à la *Charte*?

Tout organisme, même celui qui exerce des fonctions purement administratives, est autorisé à interpréter et à appliquer sa loi habilitante. En fait, toute instance décisionnelle peut traiter de partage des compétences, et tous les pouvoirs discrétionnaires doivent être exercés d'une façon compatible avec la *Charte*.<sup>9</sup> Cependant, seule l'instance décisionnelle habilitée à trancher des questions de droit générales peut se pencher sur la *Charte*, et ce, uniquement dans les cas où elle a compétence sur les parties, sur l'objet du litige ainsi que sur la réparation demandée.<sup>10</sup>

Le pouvoir d'examiner des questions de droit générales peut être exprès ou implicite.<sup>11</sup> La *Loi* n'accorde pas à la Commission le pouvoir exprès de trancher des questions de droit. La Cour d'appel fédérale a statué que la Commission peut examiner les questions de droit et de compétence à titre de pouvoir accessoire aux pouvoirs qui lui sont conférés par sa loi habilitante,<sup>12</sup> mais elle n'a jamais décidé s'il s'agit d'un pouvoir équivalent à celui de trancher des questions de droit générales. Cela dit, la Commission s'est penchée à maintes reprises sur des questions générales de droit d'auteur, de droit privé et de droit administratif. La Cour fédérale a même approuvé à diverses occasions les décisions que la Commission a rendues au sujet d'un certain nombre de questions de droit de nature générale.<sup>13</sup> Par conséquent, il semblerait que la Commission soit habilitée à se prononcer sur des questions de droit générales, lorsque ces questions doivent être tranchées afin qu'elle puisse remplir son mandat.

A number of other factors culled from other court decisions also tend to favour the Board having the power to address constitutional and *Charter* issues. The Board fulfils adjudicative functions. It is one of sixteen federal tribunals whose decisions are reviewable only by the Federal Court of Appeal. That Court has afforded the Board a considerable amount of deference. The Board's Chair is a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Board must deliver reasons for its decisions. It deals with a small number of files that are in general fairly complex and lengthy. Its procedures allow it to compile a reliable evidentiary record.

Finally, in the case at hand, the Board has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedy sought. Collectives and objectors have legitimate standing in this matter. The levy and its application to various types of media are clearly within the Board's jurisdiction, as is the certification of the tariff or how to tailor it to the circumstances of the case.

For the reasons given above, the Board can rule on the constitutional and *Charter* issues raised in these proceedings.

**B. Is Part VIII Valid Copyright Law Within the Meaning of the Canadian Constitution?**

Copyright is a matter of exclusive federal jurisdiction. In order to determine whether Part VIII of the *Act* is valid copyright law, the Board must look at the subject matter of the private copying regime. If its dominant feature, or pith and substance, is within the scope of copyright, then the whole regime is validly enacted. Any features that may infringe on provincial powers are incidental and inconsequential to the constitutional validity of the legislation.

Un certain nombre de facteurs tirés d'autres décisions judiciaires militent également en faveur de la reconnaissance du pouvoir de la Commission de traiter de Constitution et de *Charte*. La Commission remplit des fonctions quasi-judiciaires. Elle est l'un des seize tribunaux fédéraux dont les décisions ne peuvent être révisées que par la Cour d'appel fédérale, laquelle fait montre d'une très grande retenue à son endroit. Le président de la Commission est un juge, en fonction ou à la retraite, de cour supérieure, de cour de comté ou de cour de district. La Commission doit motiver ses décisions. Elle examine un petit nombre de dossiers qui sont généralement assez complexes et demandent beaucoup de temps. Ses procédures lui permettent de compiler un ensemble d'éléments de preuve fiables.

Enfin, dans le cas sous étude, la Commission a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée. Les sociétés de gestion et les opposants ont qualité pour agir en l'espèce. La redevance et son application à différents types de supports sont manifestement du ressort de la Commission, tout comme l'homologation du tarif ou la façon de l'adapter aux circonstances de l'affaire.

La Commission peut donc se prononcer sur les questions constitutionnelles et sur les questions relatives à la *Charte* soulevées en l'espèce.

**B. La Partie VIII constitue-t-elle du droit d'auteur au sens de la constitution canadienne?**

Le droit d'auteur relève exclusivement de la compétence fédérale. Afin de décider si la partie VIII de la *Loi* constitue du droit d'auteur, la Commission doit examiner l'objet du régime de copie privée. S'il s'agit de sa caractéristique véritable, de son objet essentiel, l'ensemble du régime est valide; toute caractéristique susceptible d'empiéter sur les pouvoirs provinciaux est incidente et n'affecte en rien la validité constitutionnelle des dispositions en cause.

ICRMC and the Attorney General of British Columbia contend that Part VIII lacks sufficient connection to copyright law principles to constitute valid copyright law. The Board disagrees. Part VIII provides compensation to rights holders for an activity that involves the use of a subject matter that is properly within the purview of copyright and is difficult or impossible to monitor; it legalizes the activity and requires those who manufacture or import media used for the activity to pay the compensation. The nexus between these three elements of the regime is obvious: the remuneration right is a corollary of the right to private copy.

Part VIII does not specify which media are subject to the levy: the regime is structured to allow for technological developments in audio recording media. Still, there is a clear link between the activity, the amount of the compensation and the goods being levied. Only private copying of music triggers compensation in the form of a levy. Only media ordinarily used for that activity are subject to the levy. The Board's determination of which types of recording media are ordinarily used by the individual consumer to pursue the legalized activity, and which are not, helps to reinforce this nexus.

Some of the media subject to the levy are not used to private copy. Furthermore, the Canadian regime does not allow for the sort of exemptions that certain Australian legislation contained. Nevertheless, whether Part VIII relates to copyright cannot depend on the existence of a perfect correlation between the activity being legitimized and the media being targeted. After all, it is the near impossibility of controlling private copying that gave rise to the legislation in the first place. As stated by the Australian High Court in a decision upon which ICRMC puts great reliance, using language very similar to that found in Part VIII:

L'ICRMC et le procureur général de la Colombie-Britannique soutiennent que la partie VIII n'est pas suffisamment liée aux principes du droit d'auteur pour constituer une législation valide dans ce domaine. La Commission n'est pas d'accord. La partie VIII prévoit le paiement d'une rémunération aux titulaires de droits à l'égard d'une activité mettant en cause l'utilisation d'un objet qui est bel et bien visé par le droit d'auteur et qu'il est difficile, voire impossible, de contrôler; elle légalise l'activité en question et oblige ceux qui fabriquent ou importent les supports utilisés à cette fin à payer la rémunération. Le lien entre ces trois éléments du régime est évident : le droit à rémunération est le corollaire du droit à la copie privée.

La partie VIII n'indique pas de façon précise quels sont les supports assujettis à la redevance : le régime est structuré de façon à tenir compte des progrès technologiques touchant les supports audio. Cependant, il existe un lien manifeste entre l'activité, le montant de la rémunération et les marchandises assujetties à la redevance. Ce n'est qu'à l'égard de la copie pour usage privé de la musique qu'une rémunération peut être exigée sous forme de redevance. Seuls les supports habituellement utilisés pour cette activité sont assujettis à la redevance. La décision de la Commission au sujet des types de support audio qu'utilise ou n'utilise pas habituellement le consommateur dans la poursuite de l'activité légalisée permet de renforcer ce lien.

Certains des supports assujettis à la redevance ne sont pas utilisés pour la copie privée. De plus, le régime canadien ne permet pas les types d'exemption qu'autorise la loi australienne. Néanmoins, la question de savoir si la partie VIII relève ou non du droit d'auteur ne saurait dépendre de l'existence d'un lien parfait entre l'activité légalisée et le support visé. Après tout, c'est la quasi-impossibilité de contrôler la copie privée qui est à l'origine du régime. Comme l'a dit la Haute Cour de l'Australie dans des termes très semblables à ceux qui figurent à la partie VIII, dans une décision à laquelle l'ICRMC attache une grande importance :

“Whilst it may be accepted that not all blank tapes which are purchased are used for the purpose of the private copying of sound recordings, it is obvious that those which are used for this purpose must result in loss to copyright owners because of the loss of sales of sound recordings which would otherwise have taken place. *The royalty imposed by the legislation is imposed only upon the sale of blank tapes which are ordinarily used for the purpose of copying sound recordings and sales of blank tapes which are ordinarily used for other purposes are excluded from the levy.*”<sup>14</sup> (Emphasis added)

The Australian legislation stated expressly which media were subject to the levy. By doing so, it did not allow the regime to adapt to changes in technology or markets; the nexus between the activity and the media subject to the levy could only weaken with time. In Canada, Parliament sought instead to allow the connection to remain constant, by allowing the Board to make the nexus between activity, media and levy as strong as fairly and realistically possible. The Board decides which media are “of a kind ordinarily used by individual consumers” to make private copies; it adopts a comprehensive scheme for determining the amount of the levy to be imposed, taking into account the extent to which various kinds of media are used for the targeted activity. In doing so, the Board gives effect to the legislative intent and reinforces the connection between the forsaking of the right over reproduction in private copying and the remuneration afforded by the legislative scheme.

In its pith and substance, then, Part VIII deals with the rights of copyright holders and of those who copy their works. Eligible authors, performers and makers get a right to remuneration. This is in return for allowing individuals to copy musical works for their own private use. As determined by the Board, the amount of the levy is reasonably and equitably proportional to the amount of use made of audio

[TRADUCTION] «Il est possible que les cassettes vierges achetées ne soient pas toutes utilisées pour la copie privée d'enregistrements sonores, mais il est évident que, dans ce cas, les titulaires de droits d'auteur peuvent subir une perte en raison de la diminution des ventes d'enregistrements sonores qui auraient autrement eu lieu. *La redevance imposée par le texte de loi ne touche que la vente des cassettes vierges qui sont habituellement utilisées pour la reproduction d'enregistrements sonores et les ventes de cassettes vierges habituellement utilisées à d'autres fins ne sont pas assujetties à la redevance.*»<sup>14</sup> (Non souligné dans l'original)

La loi australienne précisait quels supports étaient assujettis à la redevance. Ce faisant, on empêchait que le régime s'adapte aux changements technologiques ou de marché; le lien entre l'activité et le support assujetti à la redevance ne pouvait que s'affaiblir avec le temps. Le Parlement canadien a plutôt cherché à assurer la constance du lien en permettant à la Commission d'établir, entre l'activité, le support et la redevance, une relation aussi forte, équitable et réaliste que possible. La Commission décide quels sont les supports «habituellement utilisés par les consommateurs» pour la copie privée; elle adopte un régime général permettant de déterminer le montant de la redevance à exiger, compte tenu de l'ampleur de l'utilisation des différents types de support aux fins de l'activité ciblée. Elle donne ainsi effet à l'intention du législateur et renforce le lien entre l'abandon du droit de reproduction en copie privée et la rémunération accordée par le régime.

De par son caractère véritable, donc, la partie VIII traite des droits des titulaires et de ceux qui reproduisent leurs œuvres. Les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles obtiennent un droit à rémunération. Ce droit est accordé en échange de l'autorisation accordée aux consommateurs de copier des œuvres musicales pour leur propre usage. Le montant de la redevance établi par la Commission est

recording media to actually record musical works. This is a matter which falls squarely within the ambit of subsection 91(23) of the *Constitution Act, 1867*. This remains true even though the application and effects of Part VIII are unlike any other provisions of Canadian intellectual property law and might impose a levy on some audio recording media that may not in fact be used for private copying.

Part VIII is properly anchored within federal powers and was validly enacted by Parliament pursuant to subsection 91(23) of the *Constitution Act, 1867*. Any incursion into property and civil rights is incidental and therefore inconsequential from a constitutional standpoint.

### **C. Is the Private Copying Levy a Tax?**

ICRMC and the Attorney General of British Columbia also contend that the private copying levy is a tax. If they are correct, Part VIII was improperly enacted, since the manner in which it was introduced does not comply with sections 53 and 54 of the *Constitution Act, 1867*. If the levy is a tax, section 125 of that Act also makes it clear that provinces are not subject to it.

The recent decision of the Supreme Court of Canada in *Westbank First Nation*<sup>15</sup> sets out how to decide whether a levy is a tax or something else:

“... The central task is to determine whether the levy’s primary purpose is, in pith and substance: (1) to tax, i.e., to raise revenue for general purposes; (2) to finance or constitute a regulatory scheme, i.e., to be a regulatory charge or to be ancillary or adhesive to a regulatory scheme; or (3) to charge for

raisonnablement et équitablement proportionnel à l’utilisation qui est faite des supports audio pour l’enregistrement d’œuvres musicales. C’est là un sujet qui tombe nettement sous le coup du paragraphe 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, même si, de par son application et ses conséquences, la partie VIII diffère de toutes les autres dispositions de la législation canadienne en matière de propriété intellectuelle et pourrait avoir pour effet d’imposer une redevance sur un support qui n’est pas effectivement utilisé pour la copie privée.

Les dispositions de la partie VIII sont à juste titre du ressort fédéral et le Parlement les a valablement édictées en vertu du paragraphe 91(23) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toute atteinte à la propriété ou au droit civil est incidente et n’entraîne aucune conséquence sur le plan constitutionnel.

### **C. La redevance pour la copie privée est-elle une taxe?**

L’ICRMC et le procureur général de la Colombie-Britannique soutiennent également que la redevance pour la copie privée constitue une taxe. S’ils ont raison, la partie VIII est invalide puisque la façon dont elle a été présentée n’est pas conforme aux articles 53 et 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, si la redevance est une taxe, l’article 125 de cette même Loi indique clairement que les provinces n’y sont pas assujetties.

Dans le récent jugement qu’elle a rendu dans l’affaire *Première nation de Westbank*,<sup>15</sup> la Cour suprême du Canada indique comment décider si un prélèvement est une taxe ou autre chose :

«... la tâche essentielle du tribunal est de déterminer si, de par son caractère véritable, l’objet principal du prélèvement est : 1) de taxer, c.-à-d., percevoir des revenus à des fins générales; 2) de financer ou de créer un régime de réglementation, c.-à-d., être une redevance de nature réglementaire ou être



services directly rendered, i.e., to be a user fee.

...

In order to determine whether the impugned charge is a 'tax' or a 'regulatory charge' ..., several key questions must be asked. Is the charge: (1) compulsory and enforceable by law; (2) imposed under the authority of the legislature; (3) levied by a public body; (4) intended for a public purpose; and (5) unconnected to any form of a regulatory scheme? If the answers to all of these questions are affirmative, then the levy in question will generally be described as a tax.

As is evident from the fifth inquiry described above, the Court must identify the presence of a regulatory scheme in order to find a 'regulatory charge'. To find a regulatory scheme, a court should look for the presence of some or all of the following indicia of a regulatory scheme: (1) a complete, complex and detailed code of regulation; (2) a regulatory purpose which seeks to affect some behaviour; (3) the presence of actual or properly estimated costs of the regulation; (4) a relationship between the person being regulated and the regulation, where the person being regulated either benefits from, or causes the need for, the regulation. This list is not exhaustive. In order for a charge to be 'connected' or 'adhesive' to this regulatory scheme, the court must establish a relationship between the charge and the scheme itself. This will exist when the revenues are tied to the costs of the regulatory scheme, or where the charges themselves have a regulatory purpose, such as the regulation of certain behaviour." <sup>16</sup>

The private copying levy is not a tax for two reasons. First, although it is set by a public body that also determines who will collect it, it is not

accessoire ou rattaché à un régime de réglementation; ou, 3) de recevoir paiement pour des services directement rendus, c.-à-d., être des frais d'utilisation.

...

Pour déterminer si une redevance contestée est une "taxe" ou un "prélèvement de nature réglementaire" [...], il faut poser plusieurs questions clés. La redevance est-elle : (1) obligatoire et exigible en vertu d'une loi, (2) imposée sous l'autorité du législateur, (3) perçue par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public, (5) sans aucun lien avec une forme de régime de réglementation? Si la réponse à toutes ces questions est affirmative, le prélèvement en question sera habituellement qualifié de taxe.

Il ressort de la cinquième question formulée ci-dessus que le tribunal doit constater la présence d'un régime de réglementation pour conclure à l'existence d'un "prélèvement de nature réglementaire". Pour conclure à l'existence d'un régime de réglementation, le tribunal doit rechercher la présence d'un ou de plusieurs des indices suivants : 1) un code de réglementation complet, complexe et détaillé; 2) un objet de réglementation qui cherche à influencer un comportement donné; 3) la présence de coûts réels ou estimés liés à la réglementation; 4) un rapport entre la réglementation et la personne visée qui en bénéficie ou qui en a causé le besoin. Cette énumération n'est pas exhaustive. Pour qu'une redevance soit "liée" ou "rattachée" à ce régime de réglementation, le tribunal doit pouvoir établir une relation entre la redevance et le régime lui-même. Il en est ainsi lorsque les revenus sont liés aux coûts du régime de réglementation ou lorsque les redevances elles-mêmes ont un objet de réglementation, comme la réglementation d'un comportement donné.» <sup>16</sup>

La redevance pour la copie privée n'est pas une taxe, pour deux raisons. Premièrement, même si elle est fixée par un organisme public qui

levied by a public body, but by the collective or other entity that, in the Board's view, best satisfies the requirements of Part VIII.<sup>17</sup> Neither is the levy set at the initiative of a public body: only collectives or the collecting body can set in motion the process leading to the certification of a tariff. Second, the levy is not intended for a public purpose, but to compensate a circumscribed category of beneficiaries (eligible authors, performers and makers) for the use of their copyrighted material through payments made by a circumscribed category of obligors.<sup>18</sup> It does not provide a public authority with a source of revenue, but offers private individuals a source of income.

The private copying levy is, to paraphrase the Supreme Court of Canada, a charge "adhesive" to a regulatory scheme, created to complement it. The levy is central to the achievement of the scheme. Part VIII prescribes everything that is required to achieve the purpose of legalizing private copying while ensuring that eligible rights holders are compensated for the value of those private copies. It establishes who files tariffs, who pays, who collects, and who can receive a share of the levy. It charges the Board with setting the levy, which must be fair and equitable; this can only mean that a connection must exist between the amount paid by the importers and manufacturers of targeted media and the extent of the activity that triggers the payment. Indeed, no other realistic scheme could provide a stronger link between the amount of use and the amount of payment.

The scheme is also meant to affect behaviour. Knowing that copying musical works for their own use is now allowed may well encourage individual consumers to do so. This would result in the wider dissemination of musical works, in an increase in the sale of audio recording media, and

détermine également qui la percevra, elle n'est pas perçue par un organisme public, mais par la société de gestion ou l'entité qui, de l'avis de la Commission, est le mieux en mesure de s'acquitter des responsabilités découlant de la partie VIII.<sup>17</sup> La redevance n'est pas fixée non plus sur les instances d'un organisme public : seuls les sociétés de gestion ou l'organisme de perception peuvent mettre en branle le processus menant à l'homologation d'un tarif. Deuxièmement, la redevance ne vise pas une fin d'intérêt public, mais a plutôt pour but de rémunérer une catégorie bien définie de bénéficiaires (auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles) pour l'utilisation de leurs objets de droit d'auteur au moyen de paiements versés par une catégorie bien définie de débiteurs.<sup>18</sup> Il ne s'agit pas de recettes destinées à un organisme public, mais de revenus destinés à des personnes.

Pour reprendre les propos de la Cour suprême du Canada, la redevance pour la copie privée est une charge «rattachée» à un régime de réglementation et créée pour compléter celui-ci. Elle a une importance vitale pour la réalisation des objectifs du régime. La partie VIII énonce tout ce qui est nécessaire à légaliser la copie privée tout en veillant à ce que les titulaires admissibles touchent une rémunération correspondant à la valeur des copies ainsi faites. Elle indique qui dépose les tarifs et qui paie, perçoit ou peut toucher une part de la redevance. Elle confie à la Commission la tâche d'établir la redevance, laquelle doit être juste et équitable. Il s'ensuit nécessairement qu'un lien doit exister entre le montant payé par les importateurs et les fabricants des supports visés et l'importance de l'activité donnant lieu au paiement. De fait, aucun autre système réaliste ne pourrait créer un lien plus fort entre le montant du paiement et l'ampleur de l'utilisation.

Le régime vise également à influencer le comportement. Sachant que la copie d'œuvres musicales pour leur propre usage est maintenant autorisée, les consommateurs voudront peut-être profiter de cet avantage, ce qui pourrait se traduire par une plus grande diffusion des œuvres

in increased creative efforts on the part of creators, artists and producers as a result of the possibility of equitable compensation.

Finally, those who are most directly concerned with the scheme benefit from it and caused the need for it. By selling and actively marketing blank audio recording media, manufacturers and importers encouraged the now legalized activity and directly profited from it.<sup>19</sup> They contributed to the need for the regulation. They now stand to benefit from the scheme if, as just stated, the legalization of the activity leads to an increase in the sale of their products.

In the end, the private copying levy probably is closest in nature to the regime under review in *Massey Ferguson*.<sup>20</sup> The regime is essentially compensatory. The sums received by the collecting body are liquidating payments to satisfy the claims of eligible rights owners to the compensation they are entitled to under section 81 of the *Act*. Beneficiaries and obligors are circumscribed by the particular activity or enterprise in which they are engaged. The fact that the regime imposes an additional cost of doing business does not make it a tax in the constitutional sense.

As helpful as it may have been in understanding whether the private copying regime is copyright law, the decision in *Australian Tape Manufacturers Association* is of little use in deciding whether the levy constitutes a tax. The Australian High Court's conclusion that the Australian scheme was indeed a tax was based on constitutional rules and principles of interpretation that are foreign to Canadian law. For example, the court, expressly rejecting the analysis of the Supreme Court of Canada in *Massey-Ferguson*,<sup>21</sup>

musicales, par un accroissement des ventes de supports audio et par une hausse des efforts créatifs de la part des auteurs, artistes et producteurs encouragés par la possibilité de toucher une rémunération équitable.

Enfin, ceux qui sont les plus directement touchés par le régime en bénéficient et en ont causé le besoin. En vendant et en commercialisant activement les supports audio vierges, les fabricants et les importateurs ont encouragé l'activité qui est maintenant légalisée et en ont directement profité.<sup>19</sup> C'est en partie à cause de leur façon d'agir qu'une forme de contrôle s'est révélée nécessaire et ils pourront maintenant bénéficier du régime, dans la mesure où, comme nous venons de le dire, la légalisation de l'activité mènera à une augmentation de la vente de leurs produits.

En définitive, la redevance pour la copie privée se rapproche probablement davantage, de par sa nature, du régime examiné dans l'arrêt *Massey-Ferguson*.<sup>20</sup> Il s'agit en effet d'un régime essentiellement compensatoire. Les montants que touche l'organisme de perception sont des montants liquidatifs visant à satisfaire les créances des titulaires de droits admissibles en ce qui a trait à la rémunération à laquelle ils ont droit au titre de l'article 81 de la *Loi*. Les bénéficiaires et les débiteurs sont définis par l'activité ou l'entreprise particulière qu'ils exercent ou poursuivent. Le fait que le régime impose un coût d'exploitation supplémentaire ne transforme pas la redevance en une taxe au sens constitutionnel.

Bien qu'il ait été fort utile pour nous permettre de déterminer si le régime relatif à la copie privée relève du droit d'auteur, l'arrêt *Australian Tape Manufacturers Association* ne nous éclaire pas vraiment quant à la question de savoir si la redevance constitue une taxe. La conclusion de la Haute Cour de l'Australie selon laquelle le régime australien était effectivement une taxe repose en effet sur des règles constitutionnelles et des principes d'interprétation qui ne sont pas reconnus en droit canadien. Ainsi, après avoir expressément

ruled that an exaction can be a tax even if it is not collected for public or governmental purposes:

“There is no reason in principle ... why the compulsory exaction of money under statutory powers could not be properly seen as taxation notwithstanding that it was by a non-public authority or for purposes which could not properly be described as public.”<sup>22</sup>

This clearly runs contrary to principles outlined by the Supreme Court of Canada to this day. If only for that reason, the Australian ruling cannot be followed in determining whether the Canadian levy is a tax.

The private copying levy is not a tax, but a compulsory charge, imposed pursuant to a regulatory scheme directly related to copyright. It is meant to provide for a payment, in lieu of a royalty, as compensation for the copying of copyrighted works as a result of the legalization of private copying of recorded musical works. Since Part VIII is not a taxation scheme, it applies to provincial governments.

**D. Does Part VIII of the Act Contravene Paragraph 2(a) or Subsection 15(1) of the Charter?**

ICRMC submits that Part VIII infringes freedom of religion and is discriminatory. In its view, by requiring that all audio recording media be subject to the levy, Part VIII hinders the dissemination of the Gospel by adherents to the Evangelical Christian movement. The Council of Canadians with Disabilities adds that discrimination may exist with respect to persons who must rely on audio recording media to pursue certain activities.

rejeté l’analyse que la Cour suprême du Canada avait présentée dans l’arrêt *Massey-Ferguson*,<sup>21</sup> la Haute Cour a statué qu’une cotisation obligatoire peut être une taxe même si elle n’est pas perçue pour une fin publique ou gouvernementale :

[TRADUCTION] «Il n’y a aucune raison en principe pour laquelle la cotisation financière obligatoire découlant de l’exercice de pouvoirs législatifs ne pourrait à bon droit être considérée comme une taxe, même si elle a été imposée par une autorité non publique ou exigée dans un but qui ne saurait être considéré comme un objet public.»<sup>22</sup>

Ces commentaires vont manifestement à l’encontre des principes que la Cour suprême du Canada a toujours appliqués. Cela suffit pour écarter la décision australienne et ne pas en tenir compte pour décider si la redevance canadienne est une taxe.

La redevance pour la copie privée n’est pas une taxe, mais une charge obligatoire imposée conformément à un régime de réglementation lié directement au droit d’auteur. Elle vise à assurer un paiement, sous forme de redevance, à titre de rémunération à l’égard de la reproduction d’œuvres protégées par un droit d’auteur par suite de la légalisation de la copie privée d’œuvres musicales enregistrées. La partie VIII n’étant pas un régime fiscal, elle s’applique aux gouvernements provinciaux.

**D. La partie VIII de la Loi viole-t-elle l’alinéa 2a) ou le paragraphe 15(1) de la Charte?**

L’ICRMC allègue que la partie VIII viole la liberté de religion et est discriminatoire. Selon elle, en énonçant que tous les supports audio sont assujettis à la redevance, la partie VIII nuit à la diffusion des Évangiles par les adeptes du mouvement chrétien évangélique. Le Conseil des Canadiens avec déficiences ajoute qu’il pourrait y avoir discrimination à l’endroit des personnes qui utilisent des supports audio dans la poursuite de certaines activités.

## 1. Freedom of Religion

The essence of freedom of religion is the right to entertain, to exercise and to declare religious beliefs without fear of reprisal, and the right to manifest these religious beliefs by practice or by teaching and dissemination. In *Edward Books*,<sup>23</sup> the Supreme Court struck down the *Retail Business Holidays Act* of Ontario, because its effects imposed a financial burden on those retailers who observed a religious holiday on days other than Sunday. This was found to infringe on freedom of religion. However, the Court makes it clear that not all financial burdens infringe on religious freedom:

“Section 2(a) does not require the legislature to eliminate every minuscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the *Charter* would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a *modest sales tax extending to all products*, including those used in the course of religious worship... The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct *might reasonably or actually be threatened*. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited *if the burden is trivial or insubstantial*.”<sup>24</sup> [Emphasis added]

Part VIII of the *Act* clearly meets the proviso outlined in *Edward Books* and therefore does not offend paragraph 2(a) of the *Charter*. The measure extends to all audio recording media. The impact of the levy on religious organizations is likely to be insubstantial: a 30 per cent levy would

## 1. Liberté de religion

La liberté de religion correspond essentiellement au droit d'avoir, d'exercer et de professer des croyances religieuses sans crainte de représailles ainsi qu'au droit de manifester ces croyances par le culte, l'enseignement et la propagation. Dans l'arrêt *Edward Books*,<sup>23</sup> la Cour suprême a invalidé la loi ontarienne intitulée *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, parce qu'elle avait pour effet d'imposer une charge financière aux détaillants qui observaient une fête religieuse pendant des journées autres que le dimanche, ce qui allait à l'encontre de la liberté de religion. Toutefois, la Cour précise que ce ne sont pas toutes les charges financières qui portent atteinte à la liberté de religion :

«L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la *Charte* offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une *taxe de vente modeste sur tous les produits*, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. ... La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux *pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés*. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite *si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant*.»<sup>24</sup> [non souligné à l'original]

La partie VIII de la *Loi* respecte indubitablement la condition énoncée dans l'arrêt *Edward Books* et ne va donc pas à l'encontre de l'alinéa 2a) de la *Charte*. La mesure s'applique à tous les supports audio. Les répercussions de la redevance sur les organisations religieuses seront probablement peu

increase the operating costs of the Evangelical Fellowship of Canada by less than half of one per cent,<sup>25</sup> and those of the First Evangelical Lutheran Church of Calgary by less than two one-hundredths of one per cent.<sup>26</sup> Finally, as some of the media that will not be subject to the levy may be eminently suited to the purposes of religious organizations, the measure cannot be said to threaten religious activities in any way.

The Board also agrees with CPCC that any attempt to further analyse the impact of the levy on freedom of religion is premature if only because it is not known at this time what proportion of the levy will in fact be passed on to consumers.

## 2. Discrimination

A discrimination prohibited by subsection 15(1) of the *Charter* occurs if a law creates a distinction which "... has the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages available to other members of society."<sup>27</sup> Such a discrimination is established by demonstrating that there is (a) a legislative distinction, (b) which results in a denial of one of the four equality rights on the basis of the rights claimant's membership in an identifiable group, and (c) that is "discriminatory" within the meaning of section 15.<sup>28</sup> A distinction is discriminatory within the meaning of section 15 where it is capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration.<sup>29</sup>

importantes : une redevance de 30 pour cent aurait pour effet d'augmenter les frais d'exploitation de la *Evangelical Fellowship of Canada* de moins d'un demi pour cent<sup>25</sup> et ceux de la *First Evangelical Lutheran Church* de Calgary de moins de deux centièmes pour cent.<sup>26</sup> Enfin, comme certains des supports qui ne seront pas assujettis à la redevance pourraient fort bien convenir aux fins des organisations religieuses, la mesure ne constitue d'aucune façon une menace pour les activités religieuses.

La Commission convient également avec la SCPCP que toute tentative visant à analyser de façon plus détaillée les répercussions de la redevance sur la liberté de religion est prématurée, ne serait-ce que parce que la proportion de la redevance qui sera effectivement reflétée aux consommateurs est inconnue pour l'instant.

## 2. Discrimination

Une discrimination interdite par le paragraphe 15(1) de la *Charte* survient lorsqu'une loi crée une distinction «qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.»<sup>27</sup> Cette discrimination est établie par la preuve que a) la loi crée une distinction, b) cette distinction entraîne une négation de l'un des quatre droits à l'égalité, fondée sur l'appartenance de la personne qui invoque le droit à un groupe identifiable; c) cette distinction est «discriminatoire» au sens de l'article 15.<sup>28</sup> Une distinction est discriminatoire au sens de l'article 15 si elle est susceptible de favoriser ou de perpétuer l'opinion que les individus lésés par cette distinction sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.<sup>29</sup>

Part VIII does not create a distinction amongst any identifiable group in the Canadian population. It does not create a distinction by adverse effect on any of the groups whose exercise of their religion involves an economic cost. It does not on its face impose any burden on one group that it does not impose on others, nor does it limit anyone's opportunities. To the extent that importers and manufacturers choose to pass on the cost of the levy to consumers, everyone who uses blank audio recording media will pay the levy.

Finally, Part VIII is not likely to threaten anyone's full membership in Canadian society. Indeed, the legislation attempts to soften the impact of the regime on those whose ability to achieve a sense of self-worth may remotely be affected. Paragraph 86(1) of the *Act* exempts from the levy societies, associations or corporations that represent persons with a perceptual disability. Section 2 of the *Act* labels as "perceptual disability" any disability that affects a person's ability to read or hear works in their original format, including sight or hearing impairment, the inability to focus or move one's eyes, the inability to hold or manipulate a book, or any impairment relating to comprehension. It would appear that through those associations, anyone whose ability to achieve personal fulfilment depends on the use of audio recording media is sheltered from the economic impact of the levy, however insignificant that may be.

Since the Board finds no *Charter* infringement, it is unnecessary to analyze Part VIII under section 1 of the *Charter*.

La partie VIII n'établit pas de distinction entre des groupes identifiables de la population canadienne. Elle ne crée aucune distinction donnant lieu à des conséquences défavorables pour l'un ou l'autre des groupes dont l'exercice du culte comporte un coût économique. Elle n'impose à aucun groupe, à sa face même, une charge qu'elle n'impose pas à d'autres ni ne restreint les possibilités de qui que ce soit. Dans la mesure où les importateurs et les fabricants décident de refiler le coût de la redevance aux consommateurs, quiconque utilise un support audio vierge paiera cette redevance.

Enfin, la partie VIII n'est pas susceptible de menacer la participation pleine et entière de qui que ce soit dans la société canadienne. À vrai dire, le législateur a tenté d'atténuer les répercussions du régime pour les personnes dont la capacité d'acquiescer le sentiment de leur valeur personnelle pourrait être affectée, ne serait-ce que de façon éloignée. Le paragraphe 86(1) de la *Loi* exonère de la redevance les sociétés, associations ou personnes morales représentant les personnes ayant une déficience perceptuelle. À l'article 2 de la *Loi*, l'expression «déficience perceptuelle» est définie comme une déficience qui empêche la lecture ou l'écoute d'une œuvre sur le support original ou qui la rend difficile, notamment en raison de la privation, en tout ou en grande partie, du sens de l'ouïe ou de la vue ou de l'incapacité d'orienter le regard, de l'incapacité de tenir ou de manipuler un livre ou d'une insuffisance relative à la compréhension. Il semblerait donc que, par le truchement de ces associations, toute personne dont la capacité de réalisation personnelle dépend de l'utilisation de supports audio soit à l'abri des conséquences économiques de la redevance, si mineures soient-elles.

Étant donné que la Commission conclut à l'absence de violation de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'analyser la partie VIII à la lumière de l'article premier de celle-ci.

### III. STATUTORY INTERPRETATION AND ISSUES OF MIXED FACT AND LAW

#### A. The Validity of CPCC's Claim to All of the Eligible Repertoire

Objectors argue that CPCC cannot claim royalties for all the eligible repertoire for at least two reasons. First, some or all of the entities that filed proposed tariffs did not qualify. Second, those that did can only claim royalties for the repertoire they actually administer. CPCC counters that even a collective that does not yet administer some rights holders' private copying rights can validly file a tariff, as long as it has secured the appropriate corporate authority to do so.

The evidence filed on these subjects concerning the nature of the relationships between the various collectives and their members as regards private copying was at best fragmentary. Nevertheless, it demonstrates that as of March 31, 1998 (the date by which proposed tariffs were to be filed), AVLA Audio-Video Licensing Agency Inc. (AVLA), the *Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec* (SOPROQ), the *Société de gestion collective de l'Union des artistes* (ArtistI), SOGEDAM and SODRAC had executed written instruments which expressly referred to the administration of private copying rights with at least some of their members. SOCAN, ACTRA Performers' Rights Society (APRS), the American Federation of Musicians (AFM) and CMRRA had not, but their internal corporate rules had been amended to allow them to administer those rights. Those changes had been made by bodies (e.g., a board of directors) on which some rights holders sat. The Board also believes it is reasonable to infer that each organization recruited new members after these changes intervened and before March 31, 1998. By that same date,

### III. INTERPRÉTATION LÉGISLATIVE ET QUESTIONS MIXTES DE DROIT ET DE FAIT

#### A. La capacité de la SCPCP de revendiquer une redevance à l'égard de tout le répertoire admissible

Les opposants soutiennent que la SCPCP ne peut réclamer de redevances à l'égard de tout le répertoire admissible pour au moins deux raisons. D'abord, une partie, sinon la totalité des entités qui ont déposé un projet de tarif n'étaient pas admissibles. Ensuite, celles qui l'étaient ne peuvent réclamer de redevances qu'à l'égard du répertoire qu'elles administrent effectivement. La SCPCP répond que même une société de gestion qui ne gère pas encore les droits de copie privée de certains titulaires peut valablement déposer un tarif, pourvu qu'elle y ait été autorisée par ses règlements internes.

La preuve présentée au sujet de la nature des liens entre les différentes sociétés de gestion et leurs membres en ce qui a trait à la copie privée était, au mieux, fragmentaire. Néanmoins, elle indique qu'au 31 mars 1998 (date limite fixée pour le dépôt des projets de tarif), l'*AVLA Audio-Video Licensing Agency Inc.* (AVLA), la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ), la Société de gestion collective de l'Union des artistes (ArtistI), la SOGEDAM et la SODRAC avaient signé avec au moins quelques-uns de leurs membres des contrats renvoyant expressément à l'administration de droits de copie privée. La SOCAN, l'*ACTRA Performer's Rights Society* (APRS), l'*American Federation of Musicians* (AFM) et la CMRRA ne l'avaient pas fait, mais elles avaient modifié leurs règlements internes afin de pouvoir administrer ces droits. Ces changements avaient été apportés par des organes (p. ex., conseil d'administration) dont faisaient partie certains titulaires de droits. La Commission croit également qu'on peut raisonnablement présumer que chaque organisation a recruté de nouveaux membres après



NRCC's member collectives had empowered it to act as a collective of collectives. CPCC's creation occurred several months later, and the collectives that had filed proposed tariffs authorized CPCC to act on their behalf. Finally, no one claiming to represent rights holders took issue with the claims made by CPCC or its member collectives.

What was sometimes referred to as the "chain of title" issue raises two questions. First, is the Board properly seized of the private copying matter? Second, to what extent is the eligible repertoire entitled to remuneration?

1. Is the Board properly seized of the private copying matter?

The answer to this question depends on whether CMRRA, NRCC, SOGEDAM, SODRAC and SOCAN, who filed proposed tariffs on March 31, 1998, were private copying collectives at that time.

A collective that does not administer at least some private copying rights cannot validly file a proposed tariff pursuant to subsection 83(1) of the *Act*. This remains true even though the wording of that provision does not expressly state that filing collectives must be private copying collectives. It states that the societies must have been "authorized to act for that purpose", adding that the authorization must take the form of an assignment, grant of licence, appointment as one's agent or other form of authorization.

In interpreting this provision, it is clear that the "purpose" referred to must be the administration of private copying rights. Since such a purpose must be something that can be achieved through "assignment, grant of licence, appointment as one's agent or otherwise", it cannot be a reference to the authority to file proposed tariffs as such. No licence or agency agreement is required to

ces changements et avant le 31 mars 1998. À cette même date, les sociétés membres de la SCGDV l'avaient autorisée à agir en leur nom. La création de la SCPCP est survenue quelques mois plus tard et les sociétés de gestion qui avaient déposé des projets de tarif l'ont autorisée à agir pour leur compte. Enfin, personne prétendant représenter des titulaires ne s'est opposé aux revendications formulées par la SCPCP ou ses sociétés membres.

La «chaîne de titres», ainsi qu'on l'a parfois appelée, soulève deux questions. D'abord, la Commission est-elle dûment saisie de la question de la copie privée? En deuxième lieu, dans quelle mesure le répertoire admissible peut-il donner lieu à rémunération?

1. La Commission est-elle dûment saisie de la question de la copie privée?

Pour répondre à cette question, il faut savoir si la CMRRA, la SCGDV, la SOGEDAM, la SODRAC et la SOCAN, qui ont déposé des projets de tarif le 31 mars 1998, étaient alors des sociétés de gestion du droit à rémunération pour la copie privée.

Une société de gestion qui n'administre pas le droit à rémunération pour la copie privée d'au moins certains titulaires ne peut déposer valablement un projet de tarif en application du paragraphe 83(1) de la *Loi*, et ce, même si ce paragraphe n'indique pas expressément que les sociétés déposant ces projets doivent gérer ce droit à rémunération. Cette disposition énonce que les sociétés de gestion doivent avoir été «habilitées à cette fin» et ajoute que l'autorisation peut prendre la forme, notamment, d'une cession, d'une licence ou d'un mandat.

En lisant cette disposition, on conclut rapidement que la «fin» mentionnée est la gestion du droit à rémunération pour la copie privée. Cette fin doit être un objet autorisé par voie de «cession, licence, mandat ou autrement»; il ne peut donc s'agir simplement du pouvoir de déposer des projets de tarif. Pour ce faire, point n'est besoin de licence ou de mandat. En revanche, les

authorize the filing of a tariff. By contrast, assignments, licences and agency agreements are how the administration of copyright is usually secured. Furthermore, the transaction must relate to private copying rights. A collective that has secured the administration of performing rights cannot use this mandate to claim the power to act as a private copying collective.

In addition, the necessary authorizations from right holders must be secured by the time set in the *Act* for filing proposed tariffs (in this case, March 31, 1998). The only way rights holders can be remunerated for private copying is through the collection of levies by the collecting body under the authority of a certified tariff.<sup>30</sup> The Board cannot certify a tariff for a given year if no proposed tariff is filed by March 31 of the previous year; absent such a filing, it is not seized of the matter. Consequently, lack of filing results in the loss of the right to remuneration. Viewed another way, manufacturers and importers are entitled to sell audio recording media without having to pay anything if no proposed tariff is filed on time. To allow rights holders to retroactively alter the state of the matter to the prejudice of importers and manufacturers would be contrary to the scheme of the *Act*. Common law rules cannot be invoked to achieve a result contrary to that scheme, and ratification cannot retroactively change the natural consequences of the statutory regime set out in the *Act*. Consequently, unless a collective acts as a private copying collective (that is, for the benefit of rights owners who have already authorized it to act on their behalf) when it files the proposed tariff of royalties, the filing is invalid.

However, the authorization can be secured by any implicit or explicit means available at common law. For example, rules governing implicit contract agency or agency by ratification may very well work in a putative collective's favour

cessions, les licences et les mandats constituent la façon habituelle d'obtenir l'administration des droits d'auteur. De plus, la transaction doit porter sur la copie privée. Une société de gestion qui administre des droits d'exécution ne peut se servir de ce mandat pour revendiquer le pouvoir d'agir à titre de société de gestion du droit à rémunération pour la copie privée.

De plus, l'autorisation nécessaire des titulaires de droits doit avoir été obtenue au plus tard à la date fixée dans la *Loi* pour le dépôt des projets de tarif (en l'occurrence, le 31 mars 1998). La seule façon dont les titulaires de droits peuvent être rémunérés à l'égard de la copie privée réside dans la perception de redevances par l'organisme de perception en vertu d'un tarif homologué.<sup>30</sup> La Commission ne peut homologuer un tarif à l'égard d'une année donnée si aucun projet n'est déposé au plus tard le 31 mars de l'année précédente; sans ce dépôt, elle n'est pas saisie de la question. Par conséquent, l'absence de dépôt se traduit par la perte du droit à rémunération. En d'autres termes, les fabricants et importateurs ont le droit de vendre des supports audio sans payer quoi que ce soit si aucun projet de tarif n'est déposé dans les délais prévus. Permettre aux titulaires de droits de modifier rétroactivement la situation au détriment des importateurs et fabricants irait à l'encontre de l'objet du régime établi par la *Loi*. Il ne saurait être question d'invoquer des règles de droit privé pour atteindre un résultat allant à l'encontre de ce régime. Qui plus est, la ratification ne peut en modifier de façon rétroactive les conséquences naturelles. Par conséquent, à moins qu'une société de gestion n'agisse en qualité de société de gestion du droit à rémunération (et donc pour le compte de titulaires qui l'ont déjà autorisée à agir en leur nom) lorsqu'elle dépose un projet de tarif, le dépôt n'est pas valable.

Cependant, l'autorisation peut être obtenue au moyen de toute méthode implicite ou explicite reconnue par les règles de droit privé. Par exemple, les règles régissant le mandat implicite ou le mandat par ratification peuvent très bien

where some rights holders were instrumental in getting the entity to file the tariff or to acquire the necessary corporate authority to administer rights. Thus, CMRRA's directors, who are also music publishers and therefore rights holders under Part VIII, granted CMRRA an implicit mandate to administer their private copying rights when they voted in favour of the collective becoming a private copying collective.

Based on these principles, all entities that filed proposed tariffs were authorized to do so pursuant to subsection 83(1) of the *Act*. AFM, CMRRA, APRS and SOCAN had received implicit mandates to act on behalf of rights holders who sit on their board of directors. SOGEDAM and SODRAC had clearly secured proper authorizations from at least some of their members, as had AVLA, SOPROQ and ArtistI for the benefit of NRCC. Moreover, as stated earlier, each member recruited after changes were made to the collectives' adhesion contracts and before March 31, 1998 formally authorized them to administer their private copying rights. In any event, proposed tariffs were properly filed by SODRAC with respect to eligible authors, by SOGEDAM and NRCC with respect to eligible performers, and by NRCC with respect to eligible makers. All colleges of rights holders are therefore properly before the Board.

## 2. The share of the eligible repertoire entitled to remuneration

In the Board's view, certified tariffs must account for all eligible subject matters of a type for which proposed tariffs were validly filed.

s'appliquer en faveur d'une société de gestion putative lorsque certains titulaires ont participé au processus lui permettant de déposer le tarif ou d'administrer le droit à rémunération. Ainsi, les administrateurs de la CMRRA, qui sont également des éditeurs de musique et, de ce fait, titulaires de droits au titre de la partie VIII, ont accordé à l'agence un mandat implicite l'autorisant à administrer les droits que leur accorde cette partie lorsqu'ils ont voté de façon à lui permettre de gérer ce droit à rémunération.

Compte tenu de ces principes, toutes les entités qui ont déposé des projets de tarif étaient autorisées à le faire au titre du paragraphe 83(1) de la *Loi*. L'AFM, la CMRRA, l'APRS et la SOCAN avaient obtenu un mandat implicite les autorisant à agir au nom des titulaires de droits siégeant à leur conseil d'administration. La SOGEDAM et la SODRAC avaient indubitablement obtenu les autorisations nécessaires d'au moins quelques-uns de leurs membres, tout comme l'avaient fait l'AVLA, la SOPROQ et ArtistI pour la SCGDV. De plus, comme nous l'avons dit précédemment, chacun des membres recrutés après les changements apportés aux contrats d'adhésion des sociétés de gestion et avant le 31 mars 1998 les a formellement autorisées à agir pour son compte pour les fins du régime. En tout état de cause, la SODRAC a dûment déposé un projet de tarif à l'égard des auteurs admissibles, la SOGEDAM et la SCGDV ont fait de même dans le cas des artistes-interprètes admissibles, ainsi que cette dernière en ce qui concerne les producteurs admissibles. La Commission est donc saisie à l'égard de toutes les catégories de titulaires.

## 2. La part du répertoire admissible pouvant donner lieu à rémunération

De l'avis de la Commission, les tarifs homologués doivent tenir compte de tous les objets admissibles à l'égard desquels des projets ont été valablement déposés.

The repertoire cannot be limited to the filing collectives' repertoire at the time of filing, or at any other particular date during or after the certification process. This would run against the essentially prospective nature of the tariff and render subsection 83(11) of the *Act* (the orphans' provision) meaningless.<sup>31</sup> The only interpretation consistent with that provision is that the eligible repertoire includes all works, performer's performances or sound recordings of a kind for which a proposed tariff was filed.

As already stated, proposed tariffs were properly filed for all three eligible colleges. Moreover, the Board is satisfied that at the time of filing proposed tariffs, SODRAC, SOGEDAM and NRCC had secured a sufficient number of authorizations from rights owners to administer private copying rights in each and every possible type of works, performers' performances and sound recordings comprising the eligible repertoire. This is only reinforced by the Board's conclusion that all proposed tariffs were properly filed.

Subsection 83(1) of the *Act* provides that a tariff is filed "for the benefit of" a collective's rights owners. That proviso must not be read as limiting the ambit of the tariff a collective can file. First, the French version is less restrictive; it only requires that a collective, act "*au nom*" of its rights owners. Second, to limit the repertoire before the Board to that of the members of the eligible societies either would again render subsection 83(11) of the *Act* meaningless or would require rights holders to bear the burden of compensating orphans out of their own share of the remuneration. Third, the proviso should not be interpreted in a way that impinges on the prospective nature of the regime. Fourth, subsection 83(8), combined with the requirement to designate a single collecting body, clearly contemplates a single tariff structure; to require that collectives file proposed tariffs dealing only with their own repertoire would run against the

Le répertoire ne peut se limiter au répertoire existant à la date du dépôt ou à une autre date particulière pendant ou après le processus d'homologation. Cette restriction irait à l'encontre de la nature prospective du tarif et enlèverait tout son sens au paragraphe 83(11) de la *Loi*, qui traite des titulaires orphelins.<sup>31</sup> La seule interprétation compatible avec cette disposition est celle reconnaissant que le répertoire admissible comprend tous les types d'œuvres musicales, de prestations ou d'enregistrements sonores à l'égard desquels un projet de tarif a été déposé.

Comme nous l'avons vu, des projets de tarif ont été déposés en bonne et due forme à l'égard des trois catégories de titulaires. De plus, la Commission est d'avis qu'à la date du dépôt des projets de tarif, la SODRAC, la SOGEDAM et la SCGDV avaient obtenu un nombre suffisant d'autorisations pour représenter chaque type possible d'œuvres, de prestations et d'enregistrements sonores faisant partie du répertoire admissible. La conclusion de la Commission selon laquelle tous les projets de tarif ont été déposés valablement ne fait que renforcer cette opinion.

Le paragraphe 83(1) de la *Loi* énonce, dans sa version anglaise, qu'une société dépose un tarif «*for the benefit*» de ses titulaires. Cet élément de la disposition ne doit pas être interprété de façon à restreindre la portée du tarif qu'une société de gestion peut déposer. Premièrement, la version française est moins restrictive : elle exige uniquement que la société agisse «au nom» des titulaires. Deuxièmement, restreindre le répertoire dont la Commission est saisie à celui des membres des sociétés admissibles enlèverait au paragraphe 83(11) tout son sens ou forcerait les titulaires à rémunérer les titulaires orphelins à même leur propre part de la redevance. Troisièmement, cette expression ne devrait pas être interprétée de façon à restreindre la nature prospective du régime. Quatrièmement, le paragraphe 83(8), conjugué à l'obligation de désigner un seul organisme de perception, indique clairement qu'une structure tarifaire intégrée est envisagée; obliger les sociétés

scheme of the *Act*. Consequently, a collective that files a proposed tariff, while doing so for the benefit of its rights holders, may take all of the eligible repertoire into account, including the part belonging to members of other collectives, non-members and unknown persons.

### **B. The Importance of the Eligible Repertoire in Private Copying**

CPCC relies on a report based upon a radio airplay survey prepared by its experts Paul Audley and Stephen Stohn (Stohn/Audley)<sup>32</sup> to ask that the eligible repertoire be set at 100 per cent for authors, 37 per cent for performers and 31 per cent for makers. At the request of the Board, CPCC subsequently offered an analysis of record sales which set the percentages at 30 per cent for performers and 25 per cent for makers. In both cases, CPCC takes into account foreign performers and makers who it argues are potentially eligible. CPCC asks that the Board rely on both surveys to determine the share of eligible repertoire, suggesting that radio airplay receive three times the weight of sales.

CSMA argues that the radio survey results are biased in favour of eligible rights holders because of Canadian content rules imposed by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) on radio broadcasters. It asks that the Board rely only on the record sales study, adding that even those estimates are overstated. It requests that no account be taken of foreign performers and makers.

à déposer des projets portant uniquement sur leur propre répertoire irait à l'encontre du régime établi par la *Loi*. Par conséquent, même si une société agit au nom de ses titulaires de droits lorsqu'elle dépose un projet de tarif, elle peut tenir compte de l'ensemble du répertoire admissible, y compris la partie appartenant aux membres d'autres sociétés de gestion, à ceux qui ne sont pas membres et à des personnes inconnues.

### **B. L'importance du répertoire admissible servant à la copie privée**

La SCPCP se fonde sur une étude de temps d'antenne préparée par ses experts Paul Audley et Stephen Stohn (Stohn/Audley)<sup>32</sup> pour demander que le répertoire admissible soit fixé à 100 pour cent pour les auteurs, à 37 pour cent pour les artistes-interprètes et à 31 pour cent pour les producteurs. À la demande de la Commission, la SCPCP a subséquemment déposé une analyse des ventes d'enregistrements fixant les pourcentages à 30 pour cent dans le cas des artistes-interprètes et à 25 pour cent dans le cas des producteurs. Dans un cas comme dans l'autre, la SCPCP tient compte des producteurs et artistes-interprètes étrangers qui, à son avis, pourraient être admissibles. La SCPCP demande à la Commission de tenir compte des deux recherches pour fixer la part du répertoire admissible, faisant valoir qu'il y a lieu de tenir compte trois fois plus du temps d'antenne que des ventes.

La CSMA soutient que l'enquête de temps d'antenne favorise indûment les titulaires admissibles en raison des règles que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) impose aux radiodiffuseurs en matière de contenu canadien. Elle demande à la Commission de tenir compte uniquement de l'analyse des ventes d'enregistrements, ajoutant que même ces estimations sont exagérées. Elle demande également à la Commission de ne pas tenir compte des producteurs et artistes-interprètes étrangers.

The two studies do not give a perfect indication of the performers' and makers' repertoire used for private copying, but contain sufficient information to enable the Board to reach a conclusion. The Board hopes that more complete sales data will be made available when future tariffs are filed. For the purposes of the present tariff, and for the reasons given by CSMA, the Board agrees that the radio airplay survey probably overstates eligibility rates for performers and makers. For one thing, their share of air time is much higher than their share of sales, and nothing indicates that the former is a better predictor of private copying than the latter. On the other hand, the sales study probably understates the amount of private copying attributable to Canadian recordings by focussing only on the top 250 selling albums in Canada and by not fully taking into account French language sales in Quebec. For these reasons, the Board uses a simple average of the results obtained from the two surveys.

No account is taken of foreign performers and makers. Section 79 of the *Act* is clear: only Canadian performers and makers are entitled to share in the levy until the Minister issues a statement pursuant to section 85 of the *Act*. Should such a statement take effect before this tariff expires, CPCC will be free to ask that the tariff be varied pursuant to section 66.52 of the *Act*.

Based on these considerations, the Board concludes that 28 per cent of private copies are made using the repertoire of eligible performers, while 23 per cent use the repertoire of eligible makers.

Some account has to be taken of the musical works that are no longer protected by copyright. CSMA argues it is five per cent; CPCC argues it is three. Based on the little information it was

Les deux études ne donnent pas une indication parfaite du répertoire utilisé pour la copie privée, mais elles comportent suffisamment de renseignements pour permettre à la Commission de trancher. La Commission espère que des données plus étoffées seront disponibles à l'avenir. Aux fins du présent tarif et pour les motifs invoqués par la CSMA, elle convient que l'étude de temps d'antenne donne probablement lieu à une surestimation des taux d'admissibilité dans le cas des artistes-interprètes et des producteurs. Leur part du temps d'antenne est nettement supérieure à leur part des ventes et aucune donnée ne permet de dire que la première est un indicateur plus précis de l'ampleur de la copie privée que la deuxième. En revanche, l'analyse des ventes sous-estime probablement la proportion de copie privée imputable aux enregistrements canadiens, parce qu'elle porte uniquement sur les 250 albums les plus vendus au Canada et ne tient pas entièrement compte des ventes d'enregistrements en français au Québec. C'est pourquoi la Commission utilise une moyenne simple des résultats obtenus des deux études.

Il n'y a pas lieu de tenir compte des artistes-interprètes et producteurs étrangers. L'article 79 de la *Loi* est clair : seuls les producteurs et artistes-interprètes canadiens ont droit à une part de la redevance jusqu'à ce que le ministre publie une déclaration conformément à l'article 85 de la *Loi*. La SCPCP pourra toujours se prévaloir de l'article 66.52 de la *Loi* et demander que le tarif soit modifié si une telle déclaration devait entrer en vigueur avant la fin de l'an prochain.

Compte tenu de ces facteurs, la Commission en arrive à la conclusion que 28 pour cent de la copie privée est faite à partir du répertoire des artistes-interprètes admissibles, tandis que 23 pour cent est faite à partir du répertoire des producteurs admissibles.

Par ailleurs, il faut tenir compte des œuvres musicales faisant partie du domaine public. La CSMA établirait cette proportion à 5 pour cent, et la SCPCP à 3 pour cent. Se fondant sur les

provided, the Board concludes that 96 per cent of private copies are made using the repertoire of eligible authors.

On a related issue, ICRMC argues that the “maker” of a sound recording is not the record company but the person (sometimes called the “artistic producer”) who directs the artistic and creative work leading to the production of the sound recording. The Board does not accept this interpretation. According to section 2 of the *Act*, the maker of a sound recording is the person who undertakes the arrangements necessary for the first fixation of the sounds. Section 2.11 adds that these include arrangements for entering into contracts with performers, financial arrangements and technical arrangements required for the first fixation of the sounds for a sound recording. The mention of contractual and financial arrangements is clearly meant to refer to those who take on the financial risk of producing records, not to the person who shapes the sounds of the record and provides artistic advice to the performers.

### **C. The Meaning of “Ordinarily Used by Individual Consumers”**

Section 79 of the *Act* defines “audio recording medium” as “a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose ...”. No one questions whether it is possible to reproduce sound recordings onto the media targeted by CPCC, or the concept of an individual consumer. The meaning of the phrase “ordinarily used”, however, is at issue.

CPCC submits that if a medium is regularly, commonly or normally used by individuals for private copying, then it qualifies, adding that there can be more than one common use for a type of medium. CSMA argues that the levy should apply only to the media that are most often used for private copying, and would exclude media

maigres données dont elle dispose, la Commission estime que 96 pour cent de la copie privée est faite à partir du répertoire des auteurs admissibles.

L’ICRMC fait valoir par ailleurs que le «producteur» d’un enregistrement sonore n’est pas la maison de disque, mais la personne (parfois appelée «producteur artistique»), qui dirige l’effort artistique et créateur menant à la production de l’enregistrement. La Commission n’est pas d’accord. Suivant l’article 2 de la *Loi*, le producteur d’un enregistrement sonore est la personne qui effectue les opérations nécessaires à la première fixation de sons. L’article 2.11 ajoute que ces opérations comprennent celles qui sont liées à la conclusion des contrats avec les artistes-interprètes, au financement et aux services techniques nécessaires à la première fixation de sons. La mention des ententes contractuelles et financières vise nécessairement la personne qui accepte le risque financier lié à la production de disques et non celle qui façonne les sons du disque et donne des conseils artistiques aux artistes-interprètes.

### **C. Qu’entend-on par «habituellement utilisé par les consommateurs»**

À l’article 79 de la *Loi*, le «support audio» est défini comme «tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores...». Personne ne s’interroge sur la possibilité de reproduire les enregistrements sonores sur les supports visés par la SCPCP ou sur la notion de consommateur. Par contre, les mots «habituellement utilisé» suscitent un débat.

Est admissible, selon la SCPCP, le support que les particuliers utilisent régulièrement, couramment ou normalement pour la copie privée; elle ajoute qu’un type de support peut se prêter à plus d’un usage courant. Pour sa part, la CSMA soutient que la redevance devrait s’appliquer uniquement aux supports qui sont le

(e.g., MiniDiscs) whose share of the market is marginal, even if most or all are used to make private copies.

Although the word “ordinary” is broad, context sensitive and “very fluid”,<sup>33</sup> dictionaries and case law greatly help in understanding its meaning. “Ordinary” is used to describe anything from that which is regular, normal or average, to what is merely recurring or consistent.<sup>34</sup> Therefore, the ordinary character of an occurrence is not necessarily a function of quantity, but rather a matter of consistency. One can ordinarily spend Christmas with one’s family even though this only occurs once a year: the regularity of a person’s visit with kin makes it “ordinary”.

Court decisions also tend to emphasize consistency rather than frequency.<sup>35</sup> An ordinary activity need not be a person’s main activity, as long as it is one which is not rare or abnormal or minimal, that is, not trivial or insignificant.<sup>36</sup> The use of a secondary residence by a family needs to be consistent, not frequent, in order for it to be ordinary.<sup>37</sup>

Modern statutory interpretation generally gives to an expression the meaning that a reasonable individual would ascribe to it, taking into account the context, linguistic conventions and what we know of the world, including the purpose of the legislation where the expression is found and the policy considerations motivating its use.<sup>38</sup> So the purpose of the regime is of primary importance in interpreting as fluid a notion as “ordinary”.<sup>39</sup> One of the purposes of the regime is to legalize private copying. Another is to adequately compensate eligible authors, performers and producers of musical works. This will not happen if the definition of “blank audio recording medium” is

plus souvent utilisés pour la copie privée, ce qui exclurait les supports (comme les minidisques) dont la part du marché est marginale, même si la plupart ou la totalité de ceux-ci sont utilisés à cette fin.

Bien que le mot «habituellement» ait un sens large, variable selon le contexte et «très fluide»,<sup>33</sup> les dictionnaires et la jurisprudence nous aident beaucoup à en comprendre la signification. Ce mot est utilisé pour décrire tout ce qui est régulier, normal ou ordinaire ou encore simplement tout ce qui se répète ou est habituel.<sup>34</sup> Par conséquent, ce qui confère à un événement ou à une situation son caractère habituel n’est pas nécessairement la quantité, mais plutôt la régularité. Une personne peut passer habituellement la fête de Noël avec sa famille, même si cela se produit une fois par année seulement : la régularité avec laquelle la personne rend visite à ses proches fait de cette visite un événement «habituel».

Les tribunaux ont eux aussi tendance à mettre l’accent sur la régularité plutôt que sur la fréquence.<sup>35</sup> Il n’est pas nécessaire qu’une activité habituelle soit la principale activité d’une personne, pourvu qu’elle ne soit pas rare, anormale ou minime et qu’elle ne soit pas non plus sans importance ou sans signification.<sup>36</sup> Pour être habituelle, l’utilisation d’une résidence secondaire par une famille ne doit pas nécessairement être fréquente, mais plutôt régulière.<sup>37</sup>

De nos jours, on donne généralement à l’expression qui se trouve dans un texte législatif le sens que lui reconnaîtrait une personne raisonnable, compte tenu du contexte, des conventions linguistiques et des connaissances que nous avons du monde, notamment de l’objet du texte législatif où se trouve l’expression et des facteurs politiques qui en motivent l’utilisation.<sup>38</sup> Par conséquent, l’objet du régime a une importance primordiale pour l’interprétation d’une notion aussi fluide que celle que véhicule le mot «habituel». <sup>39</sup> Un des objets du régime consiste à légaliser la copie privée. Un autre est de compenser adéquatement les auteurs, les artistes-



interpreted restrictively. Too restrictive an interpretation will strip the regime of any meaning. A broad interpretation of the definition helps to level the playing field for importers and manufacturers by ensuring that only those media that clearly are not used to make private copies are not subject to the levy. Consequently, ordinary use, as that expression is found in the definition of “audio recording medium”, ought to be interpreted as including all non-negligible uses.

Therefore, a person who made two copies of sound recordings onto a type of medium in each of the last two years ordinarily uses that type of medium for private copying, even though that same person may well use many more such media for other purposes: a medium can have more than one ordinary use.

Furthermore, since the definition speaks of ordinary use *by individual consumers*, the analysis must focus on the person who uses the medium for her own enjoyment, to the exclusion of others. Thus, the fact that only five per cent of a given type of medium is sold to individual consumers does not mean that it does not qualify. In fact, all those media, including the 95 per cent sold to “non-consumers”, will be subject to the levy as long as a non-marginal number of consumers use them for private copying in a fashion that is not marginal.

By contrast, media essentially reserved for corporate or professional uses will not qualify even if a few individuals use the technology to make private copies of music. The “personal consumer use” must involve more than a few eccentrics.

interprètes et les producteurs d’enregistrements sonores. Cet objet ne sera pas atteint si la définition de «support audio vierge» est interprétée de façon restrictive. Une interprétation trop restrictive enlèvera toute signification au régime. Une interprétation large de la définition permet d’uniformiser les règles du jeu pour les importateurs et les fabricants en faisant en sorte que seuls les supports qui ne sont manifestement pas utilisés pour la copie privée ne soient pas assujettis à la redevance. Par conséquent, il convient d’interpréter l’utilisation habituelle visée par la définition de «support audio» comme une utilisation qui comprend tous les emplois non négligeables.

Il s’ensuit qu’une personne qui a fait deux copies d’enregistrements sonores sur un type de support au cours de chacune des deux dernières années utilise habituellement ce type de support pour la copie privée, même si elle peut tout aussi bien utiliser beaucoup d’autres supports du même type à d’autres fins : un support peut se prêter à plus d’une utilisation habituelle.

De plus, étant donné que la définition renvoie à l’utilisation habituelle *par les consommateurs*, l’analyse doit porter sur la personne qui utilise le support pour son propre plaisir, à l’exclusion des autres. Ainsi, le fait que 5 pour cent seulement des supports d’un type donné soient vendus aux consommateurs ne signifie pas que le support n’est pas admissible. En fait, tous les supports de ce type, y compris les 95 pour cent qui sont vendus à d’autres que des consommateurs, sont assujettis à la redevance, tant et aussi longtemps qu’un nombre non marginal de consommateurs s’en servent pour faire de la copie privée d’une manière qui n’est pas marginale.

En revanche, les supports réservés essentiellement à un usage commercial ou professionnel ne sont pas assujettis, même si quelques personnes utilisent la technologie pour faire de la copie privée. Une poignée d’excentriques ne constitue pas un groupe de consommateurs.

Based on these principles, the Board concludes that all audio cassettes with a playing time of 40 minutes or more qualify. The evidence suggests that C-45 cassettes are the shortest standard length that can conveniently be used to make private copies of music. Anything else is simply not convenient; total sales of these and shorter length cassettes are in fact minimal. However, the Board uses the 40 minute threshold to ensure that manufacturers do not adjust cassette length for the sole purpose of avoiding the tariff.<sup>40</sup>

The Board notes CPCC's opposition to such a determination. The CPCC fears that the market might try to evade the levy by manufacturing different cassette lengths, or by placing pre-recorded sounds on otherwise blank media. Nevertheless, for the reasons stated above, the Board considers that audio cassettes of a length of 40 minutes or less are not audio recording media ordinarily used by individual consumers to copy music.

No distinction will be made between Type I and other cassettes. Type I cassettes represent 72 per cent of the market. If, as the Board concludes later, close to two-thirds of all cassettes are used for private copying, then a large number of Type I cassettes must be used for that purpose. Furthermore, the testimony and demonstration of Mr. David Basskin, President of CMRRA, clearly showed that the quality of copies now made onto Type I cassettes is for all intents and purposes the same as for those made onto other types.

Neither will the Board distinguish between standard length and custom length cassettes or cassettes with other characteristics (e.g., record protect tabs removed) that may make them less suited to private copying. Too much specificity

Compte tenu de ces principes, la Commission conclut que toutes les cassettes audio d'une durée d'au moins 40 minutes sont assujetties au régime. La preuve montre que les cassettes C-45 sont les cassettes de la durée la plus courte pouvant commodément être utilisées pour la copie privée, toute autre durée ne convenant tout simplement pas à cette fin; les ventes totales de ces cassettes et des cassettes de plus courte durée ne représentent qu'un infime montant. Toutefois, la Commission retient le seuil des 40 minutes afin d'empêcher que les fabricants ne modifient la durée des cassettes dans le simple but d'éviter l'application du tarif.<sup>40</sup>

La Commission note l'opposition de la SCPCP à une telle détermination. La SCPCP craint que le marché ne tente de se soustraire à l'imposition de la redevance en fabriquant des cassettes de différentes durées, ou en plaçant des sons préenregistrés sur des supports par ailleurs vierges. De toute façon, pour les motifs susmentionnés, la Commission estime que les cassettes audio d'une durée de 40 minutes ou moins ne sont pas des supports audio dont se servent ordinairement les consommateurs pour copier des œuvres musicales.

Aucune distinction n'est établie entre les cassettes de type I, qui représentent 72 pour cent du marché, et les autres cassettes. Si, comme la Commission l'indique plus loin, près des deux tiers de toutes les cassettes servent à la copie privée, un grand nombre de cassettes de ce type doivent donc être employées à cette fin. De plus, il appert nettement du témoignage et de la démonstration de M. David Basskin, président de la CMRRA, que la qualité des copies faites maintenant sur les cassettes de type I est à peu près la même, à toutes fins utiles, que celle faites sur d'autres types de cassettes.

La Commission ne fait pas de distinction non plus entre les cassettes de durée normale et les cassettes de durée spéciale ou encore les cassettes présentant d'autres caractéristiques (p. ex., celles dont les dispositifs de protection contre l'enregistrement

may open the door to levy avoidance by marketing new lengths and types of cassettes to consumers.

MiniDisc, CD-R Audio and CD-RW Audio also qualify. Even though these media account for only one per cent of total sales, they are mostly, if not exclusively, targeted at consumers and sold for the purpose of copying music.

Finally CD-R and CD-RW qualify. The proportion of these media used for private copying is almost certainly between 5 and 15 per cent. Even the lower figure would mean that two million private copies were made onto these media in 1999. Such a number definitely meets the threshold of ordinariness as the Board interprets it.

Audio recording media that are clearly meant for purposes other than private copying are excluded. A case in point are microcassettes commonly used in dictating machines. Digital audio tapes are another, as for all practical purposes, they are used by professionals, not by individual consumers.

The definition of what is a blank audio recording medium is an open one. As markets evolve, new types may be identified if the Board is satisfied that consumers have found other ways to make private copies of their favourite music.

#### **IV. ANALYSIS OF THE ECONOMIC EVIDENCE**

Participants presented evidence about the nature and structure of the blank audio recording media industry, the economic impact of the levy

ont été enlevés) qui les rendent moins aptes à l'utilisation pour la copie privée. Une trop grande spécificité pourrait permettre l'évitement de la redevance par la mise en marché de nouveaux types de cassettes et de cassettes de durées différentes.

Le minidisque, le CD-R audio et le CD-RW audio sont également assujettis au régime. Même si ces supports ne représentent qu'un pour cent du total des ventes, ils visent principalement, sinon exclusivement les consommateurs, qui les achètent dans le but de copier de la musique.

Enfin, le CD-R et le CD-RW sont assujettis au régime. La proportion des supports de cette nature qui sont utilisés pour la copie privée oscille probablement entre 5 pour cent et 15 pour cent. Même s'il l'on s'en tient au pourcentage inférieur, cela signifierait que deux millions de copies privées ont été faites sur ces supports en 1999. Cette proportion respecte manifestement la norme du caractère habituel, selon l'interprétation qu'en donne la Commission.

Les supports audio manifestement destinés à être utilisés à une fin autre que la copie privée sont exclus. Tel est le cas des microcassettes couramment employées sur les dictaphones. Les bandes audionumériques représentent un autre exemple car, à toutes fins utiles, elles sont utilisées par des professionnels et non par des consommateurs.

La définition de l'expression «support audio vierge» est une définition ouverte. De nouveaux types de support pourront être identifiés au fur et à mesure que les marchés évolueront, si la Commission a la conviction que les consommateurs ont trouvé d'autres façons de faire des copies privées de leurs pièces musicales préférées.

#### **IV. ANALYSE DE LA PREUVE ÉCONOMIQUE**

Les participants ont abordé, dans leur preuve, la nature et la structure de l'industrie des supports audio vierges, les répercussions économiques de la

proposed by CPCC and the impact that an emerging grey market might have on the relevant market. The evidence put forward by CPCC consists of a study prepared by the accounting firm of Grant Thornton. CSMA was content to rely on a rebuttal prepared by Professor James Brander and the testimony of a number of manufacturers, importers, resellers, purchasers and users of audio recording media. Each issue is examined in turn.

As will become clear, while the economic framework presented by Grant Thornton provides a helpful analytical tool, the study does not provide a reliable estimate of the likely economic impact of the proposed levy on the demand for blank audio recording media or on the revenues and employment levels of Canadian manufacturers and importers. Having said this, given that CSMA provided no quantitative economic impact evidence of its own, and since the amount of the levy is substantially lower than what CPCC proposed, the Board can only conclude that the tariff as certified should not have a significant negative effect on the industry.

#### **A. The Blank Audio Recording Media Industry**

Extensive information on the Canadian blank audio recording media industry was provided during the course of these proceedings, addressing both current market characteristics and expected trends in the industry.

The specific forms of blank audio recording media covered in the proposed tariff includes audio cassettes, digital audio tapes (DATs), MiniDisc, CD-R, CD-RW, CD-R Audio and CD-RW Audio.<sup>41</sup> New forms of audio recording media are rapidly emerging. These include Digital Versatile Discs (DVDs), memory sticks, smart cards and flash memory in portable audio equipment (such as the Diamond Rio) used to store and playback MP3 audio files typically downloaded from the Internet.

redevance proposée par la SCPCP et les répercussions possibles, sur le marché concerné, de l'émergence d'un marché gris. La preuve présentée par la SCPCP est constituée d'une étude préparée par le cabinet d'experts-comptables Grant Thornton. La CSMA s'en est remise à une réplique préparée par le professeur James Brander et au témoignage d'un certain nombre de fabricants, importateurs, revendeurs, acheteurs et utilisateurs de supports audio. Les questions abordées sont examinées tour à tour ci-après.

Comme il apparaîtra plus loin, bien que le cadre économique présenté par Grant Thornton constitue un outil d'analyse utile, l'étude n'offre pas une estimation fiable des répercussions économiques probables de la redevance proposée sur la demande de supports audio vierges ou sur les niveaux de recettes et d'emploi des fabricants et importateurs canadiens. Cela dit, étant donné que la CSMA n'a elle-même soumise aucune preuve quantitative concernant l'impact économique, et puisque le montant de la redevance est sensiblement inférieur à ce qu'a proposé la SCPCP, la Commission se doit de conclure que le tarif homologué ne devrait pas avoir d'effet négatif important sur l'industrie.

#### **A. L'industrie des supports audio vierges**

Une abondante information sur l'industrie canadienne des supports audio vierges a été présentée au cours de ces audiences, aussi bien sur les caractéristiques actuelles du marché que sur les tendances futures de l'industrie.

Les formes particulières de supports audio visés par le projet de tarif comprennent les cassettes audio, les bandes audionumériques (DAT), les minidisques, les CD-R, les CD-RW, les CD-R audio et les CD-RW audio.<sup>41</sup> De nouvelles formes de supports audio émergent rapidement. Notons les disques numériques versatiles (DVD), les cartes mémoire, les cartes intelligentes et la mémoire flash d'appareils audio portatifs (comme le lecteur Rio de Diamond) utilisés pour stocker et lire des fichiers audio MP3 téléchargés en général à partir de l'Internet.

Current market trends for audio cassettes and digital media are fundamentally different. More than 80 per cent of Canadian households own a tape recorder, but demand for audio cassettes has been steadily shrinking. It declined by some 40 per cent between 1994 and 1998, and is expected to shrink by a further 12 per cent annually in 1999 and 2000. The majority of cassette sales will continue to consist of Type I tapes of 90 minutes in length.

By contrast, penetration for CD-R copying equipment (or "CD burners") is currently very low but should grow rapidly and with it, the demand for recordable CD media. According to witnesses for CSMA, that growth is currently driven by commercial users who use media to store data rather than copy music. However, the evidence and documents filed, including marketing materials and evidence of private copying practices in other countries, lead the Board to believe that the use of digital media for private copying is growing rapidly in Canada, and already represents a greater share of the market than most CSMA witnesses were prepared to acknowledge.

The share of other forms of digital recording media is much smaller, and probably will remain so. DAT recorders are almost exclusively used by professionals and DAT tape sales are not expected to grow significantly. MiniDisc technology has only attracted limited interest to date and CD Audio recorders have only recently become available in Canada. Sales volumes for the associated media are consequently negligible; percentage growth in their sales may be rapid, but volumes are likely to remain very small relative to the blank media industry as a whole.<sup>42</sup>

The Canadian marketplace is supplied by roughly 20 manufacturers and importers. Most media are imported rather than manufactured domestically.

Les tendances actuelles du marché sont diamétralement opposées pour les cassettes audio et les supports numériques. Plus de 80 pour cent des foyers canadiens possèdent un magnétophone, mais la demande de cassettes n'a cessé de fléchir. Elle a diminué d'environ 40 pour cent entre 1994 et 1998 et devrait se contracter encore de 12 pour cent par année en 1999 et 2000. Les cassettes de type I d'une durée de 90 minutes continueront de constituer la majorité des ventes.

En revanche, la pénétration des graveurs CD, bien qu'elle soit actuellement très faible, devrait croître rapidement, entraînant avec elle la demande de supports CD enregistrables. Selon des témoins de la CSMA, cette croissance est actuellement dominée par des utilisateurs commerciaux qui utilisent ce support pour stocker des données plutôt que pour copier de la musique. Toutefois, la preuve et les documents déposés, notamment les documents publicitaires et l'information sur les pratiques de copie privée dans d'autres pays, incitent la Commission à croire que l'utilisation de supports numériques pour la copie privée est en croissance rapide au Canada et représente déjà une part du marché supérieure à celle qu'étaient prêts à reconnaître la plupart des témoins de la CSMA.

La part des autres formes de supports numériques est beaucoup plus faible et le demeurera probablement. Les enregistreurs à bandes audionumériques sont presque exclusivement utilisés par les professionnels, et les ventes de ces supports ne devraient pas progresser de façon importante. La technologie des minidisques a suscité jusqu'ici un intérêt limité et les enregistreurs de CD audio ne sont devenus disponibles que récemment au Canada. Les volumes de ventes des supports connexes sont donc négligeables; la croissance de leurs ventes en pourcentage est peut-être rapide, mais les volumes demeureront vraisemblablement très faibles par rapport à l'industrie dans son ensemble.<sup>42</sup>

Le marché canadien est approvisionné par environ 20 fabricants et importateurs. La plupart des supports sont importés. Les huit membres de la

CSMA's eight members, who account for more than 90 per cent of the Canadian audio cassette market and 60 per cent of the recordable CD market, rely exclusively on foreign-made media purchased through their parent companies. The balance of the industry is made up of independent firms which generally import blank audio recording media and, in a very few cases, assemble audio cassettes.

CSMA, qui représentent plus de 90 pour cent du marché des cassettes audio et 60 pour cent du marché des CD enregistrables au Canada, misent exclusivement sur des supports fabriqués à l'étranger qu'ils achètent par l'entremise de leurs sociétés mères. Le reste de l'industrie est formé d'entreprises indépendantes qui importent généralement des supports audio vierges et qui, dans de très rares cas, font l'assemblage de cassettes audio.

The following table summarizes the estimates of CSMA's industry panel of wholesale and retail prices for the various types of media under consideration.

Le tableau qui suit présente le sommaire des estimations du groupe de témoins de l'industrie de la CSMA quant aux prix de gros et de détail des divers types de supports concernés.

| <b>TABLE I / TABLEAU I</b>  |                                       |                                      |
|---|---------------------------------------|--------------------------------------|
| <b>Blank Recording Media Prices / Prix des supports audio vierges</b> |                                       |                                      |
| <b>Blank Recording Media / Supports audio vierges</b>                 | <b>Wholesale Price / Prix de gros</b> | <b>Retail Price / Prix de détail</b> |
| Type I Cassette de type I (1998)                                      | \$0.80                                | \$0.89 - \$1.49                      |
| Type II Cassette de type II (1998)                                    | \$1.60                                | \$1.79 - \$2.99                      |
| Type IV Cassette de type IV (1998)                                    | \$2.00                                | \$3.99 - \$6.99                      |
| DAT / Bande audionumérique (1998)                                     | \$8.80                                | \$10.00 - \$13.00                    |
| MiniDisc / Minidisque (1998)  | \$3.80 - \$4.20                       | \$5.00 - \$6.00                      |
| CD-R Audio (1998)   | \$4.50 - \$5.50                       | \$8.00 - \$10.00                     |
| CD-RW Audio (1998)  | \$9.00 - \$11.00                      | \$15.00 - \$18.00                    |
| CD-R (current / actuellement)   | # \$1.70                              | \$1.70 - \$2.50                      |
| CD-RW (current / actuellement)  | \$2.00 - \$5.00                       | \$3.50 - \$10.00                     |

Prices are currently falling for most types of media, dramatically so in the case of CD-Rs. The relatively wide price ranges reflect packaging and branding variations, among other factors.

Les prix de la plupart des types de supports sont actuellement à la baisse, de façon radicale dans le cas des CD-R. Les fourchettes de prix relativement larges reflètent, entre autres facteurs, des variations dans l'emballage et le marquage des produits.

CSMA also provided data on industry revenues and unit sales. Information was presented regarding sales trends in each case. Based on the information provided, the following table

La CSMA a aussi fourni des données sur les recettes et les volumes de ventes de l'industrie. Dans chaque cas, de l'information sur les tendances a été présentée. Le tableau qui suit,

summarizes unit sales for 1998, along with the Board's expectations of the likely unit sales for 1999 and 2000.

fondé sur l'information fournie, présente le sommaire des ventes pour 1998, ainsi que les attentes de la Commission quant aux ventes probables en 1999 et 2000.

| <b>TABLE II / TALEAU II</b>   |                          |                          |             |
|---|--------------------------|--------------------------|-------------|
| <b>Blank Recording Media Sales Volumes (in millions of units)</b>         |                          |                          |             |
| <b>Volumes de ventes de supports audio vierges (en millions d'unités)</b> |                          |                          |             |
| <b>Recording Media / Support</b>  | <b>1998<sup>43</sup></b> | <b>1999<sup>44</sup></b> | <b>2000</b> |
| <b>Cassettes</b>  | 23.9                     | 20.9                     | 18.5        |
| <b>DAT / Bandes<br/>audionumériques</b>                                   | 0.1                      | 0.1                      | 0.1         |
| <b>MiniDisc / Minidisques</b>   | 0.1                      | 0.1                      | 0.2         |
| <b>CD-R/RW Audio</b>  | -                        | 0.2                      | 0.3         |
| <b>CD-R/RW</b>  | 21                       | 46                       | 88          |
| <b>Total</b>  | 45.1                     | 67.3                     | 107.1       |

Anecdotal evidence was provided about the impact of downloading music from the Internet using MP3 and other similar formats. *Wired* magazine, in its August 1999 edition,<sup>45</sup> estimates that between January and June 1999, 17 million MP3 files were downloaded each day. If this is correct, some 6 billion songs will be copied from the Internet in 1999, as compared to worldwide CD sales of 846 million in 1998. Many of these songs can then be burned onto blank CDs at home as personal compilations of music. The convergence of software availability, mass market pricing of CD burners and the slowness of the music industry's response in the form of the Secure Digital Media Initiative (SDMI) may have contributed to the explosive worldwide growth in recordable CD sales. The Board hopes to hear statistical evidence on the impact of this new phenomenon on private copying behaviour in the future.

Une preuve anecdotique a été fournie quant aux répercussions du téléchargement, à partir de l'Internet, de musique en format MP3 ou d'autres formats semblables. Le magazine *Wired*, dans son édition d'août 1999,<sup>45</sup> estime qu'entre janvier et juin 1999, il s'est téléchargé quotidiennement 17 millions de fichiers MP3. Si ce chiffre est exact, quelque 6 milliards de chansons seront copiées à partir de l'Internet en 1999, comparativement à des ventes mondiales de CD de 846 millions en 1998. Un grand nombre de ces chansons peuvent ensuite être gravées sur des CD vierges à la maison pour former des compilations personnelles de musique. La convergence de plusieurs facteurs – disponibilité des logiciels, disponibilité des graveurs CD à des prix grand public et lenteur de l'industrie à réagir à l'exemple de la *Secure Digital Media Initiative* (SDMI) – pourrait avoir contribué à la croissance mondiale explosive des ventes de CD enregistrables. La Commission espère dans l'avenir recevoir des éléments de preuve statistiques sur l'impact de ce nouveau phénomène sur les comportements en matière de copie privée.

## **B. The Economic Impact of the Levy**

The Grant Thornton study looks at the potential impact of the levy on blank audio recording media from three perspectives.

First, even after adding the proposed levy, the cost of making home copies will remain well below the cost of pre-recorded sound recordings and, therefore, will continue to be an attractive choice for consumers. This is clearly the case with audio cassettes; as the established base of cassette recorders is large, the marginal cost of copying primarily consists of the cost of the cassette, with or without the levy. The relative cost of copying on CD-Rs is sensitive to the volume of copying involved. To date, relatively few consumers possess a CD burner; consequently, the study includes the amortized cost of the burner in its calculation of the marginal cost of making a copy onto a CD-R. It concludes that the cost of home copying on CD-Rs will generally be lower than the price of pre-recorded CDs if an individual copies at least 5 CDs per year.

Second, based on a theoretical consumer choice model, Grant Thornton seeks to demonstrate how an average household might react to the levy. Presuming that the average household's expenditure on these items is fixed, it shows that the introduction of the levy would result in a contraction of demand for all blank audio media. The contraction would be less pronounced for CD-Rs, given the lower relative price increase applicable to CD-Rs under CPCC's proposal. With a relatively minor increase in blank audio media expenditure, the average household could offset the impact of the levy; in doing so, it would substitute CD-Rs for analog media. Grant Thornton claims that this response to the levy is likely given the small increase in expenditure involved (i.e., in the order of \$6 per household per year), among other reasons.

## **B. L'impact économique de la redevance**

L'étude de Grant Thornton examine sous trois angles les répercussions possibles de la redevance sur les supports audio vierges.

Premièrement, même après l'ajout de la redevance proposée, le coût des copies privées demeurera bien inférieur à celui de la musique préenregistrée et, par conséquent, demeurera un choix attrayant pour les consommateurs. C'est clairement le cas pour les cassettes audio : compte tenu de la vaste base établie de magnétophones, le coût marginal de la copie correspond essentiellement au coût de la cassette, avec ou sans la redevance. Le coût relatif de la copie sur CD-R est sensible au volume de copie effectué. À ce jour, relativement peu de consommateurs possèdent un graveur CD; par conséquent, l'étude inclut l'amortissement du coût du graveur dans le calcul du coût marginal de l'exécution d'une copie sur CD-R. Elle conclut que le coût de la copie sur CD-R à la maison sera généralement inférieur au prix des CD préenregistrés si une personne copie au moins cinq CD par année.

Deuxièmement, en se fondant sur un modèle théorique de choix du consommateur, l'étude de Grant Thornton tente de démontrer comment un ménage moyen pourrait réagir à la redevance. Présument que les dépenses d'un ménage moyen consacrées à ces articles sont fixes, elle montre que l'introduction de la redevance entraîne une contraction de la demande de tous les supports audio vierges. La contraction est moins prononcée pour les CD-R, compte tenu de la hausse de prix relative plus faible applicable aux CD-R en vertu de la proposition de la SCPCP. En augmentant de façon relativement minime ses dépenses en supports audio vierges, le ménage moyen pourrait compenser l'impact de la redevance; ce faisant, il substituerait les CD-R aux supports analogiques. Grant Thornton soutient que cette réaction à la redevance est probable, compte tenu notamment de la faible hausse des dépenses en cause (c.-à-d. de l'ordre de 6 \$ par ménage par année).



Third, Grant Thornton constructs an econometric model to estimate the impact of the proposed levy. The model involves the estimation of individual demand regressions for normal bias tapes, high bias tapes and CD-Rs; the intent is to estimate the individual impact of variables such as blank audio recording media prices, audio equipment prices and income on the demand for each type of medium. In effect, the exercise involves estimating the impact of the levy on the demand for normal tapes, high bias tapes and CD-Rs, holding all else constant.

Based on its econometric model, Grant Thornton finds that the proposed levy would stimulate overall demand for blank recording media, thereby increasing overall revenues and employment levels for Canadian importers and manufacturers. This counterintuitive finding is attributable to the lower percentage price increase proposed for CD-Rs relative to analog blank audio recording media. Grant Thornton expects this to generate a substitution effect causing consumers to shift from tapes to CD-Rs more rapidly than otherwise. Based on these findings, Grant Thornton concludes that the introduction of the proposed levy will have a positive impact on the blank audio recording media industry in Canada.

The Board is of the opinion that Grant Thornton's home copying cost analysis sheds little light on consumers' likely reaction to the levy. In terms of the anticipated consumer shift from analog to digital recording technologies, it fails to fully account for the new equipment costs that most consumers would have to incur.

The theoretical household consumer choice model is also of limited practical value. It simply assumes that the average household will increase its audio recording media expenditures to cover the cost of the levy and, in the process, shift from

Troisièmement, Grant Thornton construit un modèle économétrique pour estimer l'impact de la redevance proposée. Le modèle comporte l'estimation de régressions individuelles de la demande pour les bandes à polarisation normale, les bandes à haute polarisation et les CD-R, l'objectif étant d'estimer l'impact individuel de variables comme les prix des supports audio vierges, les prix de l'équipement audio et le revenu sur la demande, pour chaque type de support. En fait, l'exercice consiste à estimer l'impact de la redevance sur la demande de bandes normales, de bandes à haute polarisation et de CD-R, tous les autres facteurs étant maintenus constants.

Grant Thornton conclut, d'après son modèle économétrique, que la redevance proposée stimulerait la demande globale de supports audio vierges, ce qui accroîtrait les recettes globales et les niveaux d'emplois des importateurs et des fabricants canadiens. Ce résultat contre-intuitif s'explique par le fait que le pourcentage d'augmentation de prix proposé est plus faible pour les CD-R que pour les supports audio vierges analogiques. Grant Thornton s'attend à ce qu'il en résulte un effet de substitution amenant les consommateurs à délaisser les bandes et à adopter les CD-R plus rapidement qu'ils ne l'auraient fait autrement. À partir de ces résultats, Grant Thornton conclut que l'introduction de la redevance proposée aura un impact positif sur l'industrie des supports audio vierges au Canada.

La Commission est d'avis que l'analyse de Grant Thornton sur le coût des copies privées à la maison jette peu d'éclairage sur la réaction probable des consommateurs à la redevance. En ce qui touche le déplacement des consommateurs de l'analogique au numérique, l'analyse omet de tenir compte pleinement des coûts des nouveaux équipements que la plupart des consommateurs devraient assumer.

Le modèle théorique du choix du consommateur est également de valeur pratique limitée. Il suppose simplement que le ménage moyen accroîtra ses dépenses en supports audio pour compenser le coût de la redevance et que dans ce

analog to digital media. It fails to consider where that money will come from, given that the average household must live within a fixed budget and that most would have to purchase a CD burner before making a single digital copy. Simply assuming that the average increase is small and easily absorbed is ultimately not helpful.

Finally, the econometric estimates of the impact of the levy are unreliable. The general lack of statistical precision of the parameter estimates associated with the demand models renders the impact estimates derived using the models virtually meaningless absent any sensitivity analysis. As Grant Thornton conceded and as the statistical results clearly demonstrate, all three demand models are plagued by multicollinearity problems. To address this problem, Grant Thornton chose to remove a number of variables from each of the models, including the time trend and substitute blank audio recording media price variables. However, even with the removal of several variables, the vast majority of the remaining parameters are still statistically insignificant. Even if this were not the case, the removal of key variables would not necessarily increase the accuracy of the remaining parameter estimates. The reported results strongly suggest that the models are incapable of accurately disentangling the individual effects of the various factors affecting demand levels for each form of blank audio recording media being modelled.<sup>46</sup>

### **C. The Impact of Grey Market Transactions**

Both CPCC and CSMA examine potential grey market activities arising from the introduction of a blank audio recording media levy in Canada.<sup>47</sup> Grant Thornton recognizes that price differences relative to the US could be significant for cassettes, less so for CD-Rs. Despite this, it offers several reasons as to why grey market activities would likely not be significant. These include the low value of the Canadian versus the US dollar,

il passera de l'analogique au numérique. Le modèle omet d'examiner d'où l'argent proviendra : le ménage moyen doit vivre avec un budget fixe et la plupart des ménages devraient se procurer un graveur CD avant de faire une seule copie numérique. Le fait de simplement supposer que la hausse moyenne est faible et facilement absorbée se révèle, en fait, de peu d'utilité.

Enfin, les estimations économétriques de l'impact de la redevance ne sont pas fiables. Le manque général de précision statistique des estimations des paramètres associés aux modèles de la demande enlève pratiquement toute valeur aux estimations de l'impact tirées des modèles, en l'absence de toute analyse de sensibilité. Comme l'a admis Grant Thornton et comme le démontrent clairement les résultats statistiques, les trois modèles de la demande souffrent de problèmes de multicollinéarité importants. Pour contrer ce problème, Grant Thornton a choisi de supprimer un certain nombre de variables dans chacun des modèles, y compris la tendance temporelle et les variables des prix des supports audio vierges substitués. Toutefois, malgré la suppression de plusieurs variables, la vaste majorité des paramètres restants demeurent statistiquement non significatifs. Même si ce n'était pas le cas, la suppression de variables clés n'accroîtrait pas nécessairement l'exactitude des estimations des paramètres restants. Les résultats présentés semblent nettement indiquer que les modèles n'arrivent pas à démêler correctement l'écheveau des effets des divers facteurs influant sur la demande de chaque type de support audio soumis à la modélisation.<sup>46</sup>

### **C. L'impact des activités du marché gris**

La SCPCP et la CSMA examinent toutes deux les activités du marché gris susceptibles de résulter de l'introduction d'une redevance sur les supports audio vierges au Canada.<sup>47</sup> Grant Thornton reconnaît que les écarts de prix avec les États-Unis pourraient être importants dans le cas des cassettes, et moindres dans le cas des CD-R. Malgré cela, Grant Thornton soumet plusieurs raisons pour lesquelles les activités du marché gris

the lack of legitimate distribution channels for grey market sellers, the relatively modest amount of the levy relative to the average household's recreational expenditures, and evidence that suggests that consumers generally see the levy as "fair". It suggests that marketing activities such as loss leader pricing and bundling could help reduce the impact of the levy on consumers, and that security labelling, such as "levy paid" indicated on products, could reduce grey market activities. It also suggests that shipment costs and exchange rate considerations would largely eliminate the incentive to import CD-Rs through the Internet from the US with or without the levy in place.

Professor Brander took issue with Grant Thornton's conclusions on the grey market. In his view, many factors would increase grey market activities if the proposed levy was approved. Large differences in price would exist. Exchange rate fluctuations would ultimately affect the price for all blank media, whether purchased on the grey market or through conventional channels. It would be relatively easy to bring tapes back from the US when crossing the border. Internet or telephone sales channels would provide easy means of purchasing tapes directly from abroad. Small numbered companies could set up on a "hit and run" basis to import and distribute grey market media. And, more importantly, commercial users with large-scale requirements could readily bulk order direct from the US.

Several of CSMA's industry witnesses also believe that significant grey market activities would result from the introduction of CPCC's proposed levy. They admit that grey market activities are not uncommon today, even without the levy in place. Prices are changing rapidly, especially with respect to CD-Rs, making it difficult to forecast

seraient vraisemblablement peu importantes. Notons, parmi celles-ci, la faible valeur du dollar canadien par rapport au dollar américain, l'absence de circuits de distribution légitimes pour les vendeurs du marché gris, le montant relativement modeste de la redevance par rapport aux dépenses de loisirs d'un ménage moyen, et des indices laissant croire que les consommateurs considèrent généralement la redevance comme «équitable». Des pratiques de commercialisation comme les prix d'appel et le groupement de produits pourraient aider à réduire l'impact de la redevance sur les consommateurs; et un étiquetage de sécurité, par exemple l'inscription sur les produits de la mention «redevance payée», pourrait réduire les activités du marché gris. Enfin, les frais d'expédition et le taux de change éliminent largement l'incitation à importer des CD-R des États-Unis par l'Internet, avec ou sans redevance.

Le professeur Brander ne partage pas ces conclusions. À son avis, de nombreux facteurs contribueraient à accroître les activités du marché gris si la redevance proposée était approuvée. Il existerait de vastes écarts de prix. Les fluctuations du taux de change se répercuteraient, en fin de compte, sur le prix de tous les supports, qu'ils soient achetés sur le marché gris ou par les circuits conventionnels. Il serait relativement facile de ramener des bandes des États-Unis en franchissant la frontière. L'Internet ou des circuits de vente téléphonique offriraient un moyen facile d'acheter des bandes directement de l'étranger. De petites sociétés à numéros à existence éphémère pourraient être établies dans le but d'importer et de distribuer des supports sur le marché gris. Et, facteur plus important encore, des acheteurs commerciaux ayant des besoins à grande échelle pourraient facilement commander en vrac directement des États-Unis.

Plusieurs des témoins de l'industrie de la CSMA croient également que l'introduction de la redevance proposée par la SCPCC entraînerait une importante activité sur le marché gris. Ils admettent que ces activités ne sont pas rares aujourd'hui, même en l'absence de la redevance. Les prix évoluent rapidement, notamment dans le

and compare prices that may exist in Canada relative to the US after the levy is in place.

There is little in the way of reliable evidence on the record that could serve to reasonably estimate the impact a levy may have in this respect. The likelihood of increased grey market activities is directly related to differences in price in Canada relative to other countries, especially the US. Such activities already occur even in the absence of a levy.

The levy that the Board sets in this decision will not, in its opinion, have a significant effect on grey market activities in Canada. Some argue that anything more than a token amount will have an impact in a market with slim profit margins and arguably highly elastic demand. However, this must be weighed against the significant barriers and inconvenience faced by anyone wishing to import blank audio recording media for their own use. As for those who may attempt to retail grey market media in Canada, they are subject to the levy since they import blank audio recording media for the purpose of trade. One can expect CPCC to react to commercial grey market activities if they become significant.

The experience of the 19 European countries that have implemented tape levy schemes indicates the need for cooperation between the collective, the importer and the retailer if the implementation of a regime is to avoid large-scale price distortions in the marketplace. European countries that have been most successful in this respect have implemented schemes that take into account the interest of tape retailers as well as those of rights owners. This may involve public education and promotional campaigns, public recognition for those who make a special effort in carrying out their obligations under the levy, and ensuring that the proceeds from the levy are perceived as beneficial for all parties concerned in building a strong music industry.

cas des CD-R, de sorte qu'il est difficile de prévoir et de comparer les prix qui pourraient exister au Canada et aux États-Unis une fois la redevance instaurée.

Il existe peu d'éléments fiables au dossier qui puissent aider à estimer raisonnablement l'impact de l'introduction d'une redevance dans ce domaine. La probabilité d'un accroissement des activités du marché gris est directement liée aux écarts de prix entre le Canada et les autres pays, en particulier les États-Unis. De telles activités ont déjà lieu en l'absence d'une redevance.

La Commission est d'avis que la redevance qu'elle établit n'aura pas d'effet sensible sur les activités du marché gris au Canada. Certains prétendent que tout ce qui dépasserait un montant symbolique aura un impact dans un marché caractérisé par de faibles marges bénéficiaires et une demande vraisemblablement très élastique. Mais en contrepartie, il faut tenir compte des obstacles et inconvénients importants qui se posent à quiconque désire importer des supports audio vierges pour son utilisation personnelle. Quant à ceux qui pourraient tenter de vendre au détail des supports du marché gris au Canada, ils sont assujettis à la redevance puisqu'ils importent des supports audio vierges en vue d'en faire le commerce. Il est vraisemblable que la SCPCP réagirait aux activités commerciales du marché gris si elles devenaient importantes.

L'expérience des 19 pays européens ayant instauré des régimes similaires révèle le besoin d'une coopération entre la société de gestion, l'importateur et le détaillant si l'on veut éviter que le régime crée d'importantes distorsions de prix. Les pays qui ont eu le plus de succès ont tenu compte à la fois de l'intérêt des détaillants et de celui des titulaires de droits. Ces régimes peuvent comporter diverses initiatives, par exemple lancer des campagnes de sensibilisation et de promotion auprès du public, offrir une reconnaissance publique à ceux qui font un effort spécial pour s'acquitter de leurs obligations, et s'assurer que les produits de la redevance sont perçus comme bénéfiques à tous les acteurs dans le processus d'édification d'une vigoureuse industrie de la musique.

## **V. THE AMOUNT OF THE LEVY**

In order to set the amount of the levy, the Board must deal with tariff structure, select a valuation methodology and proceed to certain adjustments.

### **A. The Tariff Structure**

CPCC asks for a tariff set at a fixed amount per 15 minute interval. CSMA prefers a rate set as a percentage of the wholesale price.

A tariff set as a percentage of the wholesale price would be unfair. Wholesale prices of blank audio recording media are expected to fall significantly; the value of the underlying intellectual property will not.<sup>48</sup>

Furthermore, for administrative ease and simplicity, and to minimize the cost of determining the levy payable, it is more appropriate to establish it at a set price for each type of medium, rather than on the basis of 15-minute intervals. For the same reasons, types should be established only where the proportion of media used for private copying varies significantly. Consequently, the Board establishes a single rate for all audio cassettes, one for CD-R/RWs and one for CD-R/CD-RW Audio and MiniDiscs.

### **B. The Valuation Model**

CPCC, through Messrs. Stohn and Audley, offered the only complete valuation model.

There is presently no market-based mechanism that can be relied on to establish the value for the use of music rights for private copying. Messrs. Stohn and Audley therefore considered several alternative proxies in an attempt to reflect the value of private copying by considering comparable situations involving the use of copyrighted music where voluntary transactions occur between a willing seller and a willing

## **V. LE MONTANT DE LA REDEVANCE**

Afin d'établir le montant de la redevance, la Commission doit se pencher sur la structure du tarif, choisir une méthode d'évaluation et procéder à certains rajustements.

### **A. La structure du tarif**

La SCPCP demande l'établissement d'un tarif sous forme d'un montant fixe par intervalle de 15 minutes. La CSMA préfère un pourcentage du prix de gros.

Un tarif établi sous forme d'un pourcentage du prix de gros serait inéquitable. On s'attend à ce que ces prix baissent considérablement; la valeur de la propriété intellectuelle sous-jacente, quant à elle, ne va pas diminuer.<sup>48</sup>

Par ailleurs, pour la facilité et la simplicité administratives, et pour réduire au minimum le coût de détermination de la redevance à payer, il est préférable de l'établir à un prix donné pour chaque type de support plutôt qu'en termes d'intervalles de 15 minutes. Pour les mêmes raisons, des types différents devraient être établis seulement quand la proportion des supports utilisée pour la copie privée varie de façon importante. Par conséquent, la Commission établit un tarif unique pour toutes les cassettes audio, un pour les CD-R/RW et un pour les CD-R/CD-RW audio et les minidisques.

### **B. Le modèle d'évaluation**

La SCPCP, par l'entremise de MM. Stohn et Audley, a offert le seul modèle d'évaluation complet.

Il n'existe actuellement aucun mécanisme de marché permettant d'établir de façon fiable la valeur de l'utilisation de droits musicaux pour la copie privée. MM. Stohn et Audley ont donc examiné plusieurs indicateurs substitutifs pouvant servir à établir la valeur de la copie privée; il s'agit de situations comparables dans lesquelles un vendeur consentant et un acheteur consentant réalisent des transactions portant sur l'utilisation

buyer. The one they prefer values private copying based on the remuneration that would typically flow to rights holders in the case of pre-recorded CDs. Such a proxy can be measured and documented with reasonable accuracy. CPCC argues that the remuneration flowing from the purchase of pre-recorded media should be used to set the levy since the privately made copy contains exactly the same material as the pre-recorded original and serves as a substitute for it.

Professor Brander disagreed with this approach. In his view, it reflects the price a willing seller was prepared to charge for the right to copy music, but not the price that would result in the marketplace. He argued that a copy has a reduced value for the consumer, resulting from the diminishing marginal utility associated with a copy. He referred to several approaches that could be used to establish that diminished utility or alternatively, to adjust the levy derived using the Stohn/Audley model.

Messrs. Stohn and Audley recognize that the price of underlying rights varies, with a lower price applying to secondary market channels. This is why they factor into their model the lower royalties that are commonly paid for record club and budget line sales. They also recognize that the price of underlying rights is less, at least with respect to performers and makers, when a musical work is recorded on a lower price medium – e.g., analog cassette tapes versus CD.

Subject to the adjustments identified below, the general framework proposed by Messrs. Stohn and Audley can reasonably be used as a starting point to set the amount of the levy. It has the merit of using as a proxy what has to be the most similar market possible, a market which itself allows for fluctuations according to market conditions. It also has the merit of being the only complete model offered by any participant.

de musique protégée par le droit d'auteur. La méthode qu'ils préfèrent utilise la rémunération type qui reviendrait aux titulaires dans le cas de CD préenregistrés. Avec cette méthode, l'évaluation peut être faite et documentée avec une exactitude raisonnable. La SCPCP soutient que la rémunération venant de l'achat d'un support préenregistré devrait servir de référence pour la redevance, car la copie privée reproduit exactement le contenu de l'original préenregistré et en est un substitut.

Le professeur Brander ne souscrit pas à cette approche. À son avis, cette méthode reflète le prix qu'un vendeur consentant est prêt à demander pour le droit de copier de la musique, mais non le prix qui aurait cours sur le marché. Selon lui, une copie a une valeur réduite pour le consommateur en raison de son utilité marginale décroissante. Il a mentionné plusieurs approches pouvant servir à évaluer cette perte d'utilité, ou encore à rajuster la redevance calculée selon le modèle de Stohn/Audley.

MM. Stohn et Audley reconnaissent que le prix des droits sous-jacents varie, et diminue dans le cas des circuits de distribution secondaires. C'est pourquoi ils tiennent compte des redevances plus faibles souvent versées pour les clubs de disques et les gammes à prix réduit. Ils reconnaissent également que le prix des droits sous-jacents est inférieur, du moins en ce qui touche les artistes-interprètes et les producteurs, quand une œuvre musicale est enregistrée sur un support de prix inférieur, par exemple sur une cassette analogique comparativement à un CD.

Sous réserve des rajustements indiqués ci-dessous, le cadre général proposé par MM. Stohn et Audley peut raisonnablement servir de point de départ à l'établissement du montant de la redevance. Il a le mérite d'utiliser comme indicateur substitutif le marché se rapprochant certainement le plus du marché visé, et qui se prête lui-même à des fluctuations liées aux conditions commerciales. Il a aussi le mérite d'être le seul modèle complet proposé par les participants.

**C. Calculating the Amount**

The Board's calculation of the levy is summarized in the following table:

**C. Calcul du montant**

Le tableau qui suit résume le calcul du montant de la redevance par la Commission :

| <b>TABLE III / TABLEAU III<br/>CALCULATION OF THE LEVY / CALCUL DE LA REDEVANCE</b>   |   |           |
|---|---|-----------|
| <b>A. Authors' remuneration / Rémunération des auteurs</b><br>[mechanical licence royalty per song per top-line CD × average number of songs per CD] / [prix de la licence de reproduction mécanique par chanson par CD haut de gamme × nombre moyen de chansons par CD]  | $7.1¢ \times 13$                                | \$0.923   |
| <b>B. Performers' and makers' remuneration / Rémunération des artistes-interprètes et producteurs</b> [Top-line CD SLRP × % royalty × discounts] / [PDS d'un CD haut de gamme x % de redevance x réductions]  | $\$19.50 \times .18 \times (1 - .363)$          | \$2.23587 |
| <b>C. Total Royalties per top-line CD / Redevances totales par CD haut de gamme</b><br>[A + B]  | $\$0.923 + \$2.23587$                           | \$3.15887 |
| <b>D. Eligible authors' weighted share of all private copies / Part pondérée des copies privées revenant aux auteurs admissibles</b> [(A ÷ C) × % of private copies using eligible authors' repertoire] / [(A ÷ C) × % des copies privées utilisant le répertoire des auteurs admissibles]  | $(\$0.92 \div \$3.15887) \times 96\%$           | 27.96%    |
| <b>E. Eligible performers' weighted share of all private copies / Part pondérée des copies privées revenant aux auteurs-interprètes admissibles</b> [(B ÷ C) × % of private copies using eligible performers' repertoire ÷ 2] / [(B ÷ C) × % des copies privées utilisant le répertoire des artistes-interprètes admissibles ÷ 2] | $(\$2.23587 \div \$3.15887) \times 28\% \div 2$ | 9.91%     |
| <b>F. Eligible makers' weighted share of all private copies / Part pondérée des copies privées revenant aux producteurs admissibles</b> [(B ÷ C) × % of private copies using eligible makers' repertoire ÷ 2] / [(B ÷ C) × % des copies privées utilisant le répertoire des producteurs admissibles ÷ 2]                          | $(\$2.23587 \div \$3.15887) \times 23\% \div 2$ | 8.14%     |
| <b>G. Qualifying repertoire's weighted share of all private copies / Part pondérée des copies privées attribuable au répertoire admissible</b> [D + E + F]  | $27.96\% + 9.91\% + 8.14\%$                     | 46.01%    |
| <b>H. Imputed remuneration of qualifying repertoire per top-line CD / Rémunération imputée du répertoire admissible par CD haut de gamme</b> [C × G]  | $\$3.15887 \times 46.01\%$                      | \$1.45339 |
| <b>I. Adjusted remuneration (secondary market) / Rémunération rajustée (marché secondaire)</b> [H ÷ 2]  | $\$1.45339 \div 2$                              | \$0.72670 |
| <b>J. Levy on cassettes / Redevance sur les cassettes</b> [I ÷ 2 × % media purchased by individuals × % of purchases used to private copy (no waste factor)] / [I ÷ 2 × % des supports achetés par des consommateurs × % des achats utilisés pour la copie privée (pas de facteur de perte)]                                      | $\$0.72670 \div 2 \times .8 \times .8$          | \$0.233   |

|   |   |                |
|---|---|----------------|
| <p><b>K. Levy on CD-R Audio, CD-RW Audio, MiniDisc / Redevance sur les CD-R audio, les CD-RW audio et les minidisques</b> [<math>I \times \% \text{ media purchased by individuals} \times \% \text{ of purchases used to private copy} \times (1 - \% \text{ waste})</math>] / [<math>I \times \% \text{ des supports achetés par des consommateurs} \times \% \text{ des achats utilisés pour la copie privée} \times (1 - \% \text{ de perte})</math>]</p> | $\$0.72670 \times .95 \times .95 \times (1 - .075)$ | <p>\$0.608</p> |
| <p><b>L. Levy on CD-R, CD-RW / Redevance sur les CD-R et les CD-RW</b> [same as K / même équation qu'en K]</p>  | $\$0.72670 \times .20 \times .40 \times (1 - .10)$  | <p>\$0.052</p> |

The model chosen by the Board first estimates the average remuneration that typically flows to all authors, performers and makers for a top-line pre-recorded CD [paragraph 1, below]. That amount is reduced first to remove the non-eligible repertoire [2], and then to account for the nature of the private copying market [3]. The amount is further adjusted to ensure that the levy accounts only for private copying of sound recordings: sales to others than individual consumers, uses other than private copying and wasted or spoiled media are discounted. Another adjustment is made for audio cassettes to account for differences between analog and digital recordings [4].

1. Establishing the Typical Remuneration for a Top-Line Digital Recording

The first step is to establish how much authors, performers and makers typically get for the sale of a top-line pre-recorded CD.

a. *Authors*

CPCC asks that the starting point be 7.1¢ per song. This is the price at which reproduction licences are currently issued. CSMA suggests to reduce this amount to 6.1¢ to account for the fact that some older licences may set a lower price. The Board accepts Mr. Stohn's testimony to the effect that even in those cases, industry practice is to pay the current rate. In any event, the tariff is prospective.

Le modèle que la Commission retient consiste d'abord à estimer la rémunération type moyenne que reçoivent l'ensemble des auteurs, artistes-interprètes et producteurs pour un CD préenregistré haut de gamme [paragraphe 1 ci-dessous]. Ce montant est réduit pour retrancher le répertoire non admissible [2], puis pour tenir compte de la nature du marché de la copie privée [3]. Il est de nouveau rajusté pour s'assurer que la redevance ne tient compte que de la copie privée d'enregistrements sonores; les ventes à d'autres acheteurs que des consommateurs, les utilisations autres que la copie privée et le gaspillage de supports sont retranchés. Un autre rajustement est effectué pour les cassettes audio, afin de tenir compte des différences entre les enregistrements analogiques et numériques [4].

1. Établissement de la rémunération type pour un enregistrement numérique haut de gamme

La première étape consiste à déterminer la rémunération type des auteurs, artistes-interprètes et producteurs pour la vente d'un CD préenregistré haut de gamme.

a. *Auteurs*

La SCPCP demande que le montant de départ soit de 7,1 ¢ par chanson. C'est le prix auquel les licences de reproduction sont actuellement octroyées. La CSMA suggère de réduire ce montant à 6,1 ¢ pour tenir compte du fait que certaines licences plus anciennes ont peut-être été octroyées à un prix inférieur. La Commission accepte le témoignage de M. Stohn selon lequel même dans ces cas, la pratique de l'industrie est de payer le taux courant. Quoi qu'il en soit, le tarif établi est de nature prospective.



The Board also accepts the Stohn/Audley's estimate that the average compact disc contains 13 selections. Other estimates proved unconvincing.

The Board rejects CSMA's proposal to adjust authors' royalties for the so-called "controlled composition" clauses. These are much less prevalent in Canada than in the US; in markets such as Quebec, they have disappeared altogether.

Based on these determinations, authors typically receive 92¢ for a top-line CD [(7.1 × 13)].<sup>49</sup>

b. *Performers and Makers*

Messrs. Stohn and Audley base the remuneration to performers and makers on a suggested retail list price (SRLP) of top-line pre-recorded CDs of \$19.50. Nothing suggests this estimate is not appropriate.

According to Messrs. Stohn and Audley, the royalty payable to the recording artist who does not pay the costs of a sound recording, while known to vary, is typically in the order of 12 per cent of the SRLP. This rate is normally subject to further reductions representing 36.3 per cent.<sup>50</sup> In cases where the recording artist pays the costs of a sound recording and approaches a record company to manufacture, distribute and market it, the royalty is typically 50 per cent higher or 18 per cent.

In the Board's view, the record company that pays royalties of 18 per cent to a recording artist acts only as promoter and distributor; the performer is the maker. Consequently, 18 per cent of the SRLP appears to account for the remuneration of both performer and maker and will be used as basis for the calculation of the levy.<sup>51</sup>

La Commission accepte aussi l'estimation de Stohn/Audley selon laquelle le disque compact moyen contient 13 pièces. Les autres estimations se sont révélées peu convaincantes.

La Commission rejette la proposition de la CSMA de rajuster les redevances des auteurs pour tenir compte des clauses dites de «composition réglementée». Ces clauses sont beaucoup moins fréquentes au Canada qu'aux États-Unis; dans des marchés comme le Québec, elles sont entièrement disparues.

Selon ces déterminations, la rémunération type des auteurs est de 92 ¢ pour un CD haut de gamme [(7,1 × 13)].<sup>49</sup>

b. *Artistes-interprètes et producteurs*

MM. Stohn et Audley fondent la rémunération des artistes-interprètes et des producteurs sur un prix de détail suggéré (PDS) de 19,50 \$ pour les CD préenregistrés haut de gamme. Rien ne laisse croire que cette estimation n'est pas appropriée.

Selon MM. Stohn et Audley, la redevance payable à l'artiste-interprète qui ne paie pas les coûts de l'enregistrement sonore, même s'il est reconnu qu'elle varie, est généralement de l'ordre de 12 pour cent du PDS. Ce taux est normalement l'objet de réductions additionnelles équivalant à 36,3 pour cent.<sup>50</sup> Dans les cas où l'artiste-interprète paie le coût d'un enregistrement sonore et demande à une maison de disques de se charger de sa confection, de sa distribution et de sa commercialisation, la redevance type est de 50 pour cent plus élevée, soit 18 pour cent.

De l'avis de la Commission, la maison de disques qui verse 18 pour cent à un artiste-interprète agit comme promoteur et distributeur, tandis que l'artiste-interprète est le producteur. Par conséquent, la proportion de 18 pour cent du PDS semble refléter la rémunération à la fois de l'artiste-interprète et du producteur, et sert de base pour le calcul de la redevance.<sup>51</sup>

Messrs. Stohn and Audley suggested other adjustments. For example, they proposed to add an amount for the record companies' development and administrative costs, and a profit margin. In the Board's view, this merely serves to inflate the remuneration rate.

Other adjustments deserve greater attention. For example, it appears that record companies make additional payments to AFM on account of "session" musicians, who clearly are performers. On the other hand, the royalty payable to a recording artist typically includes the remuneration payable to the artistic producer, who does not share in the private copying levy. The Board considers that these factors, and possibly others, roughly offset one another; as a result, 18 per cent of the SLRP, reduced by 36.3 per cent, fairly accounts for what performers and makers receive on the sale of a top-line pre-recorded CD.

Based on these determinations, performers and makers typically receive \$2.24 for a top-line CD [ $\$19.50 \times .18 \times (1! .363)$ ]; all rights owners typically receive \$3.16 [ $.92\text{¢} + \$2.24$ ].

## 2. Adjusting for the Use of the Non-Eligible Repertoire

The next step involves an adjustment to discount the non-eligible repertoire. This involves two elements. The first, already considered, requires establishing the share of private copies that uses the eligible repertoire.<sup>52</sup> The second requires setting relative values or weights for the three colleges of rights owners. The two sets of figures are then used to calculate the weighted share of all private copies for each college [Table III, lines *D*, *E* and *F*]. Added up, these give us the weighted share of all private copies attributable to all the eligible repertoire [Table III, line *G*].

MM. Stohn et Audley suggèrent d'autres rajustements. Par exemple, ils proposent d'ajouter un montant représentant les coûts de développement et d'administration des maisons de disque, ainsi qu'une marge bénéficiaire. De l'avis de la Commission, ces éléments n'ont pour objet que de gonfler le taux de rémunération.

D'autres rajustements méritent plus d'attention. Par exemple, il semble que les maisons de disques font des versements additionnels à l'AFM au titre des musiciens «de séances d'enregistrement», qui sont clairement des artistes-interprètes. En revanche, la redevance payable à un artiste-interprète englobe généralement la rémunération payable au producteur artistique, qui n'est pas partie prenante à la redevance. La Commission estime que ces facteurs, et peut-être d'autres, s'annulent *grosso modo* les uns les autres; par conséquent, une part de 18 pour cent du PDS, réduite de 36,3 pour cent, est un juste reflet de ce que les artistes-interprètes et les producteurs reçoivent sur la vente d'un CD préenregistré haut de gamme.

Selon ces déterminations, les artistes-interprètes et les producteurs reçoivent une rémunération type de 2,24 \$ pour un CD haut de gamme [ $19,50 \$ \times ,18 \times (1! ,363)$ ]; l'ensemble des titulaires de droits reçoivent une rémunération type de 3,16 \$ [ $.92 \text{ ¢} + 2,24 \$$ ].

## 2. Rajustement pour tenir compte de l'utilisation du répertoire non admissible

Dans l'étape suivante, on tient compte du répertoire non admissible. Deux éléments entrent en jeu. Le premier, déjà pris en considération, exige l'établissement de la part des copies privées utilisant le répertoire admissible.<sup>52</sup> Le deuxième exige l'établissement de valeurs relatives pour les trois collèges d'ayants droit. Les deux ensembles de chiffres permettent alors de calculer la part pondérée des copies privées qui revient à chaque catégorie [tableau III, lignes *D*, *E* et *F*]. La somme de ces parts représente la part pondérée de toutes les copies privées attribuable à l'ensemble du répertoire admissible [tableau III, ligne *G*].

While alternative weighting schemes were discussed, CPCC and CSMA agree that the most appropriate way of aggregating data for the three colleges is to rely on the ratio of the remuneration received per top-line album by authors on the one hand, and performers and makers on the other, and then to split equally between them the combined share attributable to performers and makers. The Board agrees with this approach. This means that on a sound recording where all rights owners are eligible, authors would receive 29.2 per cent  $[0.92 \div 3.16]$  of the royalties, while performers and makers would receive each 35.4 per cent  $[2.24 \div 3.16 \div 2]$ . Applying these factors to the percentages that represent the eligible repertoire in each college means that overall, the levy should be set at 46 per cent of what it would be if all of the repertoire being copied were eligible, i.e.:

|                    |              |
|--------------------|--------------|
| (1) 96% of 29.2% = | 27.96%       |
| (2) 28% of 35.4% = | 9.91%        |
| (3) 23% of 35.4% = | <u>8.14%</u> |
| Total:             | 46.01%       |

(See Table III, line G)

Based on these determinations about the use of the eligible repertoire, eligible rights holders account on average for \$1.45 of the price of a top-line CD  $[\$3.16 \times .46]$ ; non-eligible authors, performers and makers account for the rest.

### 3. Adjusting the Remuneration to Account for the Secondary Nature of the Market

The next step involves adjusting the remuneration to the characteristics of the private copying market.

In the Board's view, if there were a free market for private copies, the price paid for the underlying intellectual property would be much lower than royalties paid for top-line recordings. It is not reasonable to assume that consumers

Bien que d'autres modes de pondération aient été examinés, la SCPCP et la CSMA conviennent que la façon la plus appropriée de regrouper les valeurs pour les trois catégories de titulaires est de se fonder sur le ratio de la rémunération reçue par album haut de gamme par les auteurs d'une part, et les artistes-interprètes et producteurs d'autre part, puis de répartir également entre ces derniers la part combinée qui leur est attribuable. La Commission souscrit à cette approche. Ainsi, dans le cas d'un enregistrement sonore pour lequel tous les titulaires de droits sont admissibles, les auteurs recevraient 29,2 pour cent  $[0,92 \div 3,16]$  des redevances, tandis que les artistes-interprètes et les producteurs recevraient des parts égales de 35,4 pour cent  $[2,24 \div 3,16 \div 2]$ . L'application de ces facteurs aux pourcentages représentant le répertoire admissible de chaque collège signifie que globalement, la redevance devrait être fixée à 46 pour cent de ce qu'elle serait si tout le répertoire copié était admissible, c.-à-d. :

|                    |              |
|--------------------|--------------|
| (1) 96% de 29,2% = | 27,96%       |
| (2) 28% de 35,4% = | 9,91%        |
| (3) 23% de 35,4% = | <u>8,14%</u> |
| Total :            | 46,01%       |

(Voir Tableau III, point G)

Selon ces déterminations relatives à l'utilisation du répertoire admissible, les titulaires admissibles représentent en moyenne 1,45 \$ du prix d'un CD haut de gamme  $[3,16 \$ \times ,46]$ , les auteurs, artistes-interprètes et producteurs non admissibles représentant le reste.

### 3. Rajustement de la rémunération pour tenir compte de la nature secondaire du marché

L'étape suivante consiste à rajuster la rémunération en fonction des caractéristiques du marché de la copie privée.

De l'avis de la Commission, s'il y avait un marché libre pour les copies privées, le prix payé pour la propriété intellectuelle sous-jacente serait largement inférieur aux redevances payées pour des enregistrements haut de gamme. Il n'est pas

would pay as much for the underlying rights in a private copy of a CD they already own; on this point, the Board agrees with Professor Brander. It is also not reasonable to assume that there is a one-to-one correlation between lost sales and private copying activity. Economic theory tells us that faced with such market conditions, rights owners would lower their prices in order to maximize their revenues.

The recording market already sets lower prices in secondary markets such as record club and budget line sales. Authors get roughly 75 per cent of the royalties of top-line recordings, while performers and makers only get half. In the Board's view, prices performers and makers get in secondary markets better reflect what would occur in a free market for private copies. This conclusion is supported by Professor Brander's alternative valuation models. Consequently, the proxy will be discounted by 50 per cent to reflect the secondary nature of the private copying market.

Based on these determinations, the adjusted remuneration of all eligible rights holders in a private digital copy is 73¢ [ $1.45 \div 2$ ].

#### 4. Other Adjustments

Messrs. Stohn and Audley, mostly relying on the Circum Network survey, make further adjustments to account for the proportion of blank recording media purchased by individual consumers and for the proportion of those purchases used to make private copies. They also propose an adjustment to account for price differences between digital and analog media.

CSMA agrees with these adjustments, adding that consideration should be given to unused recording

raisonnable de supposer que les consommateurs paieraient autant pour les droits sous-jacents dans le cas de la copie privée d'un CD qu'ils possèdent déjà; à ce propos, la Commission partage l'avis du professeur Brander. Il n'est pas raisonnable, non plus, de supposer que chaque copie privée entraîne la perte d'une vente. La théorie économique nous enseigne qu'en présence de telles conditions du marché, les titulaires de droits réduiraient leurs prix afin de maximiser leurs revenus.

Le marché de l'enregistrement fixe déjà des prix plus bas dans les marchés secondaires comme les clubs de disque et les gammes à prix réduits. Les auteurs obtiennent environ 75 pour cent des redevances perçues sur les enregistrements haut de gamme; les artistes-interprètes et producteurs n'en obtiennent que la moitié. De l'avis de la Commission, les prix obtenus par ces derniers sur les marchés secondaires reflètent davantage ce qui se produirait dans un marché libre pour les copies privées. Cette conclusion est corroborée par les modèles d'évaluation de rechange du professeur Brander. Par conséquent, la valeur du modèle de Stohn/Audley est réduite de moitié pour tenir compte de la nature secondaire du marché de la copie privée.

Selon ces déterminations, la rémunération rajustée de l'ensemble des titulaires admissibles pour une copie numérique privée est de 73 ¢ [ $1,45 \$ \div 2$ ].

#### 4. Autres rajustements

MM. Stohn et Audley, se fondant principalement sur l'étude de marché du Réseau Circum, font d'autres rajustements pour tenir compte de la proportion de supports audio vierges achetés par des consommateurs, ainsi que de la proportion de ces achats servant à faire des copies privées. Ils proposent aussi de tenir compte des différences de prix entre supports numériques et analogiques.

La CSMA souscrit à ces rajustements, ajoutant qu'il faudrait prendre en considération le temps

time and wasted media. It also proposes that the Board rely more on the findings of the AC Nielsen survey, although it accepted the Circum Network survey in other respects.

The Board's formula adjusts for the percentage of media purchased by individual consumers, the percentage of those purchases used to copy music, the percentage of waste and price differences between digital and analog media.

a. *Adjusting for Larger Capacity and Reuse*

Typical pre-recorded CDs contain between 50 and 60 minutes of music and can be copied with ease onto a 60 or 90-minute cassette. Typical recordable CDs can record up to 74 minutes of music. However, the Board will not adjust the levy to reflect the longer playing time of blank audio recording media as compared to pre-recorded ones for the following reasons. First, experts on both sides agree that consumers do not use blank audio recording media to full capacity when copying music. Accounting for the longer playing time of blank audio recording media would trigger a further correction for unused capacity; the Board's approach makes this adjustment unnecessary. Second, many blank audio recording media are used to record complete albums rather than personalised compilations. This is especially true of CD-Rs. An entire recorded CD can be copied onto another CD with relative ease; compiling 13 or more tracks from different sources on a computer's hard drive before copying these onto a CD usually takes a good deal longer and requires greater technical skill.

Messrs. Stohn and Audley argue that if unused capacity is to be taken into account, so should reuse of blank media. The Board is not convinced of this. Reusing the medium erases the existing

d'enregistrement inutilisé et les supports gaspillés. Elle propose aussi que la Commission se fonde davantage sur les résultats de l'étude de *AC Nielsen*, bien qu'elle se soit dite en accord avec l'étude de Réseau Circum à d'autres égards.

La formule de la Commission tient compte du pourcentage de supports achetés par des consommateurs, du pourcentage des achats utilisés pour copier de la musique, du pourcentage de perte et de la différence de prix entre supports numériques et analogiques.

a. *Rajustement tenant compte de la plus grande capacité et de la réutilisation*

Un CD préenregistré type contient entre 50 et 60 minutes de musique et est facilement copié sur une cassette de 60 ou de 90 minutes. Un CD enregistrable type peut contenir jusqu'à 74 minutes de musique. Cela dit, la Commission ne rajuste pas la redevance pour tenir compte de la durée plus longue des supports audio vierges par rapport aux supports préenregistrés.

Premièrement, tous les experts conviennent que les consommateurs n'utilisent pas les supports audio vierges à leur pleine capacité quand ils copient de la musique. Le fait de tenir compte de la durée plus longue des supports audio vierges entraînerait la nécessité d'une correction additionnelle au titre de la capacité inutilisée; l'approche de la Commission rend ce rajustement inutile. Deuxièmement, bon nombre de supports audio vierges servent à enregistrer des albums complets plutôt que des compilations personnalisées. C'est vrai en particulier dans le cas des CD-R. Un CD préenregistré complet peut être copié assez aisément sur un autre CD; le regroupement de 13 pistes ou plus provenant de différentes sources sur le disque rigide d'un ordinateur avant de les copier sur un CD prend généralement beaucoup plus de temps et exige une plus grande habileté technique.

MM. Stohn et Audley font valoir que si la capacité inutilisée doit être prise en considération, la réutilisation de supports vierges devrait l'être également. La Commission n'est pas convaincue

content. The value of a temporary copy probably is lower than that of a permanent one. Most significantly, CD-Rs cannot be reused.<sup>53</sup>

b. *Adjusting for the Market Share of Media Actually Used for Private Copying and for Differences Between Analog and Digital Media: the Final Rate*

**(j) Audio cassettes**

CPCC and CSMA favour deriving the remuneration applicable to audio cassettes directly from the rate set for digital media, rather than having the rate calculated separately. The Board agrees. The retail and wholesale prices of top-line pre-recorded cassettes are approximately half of those of top-line CDs. Consequently, the starting point for calculating the final rate for audio cassette should be half the starting point for digital media.

Messrs. Stohn and Audley assume that all audio cassettes are purchased by individual consumers. CSMA suggests that the figure is only 60 per cent. There is little evidence to assist the Board in this respect; the truth probably lies somewhere in between. Accordingly, the Board will use 80 per cent in its calculations. In this case, as for all other types of media, the denominator includes sales to those who may benefit from CPCC's proposed zero-rating scheme<sup>54</sup> and to associations representing persons with perceptual disabilities.

Next, CPCC suggests that consumers use 87 per cent of the cassettes they purchase to copy sound recordings. CSMA's estimates range from 69 to 76 per cent. The Board will use a mid-range number of 80 per cent.

de cela. La réutilisation du support entraîne l'effacement du contenu existant. La valeur d'une copie temporaire est probablement plus faible que celle d'une copie permanente. Fait plus important encore, les CD-R ne peuvent être réutilisés.<sup>53</sup>

b. *Rajustement tenant compte de la part de marché des supports réellement utilisés pour la copie privée et des différences entre les supports analogiques et numériques : le taux final*

**(j) Cassettes audio**

La SCPCP et la CSMA proposent d'établir la redevance applicable aux cassettes audio à partir du taux fixé pour les supports numériques, plutôt que par un calcul séparé. La Commission est d'accord. Dans le marché haut de gamme, les prix de détail et de gros des cassettes préenregistrées sont environ la moitié de ceux des CD. Par conséquent, le point de départ du calcul du taux final visant les cassettes audio devrait être la moitié du point de départ utilisé pour les supports numériques.

MM. Stohn et Audley supposent que toutes les cassettes audio sont achetées par des consommateurs. La CSMA estime que la proportion n'est que de 60 pour cent. Il existe peu d'éléments de preuve pour aider la Commission à cet égard; la vérité se situe probablement quelque part entre ces deux évaluations. Par conséquent, la Commission utilise 80 pour cent dans ses calculs. Dans ce cas comme pour tous les autres types de supports, le dénominateur inclut les ventes à ceux qui pourraient profiter du système d'exonération de la redevance proposé par la SCPCP<sup>54</sup> et aux associations représentant des personnes ayant des déficiences perceptuelles.

Par ailleurs, la SCPCP estime que les consommateurs utilisent 87 pour cent des cassettes qu'ils achètent pour copier des enregistrements sonores. La CSMA estime que cette proportion se situe entre 69 à 76 pour cent. La Commission utilise la valeur intermédiaire de 80 pour cent.

As audio cassettes are reusable, there is no need to provide for an adjustment for wasted media.

Consequently, the levy for audio cassettes is set at 23.3¢ [ $73 \div 2 \times 0.8 \times 0.8$ ].

**(ii) CD-R Audio, CD-RW Audio and MiniDisc**

CD-Rs Audio, CD-RWs Audio and MiniDiscs and their accompanying hardware are marketed for the sole purpose of copying music, and it is reasonable to assume that 95 per cent of these media are purchased by individual consumers. It is also reasonable to assume that 95 per cent of individual consumers' purchases of those media are used to copy pre-recorded sound recordings, the rest being used to copy other types of music. Finally, it can be expected that some percentage of those media will be wasted or spoiled. In the absence of any hard evidence on this subject, the Board considers reasonable to allow for an adjustment of 7.5 per cent on this account.

Consequently, the levy for these media is set at 60.8¢ [ $73 \times .95 \times .95 \times (1 - .075)$ ].

**(iii) CD-Rs and CD-RWs**

Messrs. Stohn and Audley submit that 38 per cent of CD-Rs and CD-RWs are purchased by individual consumers. CSMA suggests a figure of somewhere between 15 and 20 per cent. Again, the evidence on this matter is fragmentary and, to some degree, unsatisfactory. Twenty per cent seems a reasonable estimate of the consumer segment of that market at this time. The Circum Network survey produced such a small sample of respondents who were using digital equipment for private copying purposes that its results, in this respect, are unreliable.

Puisque les cassettes audio sont réutilisables, il n'est pas nécessaire de tenir compte des pertes.

En conséquence, la redevance sur les cassettes audio est établie à 23,3 ¢ [ $73 \div 2 \times 0,8 \times 0,8$ ].

**(ii) CD-R audio, CD-RW audio et minidisques**

Les CD-R audio, les CD-RW audio et les minidisques, ainsi que le matériel servant à les utiliser, sont commercialisés dans le but unique de copier de la musique, et il est raisonnable de supposer que 95 pour cent de ces supports sont achetés par des consommateurs. Il est également raisonnable de supposer que 95 pour cent de ces achats servent à copier de la musique préenregistrée, le reste servant à copier d'autres types de musique. Enfin, il est vraisemblable qu'un certain pourcentage de ces supports est gaspillé. En l'absence de tout élément factuel sur lequel s'appuyer à cet égard, la Commission estime raisonnable d'appliquer à ce titre un rajustement de 7,5 pour cent.

En conséquence, la redevance pour ces supports est établie à 60,8 ¢ [ $73 \times ,95 \times ,95 \times (1 - ,075)$ ].

**(iii) CD-R et CD-RW**

MM. Stohn et Audley soutiennent que les consommateurs achètent 38 pour cent des CD-R et des CD-RW. La CSMA suggère une proportion se situant quelque part entre 15 et 20 pour cent. Encore une fois, la preuve disponible en cette matière est fragmentaire et, dans une certaine mesure, insatisfaisante. Vingt pour cent semble une estimation raisonnable de la part de ce marché représentée par les consommateurs en ce moment. L'étude du Réseau Circum a produit un échantillon de taille si faible de répondants qui utilisaient de l'équipement numérique à des fins de copie privée que ses résultats, dans ce domaine, ne sont pas fiables.

Messrs. Stohn and Audley then suggest that 54 per cent of CD-Rs and CD-RWs purchased by individual consumers were used to copy music. CSMA suggests a much lower figure of 18 per cent; it discounts blank audio recording media that have been purchased but not used yet. It is not reasonable to assume that none of these media will be used to copy music. On the other hand, these media are very often used for purposes such as backing up data and software applications, dealing with large texts and storing photographs. In the Board's view, based on the little information available, individual consumers use 40 per cent of the CD-Rs and CD-RWs they purchase to copy sound recordings.

It seems easier to spoil a CD-R than a CD-R Audio, CD-RW Audio or MiniDisc; the Board will thus allow a 10 per cent spoilage adjustment.

Consequently, the levy for these media is set at 5.2¢ [ $73 \times .20 \times .40 \times (1 - .10)$ ].

If the projected sales figures set out in Table II prove to be correct, the levy will generate approximately \$8.85 million dollars in 2000. This figure does not take into account the impact of any grey market activity or of the proposed zero-rating scheme.

## **VI. OTHER MATTERS**

### **A. Designating the Collecting Body**

Given the absence of debate on the issue, CPCC is designated as the collecting body for the private copying tariff pursuant to paragraph 83(8)(d) of the *Act*.

### **B. Apportioning the Levy Among the Collectives**

Section 84 of the *Act* requires that the collecting body distribute the levies to the collectives

MM. Stohn et Audley soutiennent ensuite que 54 pour cent des CD-R et des CD-RW achetés par des consommateurs servent à copier de la musique. La CSMA soumet un chiffre beaucoup plus faible de 18 pour cent; elle retranche les supports audio vierges qui ont été achetés mais non encore utilisés. Il n'est pas raisonnable de supposer qu'aucun de ces supports ne servira à copier de la musique. Par ailleurs, ces supports sont très souvent utilisés pour des fonctions comme la sauvegarde de données et d'applications logicielles, l'enregistrement de documents volumineux et le stockage de photographies. De l'avis de la Commission, sur la base du peu d'information disponible, les consommateurs utilisent 40 pour cent des CD-R et des CD-RW qu'ils achètent pour copier des enregistrements sonores.

Il semble plus aisé de gaspiller un CD-R qu'un CD-R audio, un CD-RW audio ou un minidisque; la Commission accorde donc 10 pour cent au titre de la perte.

En conséquence, la redevance sur ces supports est établie à 5,2 ¢ [ $73 \times ,20 \times ,40 \times (1 - ,10)$ ].

Si les chiffres de ventes projetées qui figurent au tableau II se révèlent exacts, la redevance générera environ 8,85 millions de dollars en 2000. Ce chiffre ne tient pas compte de l'impact de toute activité du marché gris ni du système proposé d'exonération de la redevance.

## **VI. AUTRES QUESTIONS**

### **A. Désignation de l'organisme de perception**

Vu l'absence de débat sur cette question, la SCPCP est désignée à titre d'organisme de perception aux fins du tarif pour la copie privée conformément à l'alinéa 83(8)d) de la *Loi*.

### **B. Répartition de la redevance entre les sociétés de gestion**

L'article 84 de la *Loi* énonce que l'organisme de perception doit répartir les redevances entre les



representing eligible authors, eligible performers and eligible makers, in the proportions fixed by the Board. CPCC was content to file an agreement reached by its member collectives on the issue, and asked that the tariff reflect the agreement.

The Board sees no reason to act in this manner. The formula used to set the amount of the levy is the logical reflection of the valuation of the three repertoires, ultimately derived from the proxy submitted by the experts for the CPCC. It is reasonable that this be reflected in the apportionment of the royalties. Collectives remain free to agree otherwise.

The manner in which CPCC proceeded made it impossible to allocate the royalties among the various collectives representing part of any given college of rights owners. Consequently, the tariff allocates the shares to each college globally.

The percentage applicable to each college is that college's share of all private copies [Table III, lines *D* to *F*] over the weighted qualifying repertoire adjustment [Table III, line *G*]. As a result, authors are entitled to 60.8 per cent [ $27.96 \div 46.01$ ], performers to 21.5 per cent [ $9.91 \div 46.01$ ] and makers to 17.7 per cent [ $8.14 \div 46.01$ ].

### **C. The Tariff Wording**

Only the following comments are required concerning the wording of the tariff.

#### **1. Title**

The title reflects that which the tariff truly does. It is not “for” private copying (which would tend to imply that media not used for that purpose are not subject to the levy) but (as is stated in s. 81) “in respect of” private copying.

sociétés de gestion qui représentent les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles selon la proportion fixée par la Commission. La SCPCP s'est bornée à déposer un accord que ses sociétés membres ont conclu à ce sujet, demandant que le tarif soit fondé sur l'accord.

La Commission ne voit aucune raison d'agir de cette façon. La formule utilisée pour fixer le montant de la redevance est le reflet logique de l'évaluation des trois répertoires, tirée, en définitive, du modèle soumis par les experts de la SCPCP. Il n'est que raisonnable que ceci se traduise dans la répartition des redevances. Les sociétés demeurent libres d'en convenir autrement.

Étant donné la façon dont la SCPCP a procédé, il a été impossible de répartir les redevances entre les sociétés représentant une partie d'un groupe donné de titulaires. Par conséquent, le tarif répartit les parts revenant à chaque groupe d'une façon globale.

Le pourcentage applicable à chaque collège correspond à la part de toutes les copies privées attribuables à ce groupe [tableau III, lignes *D* à *F*] par rapport au rajustement pondéré du répertoire admissible [tableau III, ligne *G*]. Les auteurs donc ont droit à 60,8 pour cent [ $27,96 \div 46,01$ ] de la redevance, les artistes-interprètes, à 21,5 pour cent [ $9,91 \div 46,01$ ], et les producteurs, à 17,7 pour cent [ $8,14 \div 46,01$ ].

### **C. Libellé du tarif**

Le libellé du tarif appelle les seuls commentaires suivants.

#### **1. Titre**

Le titre indique la fonction réelle du tarif. Il ne s'agit pas d'un tarif «afférent à» la copie privée (ce qui pourrait sous-entendre que les supports non utilisés à cette fin ne sont pas assujettis à la redevance), mais plutôt d'un tarif «pour» la copie privée, comme l'indique l'article 81.

## 2. Notes

Three notes precede the tariff. They provide information that cannot really be put in the core of the tariff. The Board considers that this information should be included at the start of the tariff, to ensure that the tariff is never circulated without them.

Note 1 paraphrases sections 82 and 86, which set out in essence the liability of payers, in language that may be more easily understood by the average reader. Notes 2 and 3 address undertakings made by CPCC but which are strictly speaking outside the purview of the tariff.

## 3. Definition of “Blank Audio Recording Medium”

The expression is defined in the *Act* and therefore, cannot be modified by the Board. However, the Board sought to incorporate into the tariff a form of the definition that informs the reader while responding to market evolution.

The definition of “audio recording medium” is not needed in the tariff; for that reason, that notion is merged into the definition of “blank audio recording medium.” The media that the tariff targets explicitly are listed but the definition remains open ended.

The definition also allows for Cabinet designations. Consequently, if one occurs, there will be no argument that the tariff ought to be changed to account for those media. A footnote is included to inform the reader that no such declaration has been made to date.

## 4. Exempt Media

Subsection 3(2) paraphrases the provisions of the *Act* that identify which sales do not trigger the levy. While strictly speaking unnecessary, this

## 2. Notes

Trois notes précèdent le tarif et fournissent des renseignements qui ne peuvent pas vraiment figurer dans le tarif lui-même. La Commission estime qu’il convient de présenter ces renseignements au début du tarif afin que celui-ci ne soit jamais distribué sans ces données.

La note 1 reprend les articles 82 et 86, qui énoncent essentiellement la responsabilité des payeurs, dans un langage peut-être plus facile à comprendre pour le lecteur moyen. Les notes 2 et 3 concernent les engagements de la SCPCP qui débordent le cadre du tarif proprement dit.

## 3. Définition de «support audio vierge»

L’expression est définie dans la *Loi* et la Commission ne peut donc la modifier. Cependant, la Commission a tenté d’intégrer dans le tarif une forme de définition qui informe le lecteur tout en tenant compte de l’évolution du marché.

Il n’est pas nécessaire d’inclure la définition de «support audio» dans le tarif; c’est pourquoi cette notion est englobée dans la définition de l’expression «support audio vierge». Les supports visés par le tarif sont énumérés de façon explicite mais la définition demeure ouverte.

La définition permet également de tenir compte des désignations faites par le Cabinet. On ne pourra donc soutenir en pareil cas qu’il faut modifier le tarif pour tenir compte des supports concernés. Une note en bas de page informe le lecteur qu’aucune déclaration n’a été faite jusqu’à maintenant.

## 4. Supports exempts

Le paragraphe 3(2) reprend les dispositions de la *Loi* indiquant quelles sont les ventes ne donnant pas lieu à la redevance. Même si elle n’est pas

subsection allows the reader to know at a glance which media can be sold without having to take the levy into account.

#### 5. Administrative Provisions

For reasons of consistency, the Board favoured the formulation used in the neighbouring rights and other relevant tariffs over what the participants proposed.

The Board opted for reports and payments every two months, with the option for those whose payments are relatively small to report every six months. The Board hopes that this will reconcile both the need for timely payments with a reduction of the reporting burden on smaller manufacturers and importers.

As with other Board tariffs, manufacturers and importers will be required to pay for an audit if royalties are underreported by ten per cent. However, this threshold will be raised to twenty per cent for the first two accounting periods of 2000 to allow manufacturers and importers to adjust to the new tariff.

#### 6. Duration of the Tariff

Section 53 of *An Act to Amend the Copyright Act* requires that the first private copying tariff the Board certifies be for the years 1999 and 2000.

However, in a letter addressed to the Board and a press release both dated January 18, 1999, the members of CPCC stated that they would delay collecting the levy until the earlier of the date of the Board's decision on the proposed levy or December 31, 1999. In doing so, the collectives responded to mounting public pressure and uncertainty surrounding the potential retrospective application of the tariff. The Board thought it

vraiment nécessaire, cette précision permet au lecteur de savoir rapidement quels sont les supports pouvant être vendus sans qu'il soit nécessaire de tenir compte de la redevance.

#### 5. Dispositions administratives

Par souci d'uniformité, la Commission a retenu la formulation utilisée dans les tarifs sur les droits voisins et d'autres tarifs pertinents plutôt que celle que les participants ont proposée.

La Commission a opté pour des rapports et paiements aux deux mois, tout en permettant à ceux qui versent des paiements relativement minimes de déposer des rapports aux six mois. La Commission souhaite que cette décision concilie la nécessité d'assurer des paiements en temps opportun avec la possibilité d'atténuer le fardeau des petits fabricants et importateurs en ce qui a trait à la présentation des rapports.

Comme c'est le cas pour les autres tarifs homologués par la Commission, les fabricants et importateurs paieront les coûts de vérification si les redevances ont été sous-estimées de plus de dix pour cent. Cela dit, de façon à permettre aux fabricants et importateurs de s'adapter au nouveau tarif, ce seuil sera porté à vingt pour cent pour les deux périodes comptables de l'an 2000.

#### 6. Période d'effet du tarif

Selon l'article 53 de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, le premier tarif que la Commission homologue doit être en vigueur pendant les années 1999 et 2000.

Toutefois, dans une lettre adressée à la Commission ainsi que dans un communiqué de presse, tous deux datés du 18 janvier 1999, les membres de la SCPCP ont fait savoir qu'ils reporteraient la perception de la redevance jusqu'à la décision de la Commission au sujet de la redevance proposée ou jusqu'au 31 décembre 1999, si cette date est antérieure. Ce faisant, les sociétés ont répondu aux pressions croissantes

appropriate to refer to this undertaking in the notes preceding the tariff to bring it to the attention of readers.

#### **D. The Zero-Rating Scheme**

The Board cannot shelter from the levy users who do not make private copies. The only exception can be found in section 86 of the *Act*, which provides that no levy is payable on sales to associations representing persons with perceptual disabilities. Principles of statutory interpretation require the Board to conclude that it cannot create further exceptions.

Furthermore, it cannot be seriously argued that institutional or corporate buyers are exempt from the levy. The levy targets media, not persons. It is paid by manufacturers and importers, who are then free to integrate it to their pricing decisions in any manner they wish.

To help alleviate the effect of the levy on certain groups, CPCC has proposed to enter into agreements according to which manufacturers and importers would be allowed to sell recording media to certain categories of users without having to pay the levy. Much time was spent discussing CPCC's proposal. As the Board cannot create exemptions, the tariff is not the place to deal with such a scheme. Again, no account was taken of that proposal in setting the levy. Recording media subject to the scheme were treated on the basis that the levy would be collected on their sale. As a result, there is no need to discuss the merits of Bluebird Events' alternative proposal.

Having said this, the existence or absence of a mechanism that accommodates certain users of media who have to live with the consequences of the regime although they are not the reason for

provenant du public ainsi qu'à l'incertitude entourant l'application rétroactive du tarif. La Commission a jugé opportun de mentionner cet engagement dans la note précédant le tarif afin d'attirer l'attention des lecteurs à ce sujet.

#### **D. Le système d'exonération de la redevance**

La Commission ne peut protéger des conséquences de la redevance ceux qui ne font pas de copie privée. La seule exception est énoncée à l'article 86 de la *Loi*, lequel prévoit qu'aucune redevance n'est payable dans le cas des ventes aux associations représentant des personnes ayant une déficience perceptuelle. Compte tenu des principes d'interprétation législative, la Commission doit en arriver à la conclusion qu'elle ne peut créer d'autres exceptions.

De plus, on ne saurait sérieusement prétendre que les institutions ou les entreprises sont exonérées de la redevance. La redevance vise les supports et non les personnes. Elle est payée par les fabricants et les importateurs, qui peuvent ensuite l'intégrer dans leurs prix comme bon leur semble.

Afin d'atténuer les effets de la redevance pour certains groupes, la SCPCP a proposé de conclure des accords autorisant la vente en franchise de la redevance à certaines catégories d'utilisateurs. La proposition de la SCPCP a été longuement débattue. Étant donné que la Commission ne peut créer d'exemptions, il ne convient pas d'utiliser le tarif pour instaurer pareil système. Encore une fois, il n'a pas été tenu compte de cette proposition pour l'établissement de la redevance. Les supports pouvant bénéficier de ce système ont été traités comme si la redevance serait perçue sur leur vente. Par conséquent, point n'est besoin de commenter le bien-fondé de la proposition subsidiaire de *Bluebird Events*.

Cela dit, l'existence ou l'absence d'un mécanisme accommodant certains utilisateurs confrontés aux conséquences du régime, même si ce ne sont pas eux qui l'ont rendu nécessaire, pourrait bien avoir

which it was created may well have an impact on the amount that constitutes a reasonable rate. For example, a rate so high that it threatens a manufacturer's existing relationship with large institutional clients could well be inherently unreasonable, irrespective of the value of the underlying intellectual property, unless CPCC finds a way to accommodate the manufacturer so that it can maintain that relationship. Fortunately, in the Board's view, the rates set in this decision are at a level such that they need not be examined from that angle, at least for the time being.

CPCC's proposed scheme and any revisions made to it are facts that must be brought to the attention of manufacturers, importers and users of blank audio recording media. This is why the notes preceding the tariff make express reference to it.

des répercussions sur le montant qui constitue un taux raisonnable. Ainsi, il se pourrait qu'un taux élevé au point de menacer les liens entre un fabricant et les grandes institutions avec lesquelles il fait affaires soit foncièrement déraisonnable, indépendamment de la valeur de l'élément de propriété intellectuelle sous-jacent, à moins que la SCPCP ne trouve une façon d'accueillir le fabricant pour lui permettre de maintenir ce lien. Heureusement, la Commission estime que vu le niveau des taux fixés dans la présente décision, il n'est pas nécessaire de les examiner sous cet angle, du moins pour l'instant.

Le régime proposé par la SCPCP et les révisions s'y rapportant sont des faits qui doivent être portés à l'attention des fabricants, des importateurs et des utilisateurs de supports. C'est la raison pour laquelle on en parle dans les notes précédant le tarif.

Le secrétaire de la Commission,

Claude Majeau  
Secretary to the Board

## ENDNOTES

1. R.S.C. 1985, c. C-42, as amended.
2. Bill C-32, now *An Act to Amend the Copyright Act*, S.C. 1997, ch. 24, ss. 50, 53; Order Fixing the Dates of the Coming into Force of Certain Sections of the [Copyright] Act, P.C. 1998-365, March 12, 1998, *Canada Gazette* Part II, Vol. 132, No. 7, page 1149. Part VIII was one of the highlights of the long-awaited Phase II reform of the *Act*.
3. Private copying never was fair dealing within the meaning of the *Act*. Arguments to the contrary confuse the Canadian concept of fair dealing and the American notion of fair use. In Canada, fair dealing is a defence to copyright infringement. It is triggered when a protected work is used fairly for research, private study, criticism, review or news reporting. Copying a musical work for any other purpose infringes the copyright holder's reproduction right. Also, exceptions should not be read into the *Act* where there are none: *Cie générale des Établissements Michelin - Michelin & Cie v. C.A.W. - Canada* (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (F.C.T.D.) at 379. Consequently, there is no implied exemption for those who copy music to listen to in the car or while jogging.

This makes it unnecessary to debate whether copying of a whole work can constitute fair dealing: see *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (Div. Ct.); *Zamacois v. Douville*, [1944] Ex. C.R. 208, *contra*.

## NOTES

1. L.R.C. 1985, ch. C-42, modifié.
2. Projet de loi C-32, maintenant *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, L.C. 1997, ch. 24, art. 50, 53; Décret fixant les dates d'entrée en vigueur de certains articles de la Loi [sur le droit d'auteur], C.P. 1998-365, 12 mars 1998, *Gazette du Canada*, partie II, Vol. 132, n° 7, page 1149. La partie VIII était l'un des principaux éléments de la phase II de la réforme de la *Loi* qui était attendue depuis longtemps.
3. La copie privée n'a jamais constitué une utilisation équitable au sens de la *Loi*. Ceux qui soutiennent le contraire confondent les notions canadienne d'utilisation équitable et américaine d'exploitation équitable. Au Canada, l'utilisation équitable constitue un moyen de défense à l'allégation de violation du droit d'auteur. Ce moyen peut être invoqué lorsqu'une œuvre protégée est utilisée de façon équitable pour des fins de recherche, d'étude privée, de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles. La copie d'une œuvre musicale à toute autre fin viole le droit de reproduction du titulaire du droit d'auteur. De plus, aucune exception ne devrait être présumée lorsqu'elle n'est pas indiquée clairement dans la *Loi* : *Cie générale des Établissements Michelin - Michelin & Cie c. T.C.A. - Canada* (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), page 379. Par conséquent, aucune exemption implicite n'existe au profit des personnes qui copient une œuvre musicale pour l'écouter dans leur véhicule ou pendant qu'elles font du jogging.

Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la reproduction d'une œuvre complète peut constituer une utilisation équitable : voir *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (C. div.); *Zamacois c. Douville*, [1944] R.C.É. 208,

- contra.*
4. Section 80 does not legalize (a) copies made for the use of someone other than the person making the copy; and (b) copies of anything else than sound recordings of musical works. It does legalize making a personal copy of a recording owned by someone else.
  5. A statement is intended to target countries that afford Canadian performers and makers material reciprocity as regards private copying of sound recordings. None has been made to date.
  6. This is explained later: see III.A.1., *infra* (text accompanying note 31).
  7. *Evangelical Fellowship of Canada v. Canadian Musical Reproduction Rights Agency (C.A.)*, August 18, 1999, [1999] F.C.J. No. 1391, Court File No. A-371-99 (Rothstein J.A.).
  8. Part I of the *Constitution Act 1982* (R.S.C. 1985, Appendix A II, No. 44), being Schedule B of the *Canada Act* (U.K.), 1982, c. 11.
  9. *Cooper v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, ¶ 20 (Lamer C.J.), ¶ 55-56 (La Forest J.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (Unreported, July 9, 1999, S.C.C.) ¶ 53.
  10. *Cooper; Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.
  11. *Cuddy Chicks*, page 14e; *Cooper*, ¶ 46.
4. L'article 80 n'a pas pour effet de légaliser a) les copies faites pour l'usage d'une personne autre que la personne qui fait la copie; et b) les copies d'un enregistrement autre qu'un enregistrement sonore d'œuvres musicales. Il permet par contre à une personne de faire une copie personnelle d'un enregistrement appartenant à une autre personne.
  5. Une déclaration devrait cibler les pays accordant aux artistes-interprètes et producteurs canadiens une réciprocité matérielle en ce qui a trait à la copie privée d'enregistrements sonores. Aucune déclaration n'a été faite à ce jour.
  6. Cette règle est expliquée plus loin : voir III.A.1., *infra* (texte correspondant à la note 31).
  7. *Evangelical Fellowship of Canada c. Canadian Musical Reproduction Rights Agency (C.A.)*, 18 août 1999, [1999] J.C.F. n° 1391, n° de greffe A-371 (le juge Rothstein, J.C.A.).
  8. Partie I de la *Loi constitutionnelle* de 1982 (L.R.C. 1985, annexe A II, n° 44), soit l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.).
  9. *Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 20 (le juge en chef Lamer), par. 55 et 56 (le juge La Forest); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (jugement non publié en date du 9 juillet 1999, C.S.C.), par. 53.
  10. *Cooper; Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.
  11. *Cuddy Chicks*, page 14e; *Cooper*, par. 46.

12. *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants v. Canada (Copyright Board)*, [1992] 1 F.C. 487 (C.A).
13. For example, in *FWS Joint Sports Claimants*, *supra*, Note 12, the Court found that the Board had correctly ruled on a number of such issues, including whether there is copyright in the compilation of television programs in which others own copyright, whether there is copyright in the playing of a sports game, who is the first owner of the rights in the broadcast of a sports game, and the circumstances under which parol evidence can be admitted to interpret or contradict the terms of a contract.
14. *Australian Tape Manufacturers Association Ltd and Others v. Commonwealth of Australia*, [1993] 112 A.L.R. 53. (H.C.).
15. *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, (Unreported, September 10, 1999, S.C.C.).
16. *Ibid.*, ¶ 30, 43, 44.
17. Paragraph 83(8)(d) of the *Act*.
18. *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Saskatchewan (Minister of Agriculture)*, [1981] 2 S.C.R. 413, at 432.
19. The fact that from a legal perspective, manufacturers did not authorize private copying within the meaning of the *Act* is irrelevant to the determination of whether they benefited from the illegal copying of sound recordings.
12. *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.); *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1992] 1 C.F. 487 (C.A.).
13. Ainsi, dans l'arrêt *FWS Joint Sports Claimants*, *supra*, note 12, la Cour a statué que la Commission avait tranché correctement un certain nombre de questions de cette nature, notamment celle de savoir s'il existe un droit d'auteur à l'égard de la compilation de programmes de télévision qui font eux-mêmes l'objet d'un droit d'auteur en faveur d'une tierce partie, la question de savoir s'il existe un droit d'auteur afférent à la présentation d'un match sportif, la question de savoir qui est le premier titulaire des droits afférents à la radiodiffusion d'un match et quelles sont les circonstances dans lesquelles il est possible d'admettre une preuve extrinsèque pour interpréter ou contredire les termes d'un contrat.
14. *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. and Others c. Commonwealth of Australia*, [1993] 112 A.L.R. 53 (H.C.).
15. *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority* (jugement non publié en date du 10 septembre 1999, C.S.C.).
16. *Ibid.*, par. 30, 43, 44.
17. Alinéa 83(8)d) de la *Loi*.
18. *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Saskatchewan (Ministre de l'Agriculture)*, [1981] 2 R.C.S. 413, page 432.
19. Le fait que, du point de vue juridique, les fabricants n'ont pas autorisé la copie privée au sens de la *Loi* n'est pas pertinent en ce qui a trait à la question de savoir s'ils ont tiré profit de la reproduction illégale d'enregistrements sonores.



20. *Supra*, note 18, at 432.
  21. *Ibid.*
  22. *Australian Tape Manufacturers Association*, *supra*, Note 14, at 58 (quoting *Air Caledonie International v. Commonwealth* (1988), CLR 462, at 467), 60-62.
  23. *R. v. Edward Books & Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.
  24. *Id.*, at 759.
  25. \$1,200 out of \$2.7M: transcripts at 3069.
  26. Approximately \$47 out of more than \$360,000: Exhibits FEL Church-3, pages 7-36, FEL Church-5, pages 9-6.
  27. *Andrews v. Law Society of B.C.*, [1989] 1 S.C.R. 143, at 174.
  28. *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.
  29. *Ibid.*
  30. That is true even of so-called orphans: subsection 83(11) of the *Act* does not come into play unless a certified tariff is in place.
  31. That provision states that “An eligible author, eligible performer or eligible maker who does not authorize a collective society to file a proposed tariff ... under subsection (1) is entitled, in relation to
    - (a) a musical work,
    - (b) a performer’s performance of a musical work, or
    - (c) a sound recording in which a musical work, or a performer’s performance of a
20. *Supra*, note 18, page 432.
  21. *Ibid.*
  22. *Australian Tape Manufacturers Association*, *supra*, note 14, page 58 (où la Cour a cité l’arrêt *Air Caledonie International c. Commonwealth* (1988), CLR 462, page 467), pages 60-62.
  23. *R. c. Edward Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.
  24. *Id.*, page 759.
  25. 1 200 \$ sur un montant de 2 700 000 \$ : transcriptions, page 3069.
  26. Environ 47 \$ sur un montant de plus de 360 000 \$ : pièces FEL Church-3, pages 7-36, FEL Church-5, pages 9-6.
  27. *Andrews c. Law Society of B.C.*, [1989] 1 R.C.S. 143, page 174.
  28. *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.
  29. *Ibid.*
  30. C’est vrai même dans le cas des titulaires dits orphelins : le paragraphe 83(11) de la *Loi* ne s’applique pas lorsque aucun tarif homologué n’est en vigueur.
  31. Voici le libellé de cette disposition : «Les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles qui ne sont pas représentés par une société de gestion peuvent, aux mêmes conditions que ceux qui le sont, réclamer la rémunération visée à l’article 81 auprès de la société de gestion désignée par la Commission, d’office ou sur demande, si pendant la période où une telle rémunération est payable, un tarif homologué s’applique à leur type d’œuvre musicale, de prestation d’une œuvre musicale ou d’enregistrement sonore constitué d’une œuvre musicale ou

musical work, is embodied,

as the case may be, to be paid by the collective society that is designated by the Board ... the remuneration referred to in section 81 if such remuneration is payable during a period when an approved tariff that is applicable to that kind of work, performer's performance or sound recording is effective ...”

d'une prestation d'une œuvre musicale, selon le cas.»

32. Exhibit CPCC-22.

32. Pièce CPCC-22.

33. *R. v. Johnny* (1983), 149 D.L.R. (3d) 710, at 714. (B.C.C.A.)

33. *R. c. Johnny* (1983), 149 D.L.R. (3d) 710, page 714 (C.A. C.-B.).

34. See e.g., *Black's Law Dictionary*, 5<sup>th</sup> ed. (regular; usual; normal; common; often recurring; exercised by, or characteristic of, the normal or average individual); *Oxford English Dictionary*, 2<sup>nd</sup> ed. (As a matter of regular practice or occurrence. In the ordinary or usual course of events or state of things; in most cases, usually, commonly); *Dictionary of Canadian Law* (which defines ordinary use as a use which is commonplace, customary, normal, regular or usual in the course of everyday life).

34. Voir, p. ex., *Black's Law Dictionary*, 5<sup>e</sup> éd. (regular; usual; normal; common; often recurring; exercised by, or characteristic of, the normal or average individual); *Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (As a matter of regular practice or occurrence. In the ordinary or usual course of events or state of things; in most cases, usually, commonly); *Dictionary of Canadian Law* (qui définit l'usage habituel comme un usage courant, normal, régulier ou usuel dans la vie de tous les jours).

In French, the meaning of “*habituel*” ranges from “*Qui tient de l'habitude par sa régularité*” to “*normal*” or “*très fréquent*”.

Selon les dictionnaires français, le mot «habituel» signifie «qui tient de l'habitude par sa régularité» ou encore «normal» ou «très fréquent».

35. See e.g., *Thomson v. M.N.R.*, [1946] 1 D.L.R. 689 (S.C.C.).

35. Voir, p. ex., *Thomson c. M.N.R.*, [1946] 1 D.L.R. 689 (C.S.C.).

36. *Verrier v. Minister of National Revenue* (1988), 23 F.T.R. 217, ¶ 6.

36. *Verrier c. Ministre du Revenu national* (1988), 23 F.T.R. 217, par. 6.

37. See e.g., *Bailey v. Bailey*, [1992] O.J. 967 (Gen. Div.).

37. Voir, p. ex., *Bailey c. Bailey*, [1992] O.J. 967 (Div. gén.).

38. Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 2<sup>nd</sup> ed. (Cowansville, Yvon Blais, 1990) at 234; Sullivan, R., *Driedger on the Interpretation of Statutes*, 3<sup>rd</sup> ed. (Toronto, Butterworths, 1994), at 131.

38. Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. (Cowansville, Yvon Blais, 1990), page 234; Sullivan, R., *Driedger on the Interpretation of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto, Butterworths, 1994), page 131.

39. *R. v. Johnny, supra*, note 33.

40. It would not be surprising if as a result of this decision, some of the uses that are not targeted by the tariff migrated to shorter formats. For example, Mr. Bruce Clemenger, Director of National Affairs, The Evangelical Fellowship of Canada, noted that the length of a religious sermon is usually somewhere between 30 and 40 minutes: transcripts at 3039.

41. CD-R stands for CD-recordable; these media can be written onto only once. CD-RW stands for CD-recordable rewritable; these media can be written onto many times. The Audio line of products was created at least in part to comply with US legal requirements. They are encoded so as to be recognized as audio products when played on digital audio recording equipment and may not be readable by all CD-ROM drives, but are otherwise technologically identical to their non-Audio counterparts.

42. It may also be that the sale of CD-R Audio technology will never take off in Canada. Canadian legislation does not require the installation of copy protection mechanisms on digital audio recording equipment.

43. Transcripts at 1618-1639; Exhibit CSMA-8, grossed up by just over 10 per cent to reflect sales by companies not included in the ITA/IRMA industry survey data provided in the exhibit: see Exhibits CSMA-37 and CPCC-23 (Appendix 4).

44. The 1999 and 2000 estimates are based on the testimony of CSMA witnesses and the evidence filed. Given the absence of reliable price elasticities, the estimates do not take into account any impact the levy may have on sales.

39. *R. c. Johnny, supra*, note 33.

40. Il ne serait pas étonnant que, suite à la présente décision, une cassette de durée plus courte soit désormais utilisée pour une partie des usages non visés par le tarif. Ainsi, M. Bruce Clemenger, directeur des affaires nationales, *The Evangelical Fellowship of Canada*, a souligné que la durée d'une homélie varie habituellement de 30 à 40 minutes : transcriptions, page 3039.

41. CD-R désigne les disques compacts enregistrables, sur lesquels il est possible d'enregistrer une seule fois. CD-RW désigne les disques compacts réenregistrables, sur lesquels il est possible d'enregistrer plusieurs fois. La gamme de produits «audio» a été créée au moins en partie pour répondre aux exigences légales américaines. Ces produits sont codés de façon à être reconnus comme des produits audio s'ils sont lus sur un équipement d'enregistrement audionumérique et peuvent ne pas être lus par tous les lecteurs CD-ROM, mais sont par ailleurs technologiquement identiques à leurs équivalents non audio.

42. Il se pourrait aussi que la vente de la technologie des CD-R audio ne prenne jamais son envol au Canada. La loi canadienne n'exige pas l'installation de mécanismes de protection contre la copie sur l'équipement d'enregistrement audionumérique.

43. Transcriptions, pages 1618 à 1639; pièce CSMA-8, chiffres majorés d'un peu plus de 10 pour cent pour tenir compte des ventes d'entreprises non incluses dans les données de l'étude ITA/IRMA menée auprès de l'industrie, qui sont fournies dans cette pièce : voir les pièces CSMA-37 et CPCC-23 (annexe 4).

44. Les estimations pour 1999 et 2000 sont fondées sur le témoignage des témoins de la CSMA et la preuve déposée. En l'absence de toute valeur fiable d'élasticité par rapport aux prix, les estimations font abstraction de tout impact que la redevance pourrait avoir sur les ventes.

Future sales of CD-Rs and CD-RWs are most difficult to predict. They are expected to grow rapidly and to become the dominant medium. Given the early stage of development of the market, it is not surprising to see that forecasts vary widely. The Board accepts CSMA's industry panel's estimate that some 21 million CD-Rs, including a relatively small number of CD-RWs, were sold in Canada in 1998, and in spite of the panel's less optimistic predictions, the Board expects that significant growth will occur during 1999 with sales of CD-Rs and CD-RWs surpassing 45 million, and further doubling to 88 million in 2000.

Les ventes futures de CD-R et de CD-RW sont très difficiles à prévoir. On s'attend à ce qu'elles croissent rapidement et à ce que ces produits deviennent les supports dominants. Compte tenu du stade précoce de développement du marché, il n'est pas surprenant d'observer d'énormes variations dans les prévisions. La Commission accepte l'estimation du groupe de témoins de l'industrie de la CSMA selon laquelle environ 21 millions de CD-R, y compris un nombre relativement peu élevé de CD-RW, ont été vendus au Canada en 1998, et malgré les prévisions moins optimistes du groupe de témoins, la Commission s'attend à ce qu'une croissance importante survienne en 1999, avec des ventes de CD-R et de CD-RW qui dépasseront 45 millions, et qui doubleront ensuite à 88 millions en 2000.

45. Exhibit Board-2.

45. Pièce Board-2.

46. I.e., accurately identifying own price, cross price, diffusion versus other effects.

46. C'est-à-dire à déterminer avec exactitude l'effet prix propre, l'effet prix croisé et l'effet de diffusion par rapport à d'autres effets.

47. For the purposes of this decision, grey market sales are sales in Canada of substitutable non-levied blank audio recording media. A grey market is a legal market that develops from the importation of goods from abroad. Ordinarily, these goods sell below the domestic market prices, even after custom duties have been paid.

47. Pour les fins de la présente décision, les ventes du marché gris sont les ventes au Canada de supports audio vierges substituables échappant à la redevance. Un marché gris est un marché légal qui est créé par l'importation de biens venant de l'étranger. Généralement, ces biens se vendent à moindre prix que ceux du marché intérieur, même après le paiement des droits de douane.

48. Professor Brander recognized this shortcoming during his testimony: transcripts at 2934.

48. Le professeur Brander a reconnu cette lacune durant son témoignage : transcriptions, page 2934.

49. In the text of these reasons, the figures are rounded to the nearest penny. No rounding was made for the purposes of calculating the actual amount of the levy. See Table III.

49. Dans l'exposé des présents motifs, les chiffres sont arrondis au cent le plus proche. Aucun arrondissement n'a été fait dans le calcul du montant réel de la redevance. Voir le tableau III.

50. These are known as the “container deduction” and “free goods” allowance. The resulting discounted royalty is sometimes referred to as the “penny rate”.
50. Ces réductions sont la «déduction du contenant» et l’allocation pour «produits gratuits». La redevance réduite résultante est parfois appelée, en anglais, «*penny rate*».
51. CSMA sought an adjustment to reflect the variation in typical royalty rates for artists associated with independent labels, major Canadian labels or Quebec-based labels. The Board accepts that the adjusted rate of 18 per cent already accounts for this.
51. La CSMA a réclamé un rajustement tenant compte de la variation des taux de redevance types pour les artistes associés à des étiquettes indépendantes, aux grandes étiquettes canadiennes ou aux étiquettes québécoises. La Commission estime que le taux rajusté de 18 pour cent tient déjà compte de ce facteur.
52. See Part III.B, *supra*.
52. Voir la partie III.B, *supra*.
53. Sales of CD-RWs, which can be reused, are so low as not to affect this conclusion.
53. Les ventes de CD-RW, qui sont des supports réutilisables, sont si faibles qu’elles n’influent pas sur cette conclusion.
54. See Part VI.D, *infra*.
54. Voir la partie VI.D, *infra*.