

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

Fixing of Royalties in Individual Cases

Fixation des redevances dans des cas particuliers

Copyright Act, sections 66.51 and 70.2

Loi sur le droit d'auteur, articles 66.51 et 70.2

File: 70.2-2009-01

Dossier : 70.2-2009-01

L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE
L'INDUSTRIE DU DISQUE, DU SPECTACLE ET
DE LA VIDÉO (ADISQ) v. SODRAC 2003 INC.
AND SOCIETY FOR REPRODUCTION RIGHTS
OF AUTHORS, COMPOSERS AND PUBLISHERS
IN CANADA (SODRAC)

L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE
L'INDUSTRIE DU DISQUE, DU SPECTACLE ET
DE LA VIDÉO (ADISQ) c. SODRAC 2003 INC. ET
SOCIÉTÉ DU DROIT DE REPRODUCTION DES
AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS AU
CANADA (SODRAC)

INTERIM DECISION OF THE BOARD

**DÉCISION PROVISOIRE DE LA
COMMISSION**

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice William J. Vancise
Mrs. Francine Bertrand-Venne
Mrs. Jacinthe Théberge

M. le juge William J. Vancise
M^e Francine Bertrand-Venne
M^e Jacinthe Théberge

Date of Decision

Date de la décision

May 28, 2009

Le 28 mai 2009

Ottawa, May 28, 2009

Ottawa, le 28 mai 2009

File: 70.2-2009-01

Dossier : 70.2-2009-01

Application to fix amount of royalties and related terms and conditions in respect of a licence

Demande de fixation des redevances et modalités afférentes relatives à une licence

Reasons for the interim decision

Motifs de la décision provisoire

[1] On March 6, 2009, the *Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) filed, pursuant to subsection 70.2 (1) of the *Copyright Act* (the "Act"), a request for arbitration of the royalties, terms and conditions of a licence allowing its members to reproduce on phonograms works in the repertoire of SODRAC 2003 Inc. and of the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (jointly SODRAC) from January 1, 2009 to December 31, 2012. On March 19, SODRAC requested in turn that the Board set the royalties, terms and conditions of a licence allowing members of ADISQ to reproduce in videograms works from the repertoire of SODRAC from January 1, 2004 to December 31, 2012.

[1] Le 6 mars 2009, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ), se prévalant du paragraphe 70.2 (1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « Loi »), déposait une demande d'arbitrage des redevances et modalités d'une licence permettant à ses membres de reproduire sur phonogramme les œuvres du répertoire de SODRAC 2003 inc. et de la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (conjointement la SODRAC) entre le 1^{er} janvier 2009 et le 31 décembre 2012. Le 19 mars, la SODRAC demandait à son tour que la Commission fixe les redevances et modalités d'une licence permettant aux membres de l'ADISQ de reproduire sur vidéogramme les œuvres du répertoire de la SODRAC entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2012.

[2] On April 6, at the request of the parties and to allow record producers to continue to receive public financing made available to assist in creating sound recordings to which producers are entitled only if they comply with the terms of licences authorizing the use of works protected by copyright, the Board rendered the following decision:

[2] Le 6 avril, à la demande des parties et afin de permettre aux maisons de disques de continuer à recevoir le financement public offert pour la création de phonogrammes auquel elles n'ont droit que si elles se conforment aux modalités de licence pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, la Commission rendait la décision suivante :

[1] The Board adopts as an interim decision taking effect on January 1, 2009 the licences filed by *L'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo* (ADISQ) as Exhibit RP-1 and by SODRAC 2003 Inc. and Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (jointly SODRAC) as Exhibit S-3.

[1] La Commission fait siennes, à titre de décision provisoire prenant effet le 1^{er} janvier 2009, les licences déposées par l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ) sous la cote RP-1 et par SODRAC 2003 inc. et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (conjointement la SODRAC) sous la cote S-3.

[2] This decision is made to respond to the situation described in paragraphs 41 to 44 of the ADISQ application, as an emergency measure. The applications for interim decisions by ADISQ and SODRAC will be examined later; that examination may or not lead the Board to amend this decision.

[2] La présente décision est prise pour répondre aux circonstances décrites aux paragraphes 41 à 44 de la demande de l'ADISQ, à titre de mesure d'urgence. Les demandes de décisions provisoires de l'ADISQ et de la SODRAC feront donc l'objet d'un examen subséquent, qui pourrait ou non amener la Commission à modifier la présente décision.

[3] For the following reasons, the decision of April 6, 2009 is maintained.

[3] Pour les motifs qui suivent, la décision du 6 avril 2009 est maintenue.

Phonograms

Phonogrammes

[4] Until December 31, 2008, the parties were subject to the master licence filed as Exhibit RP-1. The last rate set in the agreement was 9.1¢ per track. Article 11 of the licence is a parity clause: SODRAC grants in advance to members of ADISQ the "[TRANSLATION] most favourable conditions" that it may afford to third parties. SODRAC argues that one must always look at the terms of a licence overall to determine whether or not it triggers the parity clause; ADISQ counters that under certain circumstances, a single condition could trigger the clause.

[4] Jusqu'au 31 décembre 2008, les parties étaient assujetties à la licence cadre produite sous la cote RP-1. Le dernier taux prévu à l'entente était de 9,1 ¢ par piste. L'article 11 de la licence est une clause de parité : la SODRAC accorde à l'avance aux membres de l'ADISQ les « conditions plus avantageuses » qu'elle pourrait consentir à des tiers. La SODRAC soutient que le caractère plus avantageux s'établit toujours en fonction de l'ensemble des conditions; l'ADISQ soutient au contraire que dans certains cas, le caractère plus avantageux s'établit condition par condition.

[5] Members of the Canadian Recording Industry Association (CRIA) currently pay SODRAC 8.1¢ per track. Relying on the parity clause, ADISQ requests that the interim licence be set at that rate. ADISQ also relies on a number of other factors to request that one fourth of the amounts paid pursuant to the interim licence be held by a trustee until the Board renders its final decision.

[5] En ce moment, les membres de l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA) versent 8,1 ¢ par piste à la SODRAC. Se fondant sur la clause de parité, l'ADISQ demande que la licence provisoire prévoie le même taux. L'ADISQ invoque aussi d'autres facteurs pour demander que le quart des sommes versées au titre de la licence provisoire soit détenu par un fiduciaire tant et aussi longtemps que la Commission n'aura pas rendu sa décision finale.

[6] For its part, SODRAC requests that the *status quo* be fully maintained. It argues that the rates paid by CRIA members are provisional and that whether the parity clause warrants a rate cut can only be determined after a complete analysis of the relevant contracts and of the discounts they provide. The master licence provides that

[6] Pour sa part, la SODRAC demande le maintien du statu quo intégral. Elle soutient que les taux que versent les membres de la CRIA seraient provisoires et que seule une analyse complète des contrats pertinents et des abattements qu'ils prévoient permettrait d'établir si l'application de la clause de parité

disagreements on the interpretation or application of the licence are to be referred to arbitration. SODRAC argues that it would not be appropriate for the Board to take on that role. Finally, SODRAC argues, for reasons that need not be stated here, that placing a share of the royalties in trust is not justified.

[7] The parties argued at length the lack of diligence that one or the other might have displayed in the course of bargaining, as well as alleged assurances that royalties were to be set as a percentage of wholesale price rather than a set amount per track. The matter is not relevant at this stage, supposing that it has any relevance at all.

[8] The parties disagree on the interpretation of the parity clause as well as on its application insofar as the royalties payable by CRIA members have yet to be finalized. We do not intend to embark on this debate in the context of an interim decision. The evidence available to us is far from clear and the parties' arguments need to be seriously fleshed out. Apparently, SODRAC allowed some users to pay royalties at a lower rate than those set in the master agreement even before it agreed to the parity clause. ADISQ never asked that the matter be sent to arbitration even though the CRIA rates appear to have been widely known. The parties are free to refer the issue to arbitration if they wish to settle the issue at this stage of the process. They will have no other choice with respect to transactions that occurred before the licence the Board has been asked to issue comes into force. Under the circumstances, we prefer to impose on the parties precisely what they had already agreed upon. It will be up to the Board to decide whether to deal with the issue in its final decision.

entraînerait une réduction de taux. La licence cadre prévoit le renvoi à l'arbitrage des mécontentes sur l'interprétation ou l'application de la licence. Selon la SODRAC, il ne serait pas approprié que la Commission se substitue à l'arbitre. Enfin, la SODRAC, pour des motifs qu'il n'est pas nécessaire d'énumérer, soutient que la mise en fidéicomis d'une partie des redevances n'est pas justifiée.

[7] Les parties s'étendent assez longuement sur le manque de diligence dont l'une ou l'autre aurait pu faire preuve lors des négociations, ainsi que sur certaines promesses d'en arriver à une redevance qui soit un pourcentage du prix de gros plutôt qu'un montant fixe par piste. Le débat, si tant est qu'il soit d'une quelconque pertinence, ne l'est pas à ce stade du processus.

[8] Les parties ne s'entendent ni sur l'interprétation de la clause de parité ni sur la possibilité de l'invoquer, dans la mesure où les prix payés par les membres de la CRIA ne sont pas finaux. Nous n'entendons pas nous engager dans ce débat dans le contexte d'une décision provisoire. La preuve dont nous disposons est loin d'être claire et les prétentions des parties demeurent mal étayées. La SODRAC semblait déjà pratiquer des taux plus bas que ceux prévus à l'entente cadre au moment de signer la clause de parité. L'ADISQ n'a jamais invoqué l'arbitrage pour trancher le débat alors que les taux CRIA semblent avoir été de notoriété publique. Les parties sont libres de s'adresser à un arbitre si elles tiennent à vider le débat à ce stade du processus. Elles n'auront d'ailleurs pas le choix de le faire à l'égard des transactions intervenues avant la date d'entrée en vigueur de la licence qu'on demande à la Commission d'adopter. Dans les circonstances, nous préférons imposer aux parties précisément ce dont elles ont déjà convenu, quitte à ce que la Commission se penche sur le fond de la question dans sa décision finale.

[9] The request that a share of the royalties be paid in trust is not justified. ADISQ argues that it will be much easier for one of its members to make a single payment for additional royalties than for SODRAC to ask for refunds from a large number of rights holders. This is not how to approach the issue. SODRAC is not a mere agent, it owns the rights. If the final royalties are lower than those paid pursuant to the interim decision, it will have to refund the excess by using everything that it collects, irrespective of source; a music label that paid too much will not have to wait for SODRAC to seek refunds. Furthermore, if the Quebec record industry is in the precarious situation that ADISQ describes, it is probable that one or more of its members will find it difficult to fulfil its obligations if the licence rate increases. Consequently, it seems wiser to require that royalties be paid without delay than to risk being confronted with an insolvent debtor. Finally, as SODRAC points out, it would be illogical to presume that the rate of 9.1¢ is a ceiling. SODRAC could demonstrate that its repertoire is worth more; put another way, by accepting interim payments of 9.1¢ from financially challenged labels, SODRAC risks not being able to collect any royalty increase from January, 2009.

[10] We extend on an interim basis the application of the master agreement in full. The April 6, 2009 decision already does so. As a result, there is no need to revisit the issue.

Videograms

[11] Since September, 2005, the parties have been negotiating the terms of a master licence for video-clips and CD/DVD sets. On July 1, 2007, they signed an interim master licence dated back to July 1, 2004. SODRAC requests that the licensing terms of the interim agreement become an interim decision of the Board until a final decision is reached. ADISQ agrees that an

[9] La demande de versement en fidéicommiss d'une partie des redevances n'est pas justifiée. L'ADISQ soutient qu'il sera beaucoup plus facile pour un de ses membres de faire un paiement unique des redevances supplémentaires que pour la SODRAC de se faire rembourser le trop-perçu d'une multitude d'ayants droit. Ce n'est pas en ces termes que la question se pose. La SODRAC n'est pas un simple intermédiaire, c'est elle qui détient les droits. Le cas échéant, elle devra rembourser le trop-perçu en puisant à même toutes ses ressources, sans égard à la source; la maison de disque qui aurait trop versé n'aura pas à attendre que la SODRAC se fasse rembourser. Par ailleurs, si l'industrie québécoise du disque est dans l'état que décrit l'ADISQ, il est probable que l'un ou l'autre de ses membres ait de la difficulté à s'acquitter de ses obligations si le taux de la licence augmente. Il semble donc plus prudent d'imposer le versement immédiat des sommes que de risquer de faire face à un débiteur insolvable. Enfin, comme la SODRAC le souligne, ce serait une faute logique de traiter le taux de 9,1 ¢ comme un plafond. La SODRAC pourrait démontrer que son répertoire vaut davantage; autrement dit, en acceptant de recevoir de façon provisoire de maisons en difficultés un taux de 9,1 ¢, la SODRAC est à risque pour toute augmentation de redevances à compter de janvier 2009.

[10] Nous prolongeons à titre provisoire l'application de l'entente cadre dans son intégralité. La décision du 6 avril le fait déjà. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur la question.

Vidéogrammes

[11] Les parties mènent depuis septembre 2005 des négociations visant une licence cadre pour le vidéogramme musical et les ensembles CD/DVD. Le 1^{er} juillet 2007, elles signaient une licence cadre intérimaire s'appliquant à partir du 1^{er} juillet 2004. La SODRAC demande que les conditions de licence de l'entente intérimaire soient établies par décision provisoire jusqu'à

interim licence should be issued but argues that some provisions of the interim agreement may not be compatible with the powers that the *Act* grants to the Board. The decision should reflect the terms of the agreement, not duplicate them. The agreement was also meant to interrupt the limitation period with respect to reproductions made since July, 2004 while ending any legal action with respect to at least some previously made reproductions. ADISQ wonders how to account for those provisions. To some extent, SODRAC agrees with ADISQ, but adds that at this stage of the process, it is quite possible to continue to do business according to the terms of the agreement.

[12] We agree with SODRAC. The interim agreement clearly includes provisions that would not find their way in a final decision. These probably include a number of “whereas clauses”, article 6.2, which allows SODRAC to terminate the agreement unilaterally, as well as any other provision granting one of the parties a discretion which the Board will now be called upon to exercise. That being said, the only object of this interim decision is to maintain the *status quo* until the Board reaches a final decision. The parties want an interim decision so that the market can continue to function; it will remain possible to revisit the issue if SODRAC or a music label attempts to interpret unreasonably the provisions of the interim agreement that has become an interim decision of the Board. The other course of action is to rewrite the licence, which could prove both long and difficult. We choose to simply provide that the interim agreement will continue to apply on an interim basis insofar as it is compatible with the powers that the *Act* confers upon the Board. We leave the rest to the parties’ common sense.

décision finale de la Commission. L’ADISQ convient du bien-fondé d’une licence provisoire mais soutient que certaines dispositions de l’entente intérimaire pourraient ne pas être compatibles avec la nature des pouvoirs que la *Loi* confie à la Commission. Cette dernière devrait donc s’inspirer de l’entente plutôt que la calquer. L’entente avait par ailleurs pour but d’interrompre la prescription à l’égard des reproductions faites depuis juillet 2004 et de mettre fin à tout recours à l’égard d’au moins certaines reproductions faites antérieurement. L’ADISQ se demande comment tenir compte des dispositions pertinentes. Dans une certaine mesure, la SODRAC en convient, mais ajoute qu’on peut fort bien vivre avec le texte de l’entente à ce stade du processus.

[12] Nous partageons le point de vue de la SODRAC. L’entente intérimaire contient sans aucun doute des dispositions qui n’auraient pas leur place dans une décision finale. C’est sans doute le cas de certains « attendus », de l’article 6.2, qui permet à la SODRAC de résilier unilatéralement l’entente, ainsi que de toute autre disposition accordant à l’une ou l’autre partie une discrétion qu’il revient désormais à la Commission d’exercer. Cela dit, la décision provisoire que nous rendons a pour seul but de maintenir l’état de faits actuel en attendant de la décision finale à intervenir. Les parties demandent une décision provisoire afin que le marché continue d’opérer; il sera toujours temps de revenir sur la question si la SODRAC ou une maison de disque cherchait à interpréter de façon déraisonnable les dispositions de l’entente intérimaire devenue décision provisoire de la Commission. L’alternative est de récrire la licence, ce qui pourrait s’avérer long et difficile. Il nous semble préférable de prévoir simplement que l’entente intérimaire est maintenue à titre de décision provisoire et ce, dans la mesure où elle est compatible avec l’exercice de la compétence que la *Loi* confère à la Commission. Le reste devrait être une affaire de bon sens.

Decision

The decision of April 6, 2009 is maintained. The licences mentioned in paragraph 1 of the decision will continue to apply on an interim basis insofar as they are compatible with the powers that the *Act* confers upon the Board.

Décision

La décision du 6 avril 2009 est maintenue. Les licences visées au paragraphe 1 de la décision continuent de s'appliquer à titre provisoire dans la mesure où elles sont compatibles avec l'exercice de la compétence que la *Loi* confère à la Commission.

Le secrétaire général,

A handwritten signature in black ink that reads "Claude Majeau". The signature is written in a cursive, flowing style.

Claude Majeau
Secretary General