

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**FILES: 1989-2, 1990-4, 1991-13,
1992-PM/EM-1 and 1994**

**DOSSIERS : 1989-2, 1990-4, 1991-13,
1992-PM/EM-1 et 1994**

Public Performance of Music

Exécution publique de la musique

Copyright Act, Section 67.2

Loi sur le droit d'auteur, article 67.2

PRELIMINARY QUESTIONS:

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES :

TARIFF 17.A.1 (Transmission of
Non-Broadcast Services – Television)

TARIF 17.A.1 (Transmission de services autres
que de radiodiffusion – télévision)

TARIFF 17.B (Retransmission of Local
Broadcast Television and Radio Signals)

TARIF 17.B (Retransmission de signaux
locaux de télévision et de radio)

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice Donald Medhurst
Michel Hétu, Q.C.
Dr. Judith Alexander
Mr. Michel Latraverse

M. le juge Donald Medhurst
Michel Hétu, c.r.
M^{me} Judith Alexander
M^e Michel Latraverse

Date of the Decision

Date de la décision

May 20, 1994

Le 20 mai 1994

Ottawa, May 20, 1994

Ottawa, le 20 mai 1994

**FILES: 1989-2, 1990-4, 1991-13,
1992-PM/EM-1 and 1994**

**DOSSIERS : 1989-2, 1990-4, 1991-13,
1992-PM/EM-1 et 1994**

Public Performance of Music

Exécution publique de la musique

Reasons for the Decision

Motifs de la décision

At a pre-hearing conference held on February 1, 1994, the Board set a timetable for the consideration of legal and procedural preliminary issues arising from proposed tariffs 2 and 17. These tariffs cover the public performance, or the communication to the public by telecommunication, of musical and dramatico-musical works (the music tariffs). Submissions regarding tariff 17 were filed on February 18, and replies on March 4. This order deals with the issues raised in those documents.

Lors d'une conférence préparatoire tenue le premier février 1994, la Commission a établi un échéancier pour l'examen des questions préliminaires de droit ou de procédure soulevées en regard des projets des tarifs 2 et 17. Ces tarifs visent l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales ou dramatico-musicales (les tarifs pour la musique). En ce qui concerne le tarif 17, les parties ont déposé leurs représentations écrites le 18 février, et leurs réponses le 4 mars. La présente ordonnance traite des questions soulevées dans ces documents.

TARIFF 17.A.1: TRANSMISSION OF NON-BROADCAST SERVICES (TELEVISION)

TARIF 17.A.1 : TRANSMISSION DE SERVICES AUTRES QUE DE RADIODIFFUSION (TÉLÉVISION)

1) Postponing the Proceedings

1) Demande de remise

Some intervenors asked that the examination of tariff 17.A.1 be delayed until the Federal Court of Appeal decides on an application for judicial review filed by the Canadian Association of Broadcasters (CAB). The application pertains to the Board's decision of December 6, 1993 on the music tariff for broadcast television stations. The Board shares the view of SOCAN and the Canadian Cable Television Association (CCTA) that the examination of tariff 17.A.1 should proceed without further delay.

Certains intervenants ont demandé d'attendre, avant de procéder à l'examen du tarif 17.A.1, que la Cour d'appel fédérale se prononce sur une demande en révision judiciaire déposée par l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR). Cette demande vise la décision de la Commission rendue le 6 décembre 1993, portant sur le tarif pour la musique utilisée par les stations de télévision conventionnelles. La Commission croit plutôt, comme le soutiennent la SOCAN et l'Association canadienne de télévision par câble (ACTC), qu'il faut procéder sans délai à l'examen de ce tarif.

The matter goes back to 1990. The delay in dealing with it arises from parties seeking legal remedies before the Federal Court. CAB's

Des demandes adressées à la Cour fédérale ont fait en sorte que ce dossier traîne depuis 1990. Permettre que la demande de l'ACR, et les

application, and others that might surface later, could postpone the matter even longer. Further delays are unacceptable.

Some participants stated that the issues raised in CAB's application make it difficult for them to decide which evidence to provide during the hearings into Tariff 17.A.1. The Board disagrees. No one questions that market prices, American rates and music use studies are relevant considerations. The issue before the Federal Court is not whether the Board was entitled to look at such evidence, but whether the Board took sufficient notice of it. Parties are therefore free to produce evidence on these issues, as well as any others they feel should be considered.

Finally, the Board does not consider that it need postpone the proceedings to allow persons who may receive CRTC licenses for new non-broadcast services to participate. People who hope to operate new services could ask now to intervene in the proceedings before the Board. Given the time needed to dispose of tariff 17.A.1, persons who do get a CRTC licence will have ample time to join the proceedings as they unfold.

2) Requests for Preliminary Rulings

Parties also asked that certain issues be dealt with as preliminary matters. These concerned the Board's ability to apportion liability amongst non-broadcast services and retransmitters, and to add payees to a proposed tariff. The Board was also asked to determine whether those powers had changed since the coming into force of Bill C-88,¹ on September 1, 1993.

autres qui pourraient venir s'ajouter, retardent encore davantage l'examen de cette question serait inacceptable.

Pour certains, la nature des questions soulevées par la demande de l'ACR ferait en sorte qu'il leur est difficile de déterminer quelle preuve présenter durant l'examen du tarif 17.A.1. La Commission ne partage pas ce point de vue. Personne ne conteste la pertinence des prix de marché, des taux américains ou des études sur l'usage de musique. On ne remet pas en question, devant la Cour fédérale, le droit de la Commission de prendre en compte la preuve présentée à cet égard; on se demande plutôt si elle a suffisamment tenu compte de cette preuve dans les circonstances de l'espèce. Les parties peuvent donc présenter de la preuve sur ces questions, ainsi que sur toute autre qu'elles considèrent pertinente.

Enfin, la Commission ne croit pas qu'il y ait lieu de retarder cette affaire pour donner à ceux qui pourraient obtenir du CRTC une licence pour l'exploitation de nouveaux services spécialisés l'occasion d'y participer. Ceux qui espèrent exploiter de nouveaux services pourraient dès maintenant demander d'intervenir au débat. Compte tenu du temps qu'il faudra pour trancher sur le tarif 17.A.1, ceux qui obtiendront une licence du CRTC auront tout le temps de se joindre à la présente affaire avant qu'elle ne se termine.

2) Demandes d'adjudication préalable

Les parties ont aussi demandé à ce que la Commission tranche dès maintenant certaines questions portant sur sa compétence pour établir un partage de responsabilités entre les services spécialisés et les retransmetteurs et pour désigner dans un tarif homologué des débiteurs qui ne le sont pas dans le projet de tarif. On lui a aussi demandé de déterminer si ces pouvoirs ont changé depuis l'entrée en vigueur du projet de loi C-88,¹ le premier septembre, 1993.

The Board is unwilling to rule on any of them without the benefit of the record of these proceedings and of further arguments. Among other reasons, it wishes that representatives of non-broadcast services fully participate in these proceedings. From its point of view, their participation will assist in assessing a fair price for that use.

Non-broadcast services have an interest in participating in these proceedings, whether or not they are named in the certified tariff. Their liability may well flow from the very terms of s.3(1.4) of the *Copyright Act* (the “*Act*”). Furthermore, if, as Regional Cablesystems Inc. (Regional) points out, most contribution claims are to be settled on the basis of contracts, non-broadcast services have a definite interest in influencing the outcome of these proceedings. They will also want to ensure that any formula used in the certified tariff does not create unnecessary difficulties in apportioning liability amongst them and the retransmitters.

3) Small Systems

The Board shares the view that small systems should be dealt with at the end of these proceedings. Subject to arguments that may be submitted later, the Board is of the preliminary view that even in the absence of a regulation defining a small system, the Board is required to set a preferential price for them. Therefore, parties will be expected to present evidence and argument on the interpretation of the expression in the absence of such regulation.

TARIFF 17.B: RETRANSMISSION OF LOCAL BROADCAST TELEVISION AND RADIO SIGNALS

CCTA and Regional argued that the matter pertains to the retransmission regime, and not to the music tariffs regime; therefore, it was

La Commission n’entend pas le faire avant d’avoir constitué le dossier de la présente affaire et entendu d’autres arguments à cet égard. Elle désire entre autres que les personnes représentant les services spécialisés participent pleinement à cette procédure. Elle croit que leur participation l’aidera à établir un prix juste pour l’usage visé.

Les services spécialisés ont intérêt à participer à cette procédure et ce, peu importe qu’ils soient ou non désignés nommément dans le tarif qui sera homologué. Leur responsabilité pourrait fort bien découler du texte même du par. 3(1.4) de la *Loi sur le droit d’auteur* (la « *Loi* »). Par ailleurs, si les Entreprises de télédistribution régionales Inc. (*Regional*) ont raison de prétendre que dans la plupart des cas, les services spécialisés seront appelés à indemniser les retransmetteurs des sommes versées à la SOCAN, ceux-ci ont certainement intérêt à agir sur le résultat de la présente affaire. Ils voudront aussi faire en sorte que la formule retenue dans le tarif homologué ne crée pas d’obstacles inutiles au partage des responsabilités entre eux et les retransmetteurs.

3) Les petits systèmes

La Commission partage l’avis de ceux qui suggèrent de traiter des petits systèmes à la fin des audiences. Sous réserve des arguments qui pourraient lui être soumis plus tard, elle croit qu’elle est probablement tenue d’établir un prix préférentiel pour les petits systèmes même en l’absence d’un règlement définissant cette notion. Elle s’attend donc à ce que les parties présentent de la preuve et des arguments sur le sens à donner à cette expression, le cas échéant.

TARIF 17.B : RETRANSMISSION DE SIGNAUX LOCAUX DE TÉLÉVISION ET DE RADIO

L’ACTC et *Regional* ont prétendu que cette question relève du droit de retransmission et n’a pas sa place dans un tarif pour la musique; elles

stated, the proposed tariff 17.B could not be valid under any circumstance. Hence a ruling to that effect should be issued immediately. SOCAN and the CAB argued that such a ruling was premature, in view of CAB's pending application for judicial review. They asked that the consideration of tariff 17.B be postponed until a decision on that application was issued.

Recent amendments have dissipated the uncertainty surrounding the precise nature of the actions of cable operators under the *Act*. Bill C-88 changed the definition of musical work so as to make it impossible to argue that the only manner of communicating a musical work is to hold a sheet of music in front of a camera or to fax it. Now, there can be no doubt that the music we hear on radio or television constitutes a communication of musical works by telecommunication. Bill C-88 also amended s. 3(1.4) of the *Act* – the single communication rule – in a way that makes it abundantly clear to those who still entertain doubt on the issue, that cable operators do communicate works by telecommunication: no other interpretation is possible given the specific exclusion of retransmitters from the single communication rule.

Furthermore, the legislation implementing the North American Free Trade Agreement,² which came into force on January 1, 1994, adds to the *Act* a provision that makes it clear that the person who communicates a work does not perform it.³

Others may want to argue whether these amendments were necessary. In the Board's view, they have the merit of safeguarding, as was stated by counsel to Regional, "the integrity of the scheme for copyright liability for retransmission": performing rights should not serve to take away the free use of local

ont donc soutenu que le tarif 17.B ne saurait être valide et qu'il y aurait lieu de rendre immédiatement une décision à cet effet. Pour leur part, la SOCAN et l'ACR ont soutenu qu'une telle décision serait prématurée, compte tenu de la demande en révision judiciaire de l'ACR; elles demandent de reporter l'examen du tarif 17.B jusqu'à ce qu'une décision sur cette demande ait été rendue.

Des modifications récentes à la *Loi* ont clarifié la nature juridique des activités des câblodistributeurs. Compte tenu de la nouvelle définition d'œuvre musicale établie par le projet de loi C-88, on ne peut plus prétendre que la seule façon de communiquer une telle œuvre est de tenir une partition devant l'objectif d'une caméra ou de la télécopier. Désormais, il ne fait plus de doute que la musique entendue à la radio ou à la télévision constitue la communication par télécommunication d'œuvres musicales. Le projet de loi C-88 modifie par ailleurs le par. 3(1.4) de la *Loi*, – la règle concernant la communication unique – d'une façon qui dissipe tous les doutes qui pourraient subsister sur le fait que les câblodistributeurs se livrent à la communication d'œuvres par télécommunication : il ne saurait en être autrement, puisque la disposition prend la peine d'exclure de façon expresse le retransmetteur du champ d'application de la règle.

Qui plus est, la loi de mise en vigueur de l'Accord de libre-échange nord-américain,² entrée en vigueur le premier janvier 1994, ajoute à la *Loi* une disposition établissant clairement que celui qui communique une œuvre ne l'exécute pas.³

Certains douteront de la nécessité d'adopter ces modifications. La Commission est d'avis qu'elles ont le mérite de préserver, comme l'a noté l'avocat représentant *Regional*, [TRADUCTION] « l'intégrité du régime de responsabilité au titre du droit d'auteur dans le domaine de la retransmission » : le droit

signals granted under the retransmission regime.

Whatever the situation may have been before January 1, 1994, retransmitting a musical work constitutes a communication of the work, and only a communication of the work; any decision to the contrary has been superseded. The activities covered by proposed tariff 17.B fall within the retransmission regime, and are not of the kind that can be dealt with in the music tariffs. Since the proposed tariff 17.B relates solely to the period starting January 1, 1994, the unavoidable conclusion is that tariff 17.B as filed cannot be a valid tariff.

Tariff 17.B, therefore, should be struck from the proposed Statement of Royalties as published in the *Canada Gazette*, Part I, dated October 9, 1993.

AGENDA

Parties will soon be contacted to arrange a meeting with Board staff, to determine an agenda for the proceedings. Given the number of participants involved, it would also be useful to consider various means of streamlining the proceedings.

d'exécution ne doit pas servir à rendre illusoire la gratuité des signaux locaux que prévoit le régime de retransmission.

Depuis le premier janvier 1994, et quelle qu'ait été la situation auparavant, la retransmission d'une œuvre musicale constitue une communication de l'œuvre, et uniquement une communication de l'œuvre; les décisions contraires, s'il en est, ne tiennent plus. Les gestes visés par le projet de tarif 17.B relèvent du régime de retransmission, et non des tarifs pour la musique. Comme le projet de tarif 17.B vise uniquement la période débutant le premier janvier 1994, on se doit de conclure que ce projet de tarif, tel que déposé, ne saurait être valide.

Par conséquent, la Commission ordonne la radiation du projet de tarif 17.B tel que publié dans la Partie I de la *Gazette du Canada* le 9 octobre 1993.

ÉCHÉANCIER

D'ici peu, on entrera en contact avec les parties pour la tenue d'une rencontre avec le personnel de la Commission, dont l'objet sera d'établir l'échéancier des procédures et, compte tenu du nombre de participants, d'examiner divers moyens permettant de simplifier le processus.

Le secrétaire général,



Claude Majeau
Secretary to the Board

ENDNOTES

1. S.C. 1993, ch. 23.
2. S.C. 1993, ch. 44.
3. See s. 3(4). Subsection (4) is said to be “for the purposes of subsection 3(1);” this does not make it less relevant in the interpretation of the whole *Act*, including the provisions setting out the retransmission regime. Subsection 3(1) contains the essential definition of what is meant by copyright and constitutes, therefore, the linchpin for the whole statute.

NOTES

1. L.C. 1993, chap. 23.
2. L.C. 1993, chap. 44.
3. Par. 3(4). Certes, ce paragraphe est établi « pour l’application du paragraphe 3(1) ». Il n’en demeure pas moins pertinent à l’interprétation de l’ensemble de la *Loi*, y compris les dispositions établissant le régime de retransmission. Le paragraphe 3(1) contient la définition-maîtresse de ce qu’est le droit d’auteur : il constitue donc la pierre angulaire de toute la législation.