

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

Date de la décision 2009-04-08

Version corrigée 2009-05-06

Référence Dossiers : Exécution publique d'œuvres musicales; Exécution publique d'enregistrements sonores; Reproduction d'œuvres musicales

Régime Gestion collective du droit d'exécution et de communication
Gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21
Loi sur le droit d'auteur, paragraphes 68(3) et 70.15(1)

Commissaires M. le juge William J. Vancise
M. Stephen J. Callary
M^e Jacinthe Théberge

Projet(s) de tarif examiné(s) SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010), CSI (2006-2009)

Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, la SCGDV et CSI à l'égard des services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

[1] La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) et CMRRA/SODRAC inc. (CSI) ont déposé des tarifs pour l'utilisation de leur répertoire par les services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement. Les projets de tarifs ont été déposés en vertu des paragraphes 67.1(1) et 70.13(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* »).

[2] Les projets de la SOCAN pour 2005, 2006 et 2007, 2008 et 2009 ont été publiés dans la *Gazette du Canada* le 1^{er} mai 2004, le 14 mai 2005, le 20 mai 2006, le 23 juin 2007 et le 14 juin

2008. Celui de la SCGDV pour les années 2007 à 2010 a été publié le 6 mai 2006. Les tarifs de CSI pour 2006 à 2009 et pour 2008-2009 ont été publiés le 30 avril 2005 et le 19 mai 2007.¹ Les utilisateurs éventuels et leurs représentants ont été avisés de leur droit de s'opposer. Sirius Radio Satellite (Sirius) et *Canadian Satellite Radio Inc.* (CSR), collectivement désignées les « services de radio par satellite » ou « services de radio satellitaire », l'ont fait.

[3] Pour les motifs exprimés dans une ordonnance de la Commission du 21 juillet 2006, l'examen des trois affaires a été réuni à la demande des services de radio par satellite. Les audiences ont été tenues pendant onze jours, du 26 novembre au 11 décembre 2007. Le dossier de l'instance a été clos le 13 février 2008 avec le dépôt final de documentation additionnelle par les parties.

A. POSITION DES PARTIES

[4] La SOCAN a d'abord proposé un tarif de 25 pour cent du revenu brut total. Cette proposition a toutefois été révisée considérablement à la baisse, passant à près de 15 pour cent, pour ensuite s'établir à 13 pour cent après les réponses des parties.

[5] La SCGDV a d'abord proposé un tarif de 17 pour cent du revenu brut, avec une redevance minimale de 1,50 \$ par mois par abonné. La SCGDV a ultérieurement révisé sa proposition de taux à 4,4 puis à 4 pour cent, sans aborder la question des redevances minimales.

[6] CSI a d'abord proposé un tarif de 5 pour cent du revenu brut, avec une redevance minimale de 0,50 \$ par mois par abonné. Le nouveau tarif de CSI pour 2008 et 2009 comprend un taux de 5 pour cent du revenu brut total avec une redevance minimale de 0,50 \$ par mois par abonné pour un service qui n'autorise pas la reproduction d'œuvres musicales par les abonnés, et de 10 pour cent avec une redevance minimale de 1 \$ pour un service qui les autorise. Ces taux ont été révisés pour s'établir à 2,9 pour cent (0,29 \$) et 5,8 pour cent (0,58 \$).

[7] CSR n'a proposé aucun tarif particulier quoiqu'elle soit d'avis qu'il devrait être inférieur à celui payé par les stations de radio commerciales. Sirius a proposé des taux pour la SOCAN se situant entre 2,0 et 2,6 pour cent du revenu, entre 0,5 et 0,7 pour cent pour la SCGDV et entre 0,48 et 1,14 pour cent pour CSI.

¹ Le second dépôt de CSI visait à remplacer le précédent. Ceci soulève des questions juridiques et de procédure que nous n'avons pas à trancher. Les opposantes, qui représentent tous les utilisateurs éventuels visés par le tarif, n'ont pas contesté le second dépôt.

B. DESCRIPTION DES SERVICES DE RADIO SATELLITAIRE À CANAUX MULTIPLES PAR ABONNEMENT

[8] L'industrie des services de radio par satellite a pris naissance aux États-Unis. XM Satellite Radio (XM) a commencé ses opérations le 25 septembre 2001 et Sirius Satellite Radio (Sirius U.S.), le 1^{er} juillet 2002. Ces entreprises ont été les premières et demeurent les plus importantes du monde dans ce domaine.

[9] XM utilise deux satellites géostationnaires de grande puissance dont l'orbite autour de la terre est en phase et qui procurent une couverture englobant toute la partie continentale des États-Unis et le sud du Canada.

[10] Sirius utilise trois satellites qui circulent autour de la terre selon une orbite elliptique. Ces satellites sont appelés géosynchrones et sont placés en orbite au-dessus de l'équateur durant 16 heures par jour et sous celui-ci, pour les autres 8 heures, permettant ainsi au satellite d'entrer en état de veille et de conserver de l'énergie.

[11] Le signal multiplex transmis par satellite aux récepteurs mobiles est codé de telle sorte que seuls les récepteurs munis d'une clé de déchiffrement permettant de débrouiller le signal peuvent le recevoir et le jouer.

[12] L'expansion des services américains chez nous a été rendue possible par la formation de coentreprises exclusives avec des sociétés canadiennes. Le 16 juin 2005, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a délivré à CSR et Sirius des licences de radiodiffusion pour offrir des services de radio par satellite partout au Canada. CSR (XM Canada) a commencé ses opérations le 22 novembre 2005 et Sirius, le 1^{er} décembre 2005.

[13] À la fin de 2004, XM déclarait plus de 3,2 millions d'abonnés, et Sirius U.S. avait atteint le plateau du million d'abonnés. Lors de l'audience, Sirius et CSR avaient respectivement 200 000 et 120 000 abonnés. À l'été 2008, ces chiffres avaient augmenté à 750 000 et 440 000.² Les services de radio satellitaire ont connu une pénétration rapide du marché. Il aura fallu 3,6 années à Sirius U.S. pour placer 5 000 000 d'unités entre les mains de clients américains, alors que le DVD a atteint le même nombre en 2,5 années, le lecteur MP3 en 4,8 années, le téléphone cellulaire en 10 années et la télévision par satellite en 10,6 années.

[14] Pour les besoins de l'espèce, l'infrastructure et l'exploitation des deux services américains, sur lesquels les services canadiens reposent, sont assez semblables. De façon à fournir un service radio ininterrompu, les services américains augmentent leur signal satellitaire en utilisant un réseau d'émetteurs terrestres. La technique qui, dit-on, crée de la « diversité d'espace » évite les interruptions de signal. Avec cette infrastructure mixte, les services sont en mesure de livrer

² Grant Robertson, "XM Canada set to go at it alone, CEO says", *Le Globe and Mail*, (29 juillet 2008) B1.

toute leur programmation à tous leurs abonnés, peu importe où ils se trouvent en Amérique du Nord lors de la réception.

[15] Sur le plan du contenu de la programmation, même si chaque service a conçu ses propres micro-créneaux de programmation, les deux offrent un vaste choix de canaux de musique sans message publicitaire dans un large éventail de genres, de même que des canaux d'actualités, d'émissions pour enfants, de sports, de comédie, d'infovariété et de circulation. De plus, l'abonnement aux services par satellite offre les innovations suivantes : affichage texte du nom des artistes, du titre des chansons, des résultats sportifs et des cotes de la bourse, une fonction de repérage avertissant l'auditeur qu'une chanson ou un artiste tourne sur un autre canal, la possibilité de faire un enregistrement temporaire ou permanent, l'arrêt-reprise de contenu audio en direct, le service Internet de transmission sur demande de certains canaux audio par le Web ainsi que l'utilisation du récepteur comme lecteur MP3.

[16] La programmation des services américains est créée et livrée au moyen d'un système de gestion de contenu (SGC) situé à leur studio principal de radiodiffusion. L'objectif de ce système est de mettre en mémoire une fois et de livrer plusieurs fois.

[17] CSR utilise un SGC fourni par Delat Digital Media System. CSR produit et livre 12 canaux en provenance du Canada de studios situés à Toronto et à Montréal. Les directeurs musicaux à ces deux sites sélectionnent les pièces qui sont par la suite injectées dans le système par des fonctions des postes de travail Delat situés dans ces deux villes. Ces postes sont reliés directement au SGC principal situé à Washington, D.C. par un lien de fibre optique (lien OC3).

[18] Sirius utilise un SGC connu sous le nom de Nex Gen mais ne produit aucune programmation au Canada. Tout son contenu canadien est produit par des tiers canadiens fournisseurs de contenu. Ces derniers génèrent et livrent le contenu au centre de contrôle principal de Sirius, situé à New York.

[19] XM dispose d'un ensemble de 82 studios à Washington ainsi que des studios à New York, Nashville et Chicago. La principale place d'affaires de Sirius U.S. est à New York et elle a d'autres studios à Los Angeles et Memphis. La programmation n'est habituellement pas livrée en direct, sauf bien sûr les événements sportifs en direct. Essentiellement, avant que la programmation ne soit transmise au satellite en vue de sa livraison, les directeurs de programmation doivent mettre en mémoire dans le serveur principal une copie de tous les fichiers de musique et audio. Les fichiers sont comprimés, encodés et compilés afin de réaliser le processus communément appelé « multiplexage ». Le choix et la programmation du contenu se font au moyen de logiciels spécialisés qui commandent au serveur principal le moment et l'ordre dans lesquels celui-ci doit faire entendre les divers fichiers de musique ou audio. Le serveur dessert également les canaux alternatifs de livraison, dont les services de transmission sur demande sur Internet et aux cellulaires.

[20] Bien que les services par satellite canadiens utilisent abondamment la programmation de leurs partenaires américains, les conditions de leur licence du CRTC les obligent à inclure dans leur bouquet d'abonnement un minimum de contenu produit au Canada. En conséquence, des 130 canaux offerts par CSR, 13 sont produits au Canada, alors que des 110 offerts par Sirius, 11 le sont. Les services de radio par satellite créent et livrent leur contenu canadien de façon quelque peu différente. Compte tenu des questions de droit soulevées, il est utile de souligner les caractéristiques qui différencient chaque service.

[21] CSR crée sa propre programmation. Un lien de communication numérique reliant les bureaux canadiens à l'infrastructure américaine permet aux stations de travail de transmettre des instructions directement du Canada aux serveurs et au logiciel d'ordonnancement situés dans les quartiers généraux de Washington. La programmation de CSR est donc conçue et contrôlée au Canada, mais produite de Washington.

[22] CSR reçoit le contenu audio sous forme de CD ou par l'intermédiaire d'un service SDMN-Musicrypt³ fourni par l'industrie de l'enregistrement sonore. À la réception d'un nouveau CD, l'équipe de production en fait une copie directement sur le serveur aux États-Unis au moyen du lien numérique, sans en faire de copies de sauvegarde ou d'archivage. La nouvelle musique obtenue grâce au SDMN-Musicrypt est reçue sous forme de fichiers audionumériques d'un serveur situé au Canada. Dans ce cas, une copie intermédiaire du fichier est mémorisée dans une station de travail située au Canada. Si l'équipe de production canadienne choisit la chanson, ce fichier est alors « transféré » dans le serveur principal à Washington par le lien de communication numérique.

[23] Le moment venu de programmer le signal, le directeur de la programmation donne des instructions aux logiciels de répartition américains de jouer des chansons et des enregistrements vocaux donnés, dans un certain ordre et au moment opportun; le serveur situé à Washington les fait alors jouer à même ses propres disques durs en mixant les canaux canadiens et américains en un signal multiplex commun qui est transmis au satellite.

[24] Contrairement à CSR, Sirius ne produit pas elle-même de programmation; elle acquiert la totalité de son contenu canadien de tiers canadiens fournisseurs de contenu. Standard Radio Inc. fournit à Sirius un canal de musique rock canadienne connu sous le nom de Iceberg 95, produit dans des studios situés à Toronto. Le contenu est disponible sur CD et SDMN-Musicrypt. La musique est répartie de Toronto, stockée dans le serveur principal de Sirius où elle est encodée et numérisée pour sa livraison au serveur du centre de contrôle principal à New York. Astral Media fournit à Sirius deux canaux de musique rock canadienne, *Rock Velours* et *Énergie*, en vertu d'un contrat de sous-traitance avec Standard Radio. La programmation est créée à Montréal avec la

³ Système de distribution de médias numériques.

même technologie que celle utilisée par Standard Radio. La musique est répartie de Montréal en boucle de six heures pour radiodiffusion quotidienne au moyen d'un logiciel appelé *Music Master*. Les fournisseurs de contenu compilent les fichiers de musique et créent la programmation sur un serveur situé dans leur studio de radiodiffusion respectif. Encore une fois, si des œuvres musicales sont fournies sur CD, une copie numérisée en est faite sur le serveur du fournisseur de contenu. Si des œuvres musicales sont fournies par SDMN-Musicrypt, un lien numérique auquel ce service est branché est utilisé pour reproduire ce fichier dans le serveur canadien. Les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius ne font pas de copie d'archives des œuvres musicales.

[25] Les fournisseurs de contenu de Sirius utilisent un logiciel de répartition spécialisé intégré à leur ensemble de serveurs pour déterminer les chansons et autres enregistrements vocaux qui seront joués ainsi que le moment où ils le seront. Lorsque vient le temps de diffuser une émission, le système de répartition la transmet à partir des copies dans les serveurs canadiens. Ces sorties de données sont intégrées aux installations américaines par des lignes de communication, mixées aux autres canaux américains et transmises aux satellites par liaison ascendante. Le contenu utilisé dans les signaux provenant du Canada n'est jamais vraiment stocké dans le serveur de Sirius U.S.

[26] Dans les deux cas, une fois que la programmation a été multiplexée et transmise aux satellites par liaison ascendante, elle est livrée aux récepteurs respectifs des abonnés au Canada et aux États-Unis. Les systèmes de gestion des services par satellite indiquent aux récepteurs canadiens les canaux qu'un abonné est en droit de capter; ceux des systèmes américains font de même pour les abonnés américains. Bien que le signal reçu par les abonnés canadiens contienne tous les canaux offerts par les services américain et canadien, parce que le signal est chiffré, les abonnés n'auront accès qu'à un sous-ensemble de canaux.

II. LA PREUVE

A. LA PREUVE COMMUNE DES PARTIES

[27] Les parties ont conjointement confié à la firme Erin Research le mandat d'établir la quantité de musique sur les canaux entièrement musicaux et celle sur certains canaux de Sirius et de CSR afin d'y mesurer la quantité totale de musique sur des canaux que les parties ont décrit comme pertinents, soit les canaux à prépondérance verbale, de faire rapport sur la quantité de musique utilisée, par exemple dans les messages publicitaires et de faire rapport sur la quantité de musique utilisée par réseau et par canal. Les résultats acceptés par toutes les parties indiquent que la quantité de musique utilisée par Sirius pour les canaux non musicaux se situe entre 31,7 et 33 pour cent, et pour CSR, elle est de 25,3 pour cent. Les parties ont aussi admis que les canaux musicaux utilisent la musique pour 94 pour cent de leur temps de programmation.

B. LES SOCIÉTÉS DE GESTION

[28] CSI et la SCGDV ont retenu les services de la firme Paul Audley and Associates, en collaboration avec M. Benoît Gauthier, Réseau Circum inc., afin de concevoir une méthodologie et une base de données commune pour l'analyse de l'utilisation de leur répertoire par les services par satellite.

[29] CSI a analysé un échantillon de 6147 diffusions d'œuvres musicales pour calculer le pourcentage de diffusion d'enregistrements sonores utilisés admissibles à une rémunération. Elle a jumelé les titres de l'échantillon à ceux de leur base de données et a contacté ses membres pour valider la titularité et l'admissibilité de titres additionnels.

[30] M. Audley soutient qu'idéalement, l'ajustement au tarif des services par satellite pour CSI devrait prendre en compte le nombre de fois que des abonnés ont écouté des œuvres musicales comprises dans le répertoire. Cependant, M. Audley a été incapable d'appliquer cette méthode parce qu'il n'a pas eu accès aux données nécessaires. Il s'est plutôt appuyé sur une étude de l'écoute au Canada de 2006 déposée par Sirius Canada, classant les genres musicaux et les canaux par ordre de préférence des abonnés pour conclure que 72 pour cent des chansons diffusées par Sirius Canada font partie du répertoire de CSI. Après avoir pris en considération les chansons écoutées, le ratio a augmenté à 78,6 pour cent. En appliquant les mêmes ajustements à CSR, M. Audley a conclu que 67,9 pour cent des chansons diffusées faisaient partie du répertoire de CSI et que l'utilisation du répertoire passe à 74,1 pour cent lorsqu'on tient compte du ratio des chansons diffusées par rapport à celles écoutées. Dans l'ensemble, il a évalué la part du répertoire à 76,9 pour cent pour les deux services.

[31] M^{me} Nancy Smith de NextMedia a été mandatée par les sociétés de gestion pour préparer un rapport sur les méthodes utilisées par les services par satellite pour commercialiser leurs récepteurs, leurs services aux abonnés et leurs contenus de programmation. Elle a conclu que sans musique, il n'y aurait pas de plan d'affaire viable pour la radio par satellite. Même si on a recours au contenu parlé, aux actualités et aux sports pour différencier les marques CSR et Sirius (*Shock Jock Howard Stern* pour Sirius, la LNH pour XM), l'attrait principal pour la radio satellitaire demeure la musique sans annonce publicitaire.

[32] M. Benoît Gauthier a mené une enquête pour le compte des sociétés de gestion afin d'évaluer l'importance relative, pour la radio par satellite, de la disponibilité de diverses fonctions liées ou non à la programmation sur la décision d'un consommateur de s'abonner ou non à un service de radio satellitaire. Étant donné que les sociétés de gestion n'avaient pas accès aux listes d'abonnés des services, un échantillon d'abonnés a été constitué en faisant des appels automatiques établis par ordinateur à un échantillon aléatoire de ménages pour déterminer lesquels étaient abonnés au satellite. Des 4201 personnes appartenant à cette catégorie, 1000 ont été interviewées personnellement et 302 autres ont répondu à un questionnaire en ligne. Même si ce sont les meilleurs renseignements que les sociétés de gestion ont pu obtenir dans les

circonstances, M. Gauthier reconnaît que l'échantillon surreprésente l'Ouest canadien et les hommes et sous-représente les francophones.

[33] Soixante-cinq pour cent des personnes interrogées ont déclaré qu'elles ont elles-mêmes pris la décision de s'abonner à la radio par satellite, alors que 34 pour cent ont reçu ce service en cadeau ou dans le cadre d'une promotion. Quatre-vingts pour cent des personnes interrogées payaient leur abonnement, 16 pour cent recevaient le service dans le cadre d'une promotion, mais se demandaient si elles continueraient à le recevoir, et 3 pour cent avaient opté pour un abonnement à vie.

[34] Par ordre de préférence, les raisons qui ont été le plus souvent évoquées pour s'abonner à la radio par satellite sont : la couverture géographique de la radio par satellite (36 pour cent); la variété de la programmation (20 pour cent); la programmation musicale (15 pour cent). Les facteurs les plus déterminants dans la décision prise par les consommateurs de s'abonner ou de prolonger leur abonnement sont : la programmation musicale (66 pour cent); la programmation sportive (18 pour cent); le contenu parlé et les variétés (17 pour cent).

[35] Quatre-vingt-six pour cent des répondants indiquaient qu'ils ne se seraient pas abonnés à la radio par satellite en l'absence de programmation musicale. Avec 34 pour cent, le contenu parlé et les variétés s'est révélé la deuxième plus importante raison pour s'abonner.

[36] On a demandé aux personnes interrogées si, et de quelle façon, l'abonnement à la radio par satellite avait modifié leur comportement. Les réponses ont indiqué une baisse de 37 pour cent des achats de CD préenregistrés, de 65 pour cent des achats de téléchargements de musique, de 57 pour cent de l'écoute de la radio conventionnelle et de 13 pour cent de l'écoute des bulletins de nouvelles télévisés.

[37] Les personnes interrogées ont aussi signifié leur assentiment à payer pour des fonctions d'enregistrement sur les récepteurs de radio satellitaire telles que la possibilité d'enregistrer de la musique et celle de rembobiner les émissions en cours. Toutefois, l'étude a conclu que des fonctions d'enregistrement plus performantes faisaient croître le nombre de clients attirés par l'enregistrement, mais non le montant que de tels clients accepteraient de payer pour les fonctions plus perfectionnées.

[38] Les sociétés de gestion ont retenu les services de M. Ajay K. Agrawal, professeur d'économie à l'Université de Toronto et de M. John McHale, professeur d'économie à l'Université Queens, pour élaborer une méthode d'évaluation de la musique en tant qu'intrant pour les services d'abonnement de la radio par satellite. M. Agrawal a signé le premier rapport économique déposé comme pièce Collectives-4, et MM. Agrawal et McHale ont tous deux signé la réponse à l'expert des opposants, M. David Reitman, comme pièce Collectives-5; les deux ont témoigné et soutenu les théories et les approches auxquelles renvoient les divers rapports. Nous référerons donc aux deux lors de notre examen de leur témoignage et des rapports. À l'égard du

choix d'un point de référence approprié, ils privilégient les services sonores payants numériques (SSPN). Ils proposent toutefois trois autres approches économiques fondées sur l'équité, l'efficacité et l'uniformité, décrites plus loin. Les quatre approches donnent des résultats similaires, ce qui, selon les auteurs, augmente la confiance à l'égard du tarif qu'ils ont proposé.

C. CSI

[39] En plus d'accepter les rapports préparés par MM. Agrawal et McHale, CSI a retenu les services de M. Paul Audley et de M. Douglas Hyatt pour préparer un rapport établissant les sommes que les services par satellite devraient déboursier pour le droit de reproduire des œuvres musicales du répertoire de CSI et d'en autoriser la reproduction. MM. Audley et Hyatt sont d'accord avec la proposition de MM. Agrawal et McHale d'un tarif de 37,5 pour cent comme valeur globale de la musique utilisée (incluant les droits de communication et de reproduction des auteurs, artistes-interprètes et producteurs d'enregistrements sonores). En ce qui concerne le point de référence approprié, MM. Audley et Hyatt estiment que le tarif pour les téléchargements limités, sous réserve de certains ajustements, est celui se rapprochant le plus de la radio par satellite.

D. LES SERVICES DE RADIO PAR SATELLITE

[40] Les services par satellite ont demandé à M. David Reitman, directeur principal de la firme Charles River Associates International, de revoir et de critiquer le rapport économique préparé par MM. Agrawal et McHale. Il reproche à leur travail de trop s'en remettre à des modèles théoriques (dans le cas de l'approche de l'évaluation selon Shapley et celle fondée sur l'efficacité) et de ne pas mettre suffisamment l'accent sur les méthodes traditionnelles utilisant des renseignements pertinents sur le marché. À son avis, il est plus logique sur le plan économique de se fonder sur un taux du marché qui existe déjà pour d'autres services de musique et de s'ajuster par la suite aux différences entre ces services et la radio satellitaire.

[41] Les services par satellite ont également retenu les services de M. Kenneth Goldstein, conseiller-médias, pour proposer une méthodologie en vue d'établir les tarifs. Après avoir comparé les SSPN à la radio par satellite et à la radio commerciale, il a conclu que cette dernière s'avère un indicateur plus approprié. Il a aussi reproché au Réseau Circum sa tentative d'évaluer la musique comme une opération de commerce de détail plutôt que d'en évaluer le répertoire au niveau du gros. Son analyse sera également examinée plus en détail.

E. SIRIUS

[42] Sirius a retenu les services d'Angus Reid pour réaliser un sondage de ses abonnés afin d'établir une comparaison avec les résultats obtenus par le Réseau Circum. La liste à jour des abonnés de Sirius a été utilisée pour ce sondage. Angus Reid a effectué en tout 400 entrevues

téléphoniques auprès d'un échantillonnage représentatif, tant des milieux urbains et ruraux que des régions. Voici les avantages pour les consommateurs que le sondage a révélés :

- Assemblage d'émissions – présentation et étendue de ce contenu;
- Contenu des émissions – musique, contenu parlé, etc.;
- Réception (géographie);
- Absence de message publicitaire.

[43] M. Reid a conclu qu'aucun de ces avantages en particulier n'incitait les consommateurs à s'abonner. Tout au plus, la moitié des abonnés décidaient de s'abonner à cause des canaux musicaux sans annonces publicitaires. Ainsi, M. Reid a-t-il conclu que la valeur de la musique était exagérée dans l'étude du Réseau Circum. M. Gauthier a pris connaissance du sondage de la firme Angus Reid et a conclu que les questions étaient soit vagues, soit empreintes de partialité et qu'à son avis, et pour cette raison, les résultats du sondage étaient trompeurs et erronés.

III. LES QUESTIONS DE DROIT

[44] Toutes les parties ayant convenu que la SOCAN et la SCGDV ont droit à des redevances, il s'ensuit qu'il n'y a aucune question de droit à trancher en ce qui les concerne.

[45] Tel n'est pas le cas en ce qui concerne CSI, dont la revendication à l'égard du droit de reproduction de musique provenant de son répertoire soulève quatre questions de droit. Premièrement, CSI peut-elle réclamer des redevances pour des reproductions réalisées directement sur un serveur situé aux États-Unis? Deuxièmement, le tampon d'une durée de 4 à 6 secondes constitue-t-il la reproduction d'une partie importante de l'œuvre au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi*?⁴ Troisièmement, la transmission sur demande sur Internet des signaux des

⁴ Le paragraphe 3(1) se lit comme suit :

Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

- a) de produire, reproduire, représenter ou publier une traduction de l'œuvre;
- b) s'il s'agit d'une œuvre dramatique, de la transformer en un roman ou en une autre œuvre non dramatique;
- c) s'il s'agit d'un roman ou d'une autre œuvre non dramatique, ou d'une œuvre artistique, de transformer cette œuvre en une œuvre dramatique, par voie de représentation publique ou autrement;
- d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;
- e) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique;
- f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;
- g) de présenter au public lors d'une exposition, à des fins autres que la vente ou la location, une œuvre artistique – autre qu'une carte géographique ou marine, un plan ou un graphique – créée après le 7 juin 1988;
- h) de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cadre normal de son utilisation, sauf la reproduction effectuée pendant son exécution avec un ordinateur ou autre machine ou appareil;

services par satellite entraîne-t-elle une reproduction? Quatrièmement, le tampon prolongé, l'écoute en différé, les fonctions d'arrêt et de rembobinage ainsi que l'échantillonnage du contenu d'émission à des fins promotionnelles dans des points de vente engagent-ils de telles reproductions?

A. REPRODUCTIONS RÉALISÉES AUX ÉTATS-UNIS

[46] La question est de savoir si les reproductions faites aux États-Unis soit par des tiers américains tant pour Sirius que pour CSR, soit par cette dernière, sont assujetties à la législation canadienne sur le droit d'auteur.

[47] De façon générale, les parties s'entendent pour dire que les copies de programmation sont des reproductions au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi*. Les parties s'entendent également pour dire que Sirius autorise la reproduction réalisée par des tiers canadiens pour la reproduction de ses canaux canadiens qui sont livrés directement à son partenaire américain.

[48] Les services par satellite reconnaissent leur responsabilité à l'égard des copies de programmation faites au Canada. Ces copies se limitent à celles réalisées par les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius qui les mettent en mémoire sur leurs serveurs respectifs et aux copies temporaires d'œuvres musicales reçues par SDMN-Musicrypt que fait CSR. En conséquence, la question se limite à savoir si les services sont responsables des copies faites aux États-Unis soit par CSR (à partir du Canada), soit par les tiers fournisseurs américains.

[49] La programmation constitue une partie essentielle et importante de la présente demande de tarif. La question de savoir où se fait la programmation est déterminante à l'égard du droit de se voir octroyer un tarif visant le droit de reproduction.

[50] Les services par satellite soutiennent qu'ils ne sont pas responsables des copies faites aux États-Unis parce que la *Loi* n'est pas conçue pour avoir une portée extraterritoriale et qu'elle n'en a pas. Ils citent et s'appuient sur une décision antérieure de la Commission pour soutenir la thèse selon laquelle un tarif pour la reproduction ne peut viser les gestes posés à l'étranger. La Commission a indiqué ne pas comprendre « comment l'acte de reproduction effectué à l'étranger pourrait entraîner une responsabilité en vertu de la législation canadienne sur le droit d'auteur. »⁵ Les services invoquent plusieurs arrêts à l'appui de leur prétention portant sur l'application à la

i) s'il s'agit d'une œuvre musicale, d'en louer tout enregistrement sonore.

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

⁵ *Tarif 5 de la SODRAC (Vidéocopies) pour les années 2004 à 2008, décision de la Commission du 24 juin 2005* à la p. 7 [SODRAC vidéocopies].

Loi du principe de la territorialité, dont l'affaire *Def Lepp Music c. Stuart-Brown*⁶ dans laquelle la Cour anglaise s'est ainsi exprimée :

[TRADUCTION] Il est donc manifeste que le droit d'auteur protégé par la loi anglaise reçoit une définition stricte par rapport à la territorialité. Le droit d'auteur, intangible, est simplement le droit de poser certains actes exclusifs au Royaume-Uni : seuls les actes qui y sont posés constituent une violation directe ou indirecte d'un tel droit [...]⁷

[51] Ils invoquent également l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*⁸ dans lequel la Cour suprême, se fondant sur le professeur Vaver, s'est ainsi exprimée :

Les dispositions législatives sur le droit d'auteur respectent le principe de la territorialité, reflétant la mise en œuvre d'un [TRADUCTION] « réseau de traités internationaux interreliés » compte tenu du principe du traitement national.⁹

[52] Les services par satellite soutiennent également qu'ils n'ont autorisé aucune entité étrangère à faire des copies de programmation pour leur utilisation dans les services canadiens de radio satellitaire et que même s'il en avait été ainsi, les dispositions de la *Loi* ne s'appliqueraient pas à une telle autorisation parce que la reproduction comme telle ne s'est pas produite au Canada. Selon eux, le *situs* du principal fait de contrefaçon détermine si l'autorisation d'un tel acte entraîne une responsabilité en vertu de la *Loi*. Le *situs* de l'autorisation, n'est pas pertinent. Ils invoquent *ABKCO Music and Records Inc. c. Music Collection International Ltd.*¹⁰ pour étayer l'argument selon lequel : « [TRADUCTION] pour répondre aux exigences de la territorialité, l'acte autorisé doit s'être produit au Royaume-Uni. »¹¹ Il convient de signaler que les faits en l'espèce sont à l'opposé de ceux entourant cette affaire; CSI cherche à établir la responsabilité des services par satellite en vertu de la *Loi* pour avoir autorisé, au Canada, une contrefaçon à l'étranger.

[53] Dans *The Modern Law of Copyright and Design*¹² de Laddie, ouvrage qui fait école au Royaume-Uni en matière de droit d'auteur, les auteurs se sont exprimés en ces termes :

⁶ [1986] R.P.C. 273 (Ch. D.).

⁷ *Ibid.* à la p. 275.

⁸ [2004] 2 R.C.S. 427 [*SOCAN c. ACFI (CSC)*].

⁹ *Ibid.* au para. 56; à l'appui de l'affirmation générale selon laquelle les tribunaux canadiens, conscients de la jurisprudence en droit international, sont réticents à exercer leur compétence sur ce qui se produit à l'étranger, voir aussi les arrêts *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022 [*Tolofson (SCC)*]; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 à la p. 1095; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63 aux paras. 59-61.

¹⁰ [1995] R.P.C. 657.

¹¹ *Ibid.* à la p. 660.

¹² H. Laddie et al., *The Modern Law of Copyright and Designs*, 3^e éd., London, Butterworths, 2000, vol. 2.

[TRADUCTION] Une personne qui en « autorise » une autre à poser un « acte protégé par le droit d'auteur » peut engager sa responsabilité personnelle; en l'espèce, l'exclusion territoriale ne s'applique pas car il est possible de violer le droit d'auteur en autorisant un acte à l'étranger, à la condition bien sûr que l'acte dont l'accomplissement a été autorisé soit lui-même protégé, c.-à-d. un acte devant être posé au Royaume-Uni.¹³

[54] Les services par satellite invoquent la jurisprudence américaine, notamment l'affaire *Subafilms c. MGM-Pathé Communications*¹⁴ dans laquelle la Cour d'appel du neuvième circuit a statué qu'on ne pouvait être tenu pour responsable en vertu de la loi américaine sur le droit d'auteur pour des gestes posés en totalité outre-mer.

[55] Les services par satellite rejettent l'application du critère du lien réel et substantiel aux reproductions qui sont totalement réalisées sur le territoire des États-Unis ou aux actes qui autorisent de telles reproductions parce que, contrairement à une communication, une reproduction ne peut se produire simultanément « ici et là », et il n'y a donc pas lieu de situer les actes illicites. Ils soutiennent aussi que les « facteurs de rattachement » analysés par la Cour suprême dans l'arrêt *SOCAN c. ACFI (CSC)*¹⁵ ne sont pas pertinents.

[56] Selon les services par satellite, le fait de permettre ou de faire en sorte qu'une personne accomplisse quelque chose, que celle-ci a par ailleurs le droit de faire, ne constitue pas une violation.¹⁶ Ils soutiennent que CSI n'a présenté aucune preuve de violation du droit d'auteur aux États-Unis par Sirius U.S. ou par XM U.S. Même si la preuve avait révélé que les reproductions réalisées par leurs homologues américains violaient le droit d'auteur, cette violation enfreindrait les dispositions de la loi américaine et non celles de la *Loi* canadienne.

[57] Ceux-ci invoquent aussi l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*¹⁷ au soutien de leur argument selon lequel il n'est pas contraire aux paragraphes 30.8(4) ou (5) ni aux paragraphes 30.9(4) ou (5) de la *Loi* de stocker sur un serveur des copies numérisées d'une œuvre; la simple possession ou utilisation d'une œuvre sans la copier n'est pas une violation.¹⁸

[58] Enfin, les services par satellite affirment que CSI avait abandonné son droit à toute revendication à l'égard de copies d'œuvres musicales faites aux États-Unis dans ses réponses aux demandes de renseignements.¹⁹

¹³ *Ibid.* au para. 34A.18.

¹⁴ 24 F. 3d 1088 (9^e Circ. 1994).

¹⁵ *Supra* note 8 au para. 61.

¹⁶ *CAPAC c. CTV Television Network Ltd.*, [1968] R.C.S. 676 aux paras. 6, 16.

¹⁷ [2002] 2 R.C.S. 336 aux paras. 42-50 [*Théberge*].

¹⁸ Cet argument ne sera pas examiné dans l'analyse, car il n'est pas pertinent aux questions en litige visant les copies de programmation.

¹⁹ Cet argument ne sera pas examiné dans l'analyse, car il n'est pas pertinent à l'égard des questions en litige visant les copies de programmation. Cela dit, personne ne devrait être empêché de développer une question juridique qui

[59] CSI fait valoir que les services par satellite autorisent au Canada la reproduction d'émissions tant au Canada qu'aux États-Unis. Elle soutient également que XM U.S. reproduit des œuvres qui avaient été antérieurement reproduites par CSR pour créer de la programmation canadienne.

[60] CSI soutient que les services par satellite autorisent les reproductions américaines parce que le droit d'autoriser est exercé au Canada, d'où la nécessité d'une licence pour fournir l'autorisation. Selon elle, l'autorisation implicite est établie du fait que les services ne pourraient être exploités sans transiger avec des tiers américains pour la production et la programmation de contenu américain plutôt que de prendre les mesures techniques et pratiques nécessaires pour réunir et livrer eux-mêmes les œuvres musicales aux abonnés canadiens.²⁰

[61] Les services par satellite paient des redevances pour utiliser la programmation américaine dans leurs propres services. CSI suppose que ces redevances prennent en compte les reproductions de programmation, essentielles à l'exploitation des services par satellite. Elle soutient qu'il n'y a aucune différence entre l'autorisation de reproduire aux États-Unis donnée par les services par satellite à leurs partenaires américains et celle que Sirius donne à ses sous-traitants canadiens (à l'égard de laquelle les services reconnaissent leur responsabilité). CSI invoque la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*²¹ pour soutenir qu'une autorisation peut être induite de la conduite d'une partie.²²

[62] CSI fait aussi valoir que le lieu où se trouve le tiers à qui l'autorisation est accordée n'est pas pertinent. Selon elle, c'est le *situs* de l'autorisation qui compte, et l'arrêt *SOCAN c. ACFI (CAF)* milite en faveur de la proposition selon laquelle le lieu de l'autorisation peut s'avérer le facteur déterminant lorsqu'est engagée la responsabilité pour avoir autorisé la contrefaçon.²³ CSI souligne également que le droit d'autoriser une reproduction et d'en faire une sont des droits distincts réservés au titulaire de droit et qu'en conséquence, les commentaires de la Commission dans *SODRAC vidéocopies*²⁴ ne sont pas pertinents.

[63] CSI soutient de plus que le critère du « lien réel et substantiel » devrait servir au choix de la loi applicable en ce qui concerne l'acte d'autorisation. Selon elle, il n'y a aucune raison pour que

demeure pertinente à la suite d'une thèse établie au stade des demandes de renseignements.

²⁰ Pour étayer davantage sa thèse, CSI souligne qu'en vertu de leur licence du CRTC, les services par satellite se sont engagés à contrôler le contenu de la programmation livrée aux clients canadiens; leur engagement ne s'étend pas toutefois à la création du contenu de la programmation.

²¹ [2002] 4 C.F. 3 (C.A.) [*SOCAN c. ACFI (CAF)*].

²² *Ibid.* aux paras. 160-62; voir aussi *Compo Co. Ltd. c. Blue Crest Music et al.*, [1980] 1 R.C.S. 357.

²³ *SOCAN c. ACFI (CAF)*, *ibid.* au para. 163.

²⁴ *Supra* note 5.

le test appliqué dans *SOCAN c. ACFI (CAF)* en marge du droit de communication ne puisse être appliqué au droit de reproduction.²⁵

[64] Pour les motifs exposés ci-dessous, nous sommes d'accord avec les services par satellite que la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne ne s'applique pas aux actes de reproduction faits aux États-Unis; par conséquent, l'octroi d'un tarif pour de tels actes ne relève pas de notre compétence.

[65] Le lieu où se trouvent réellement les copies n'est pas contesté. Tous conviennent que les copies de programmation se trouvent dans les serveurs principaux à New York ou Washington et y sont faites, à l'exception de celles réalisées par les fournisseurs canadiens de contenu de Sirius et de celles temporairement faites par CSR aux stades du choix du contenu. Les parties ne s'entendent toutefois pas sur la portée territoriale de la *Loi* canadienne. En d'autres termes, la Commission peut-elle homologuer un tarif qui s'applique aux actes posés à l'extérieur des frontières canadiennes? Dans les faits, certaines des reproductions sont initiées au Canada par CSR mais, en réalité, elles sont créées directement sur les serveurs principaux aux États-Unis. D'autres reproductions sont faites par les fournisseurs américains de contenu directement sur le serveur principal aux États-Unis, d'où elles sont diffusées tant aux abonnés américains que canadiens.

[66] Cette situation de fait soulève deux questions juridiques différentes et distinctes :

- les copies de CSR entreprises au Canada, mais faites aux États-Unis;
- les copies entreprises et faites aux États-Unis par des tiers américains.

Nous en traiterons dans cet ordre.

B. LES COPIES DE CSR FAITES AUX ÉTATS-UNIS À PARTIR DU CANADA

[67] Décider du droit applicable et de la juridiction compétente sont deux choses différentes. Dans *Tolofson c. Jensen*,²⁶ la Cour d'appel de la C.-B. a énoncé que le « [TRADUCTION] choix de la loi renvoie aux règles de conflit qui ont été élaborées, dans la loi et la jurisprudence, pour décider à quel système de droit substantif le tribunal saisi doit recourir pour trancher une affaire qui touche d'autres ressorts. Le choix de règles de droit diffère en fonction des différents domaines de droit. »²⁷

²⁵ *Supra* note 21; voir aussi *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393 [*Moran*]; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3^e) 20 (C.A. Ont.); *Disney Enterprises Inc. c. Click Enterprises Inc.* (2006), 267 D.L.R. (4^e) 291 (C.S. Ont.); *Tolofson (CSC)*, *supra* note 9; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

²⁶ (1992), 89 D.L.R. (4^e) 129, (C.A.C.B.) [infirmé en partie par la Cour suprême du Canada, mais sur un autre point, *supra* note 9].

²⁷ *Ibid.* à la p. 133.

[68] Walker, dans son texte intitulé *Canadian Conflict of Laws*,²⁸ déclare que les lois canadiennes traitant de propriété intellectuelle sont territoriales²⁹ et limitées au territoire national.³⁰ Le Canada est aussi lié par certaines conventions internationales qui prévoient notamment le traitement national.³¹

[69] Par ailleurs, la compétence est le pouvoir qu'a la cour d'instruire une affaire précise. Le critère servant à établir la compétence au Canada consiste à déterminer s'il existe un lien réel et substantiel entre le forum et le litige. La compétence d'un tribunal d'instruire une affaire peut découler de la présence d'une des parties au litige sur le territoire, mais la vraie question qui se pose est celle de savoir si le tribunal « exercera » cette compétence. Bien qu'il ne soit pas déterminant, le choix de la loi influera possiblement sur le pouvoir discrétionnaire d'exercer la compétence dont le tribunal dispose.

[70] Dans le contexte du droit d'auteur, deux règles s'appliquent au conflit du choix de loi : a) la territorialité; et b) le critère du lien réel et substantiel.

[71] À notre avis, la règle de la territorialité s'applique aux reproductions en cause et, en conséquence, le droit américain s'applique. Les titulaires à l'étranger se fondent sur des dispositions législatives équivalentes pour la protection de leurs droits d'auteur. La *Convention de Berne* et d'autres ententes internationales imposent des normes minimales auxquelles les États adhèrent généralement.³² Les reproductions en l'espèce ne comportent pas les caractéristiques communes à ces actes à l'égard desquels il a été conclu qu'ils se produisent « ici et là » au sens du critère du lien réel et substantiel, comme des communications ou transactions internationales, ou des délits dont la négligence est le fondement. Chacun de ces « actes » résulte d'éléments distincts qui peuvent se produire au-delà des frontières nationales et qui requièrent tous plus d'un participant. Ces caractéristiques ne sont généralement pas associées à l'acte de reproduction.

[72] La reproduction se produit lorsqu'une copie est créée. En l'espèce, la reproduction a lieu lorsqu'une copie numérisée d'une œuvre est introduite dans un serveur situé aux États-Unis. Cela se produit lorsque le mécanisme électronique activé par l'équipe de production au Canada crée le fichier dans le serveur principal américain. Sans la copie stockée, il n'y a pas de reproduction. À notre avis, le fait que le lieu de sortie des données soit différent de celui de la personne qui a appuyé sur le bouton pour créer la copie n'a aucune importance.

²⁸ J. Walker, dir., Castel & Walker: *Canadian Conflict of Laws*, feuilles mobiles, 6^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2005.

²⁹ *Ibid.* à la p. 24-2.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trademarks* (Essentials of Canadian Law Series), Concord (Ont.), Irwin Law, 1997 à la p. 13.

[73] La situation n'est pas sans rappeler ce qui surviendrait si un résident d'Ottawa se présentait à un café Internet lors d'un passage à New York pour modifier les paramètres d'un thermostat programmable situé dans sa demeure en vue de changer la température de la maison par l'activation de la fournaise. Celle-ci serait activée à Ottawa, peu importe où se trouve la touche « Entrée » utilisée pour l'actionner. De même, d'aucuns pourraient s'imaginer la situation où le directeur de la production d'une station de radio dont le siège social est situé à Windsor, en Ontario, communique avec son gérant de production œuvrant dans un studio de radiodiffusion à Détroit et lui donne instruction de copier le nouvel enregistrement d'un certain artiste dans le serveur américain pour qu'il fasse partie de la prochaine émission. Dans ce cas, même si les instructions émanent du Canada, les copies ont clairement été faites aux États-Unis et la loi américaine s'appliquerait à la reproduction de l'œuvre musicale.

[74] Nous avons conclu que le principe de la territorialité s'applique; il n'est donc pas nécessaire de prendre en compte le critère du lien substantiel. En l'espèce, le principe de la territorialité impose l'application de la loi américaine sur le droit d'auteur. En conséquence, comme la compétence de la Commission du droit d'auteur du Canada se limite à fixer des tarifs en application de la *Loi* canadienne, la Commission n'a pas compétence pour fixer un tarif à l'égard des présentes copies.

C. LES COPIES ENTREPRISES ET FAITES AUX ÉTATS-UNIS PAR DES TIERCES PARTIES AMÉRICAINES

[75] Les copies dont il est question sont celles faites dans les studios de production américains pour la programmation des canaux américains, dont certains se retrouvent dans les forfaits d'abonnement canadiens. Les canaux en provenance des États-Unis qui sont captés par les abonnés canadiens sont préparés et programmés dans des studios situés à New York et à Washington qui appartiennent et sont exploités par les homologues américains respectifs des services par satellite. Ces tiers américains font les reproductions pour la programmation des canaux américains.

[76] La preuve indique sans équivoque que les services par satellite tirent profit et dépendent des reproductions réalisées par des tiers aux États-Unis, mais aussi qu'ils ne participent en rien à leur fabrication. La responsabilité des services par satellite à l'égard de ces copies ne peut être établie que si nous concluons à la fois : qu'une autorisation venant du Canada de poser un acte à l'étranger est une autorisation donnée « au Canada » et, qu'en l'absence d'autorisation expresse, l'autorisation peut s'inférer du degré de contrôle exercé par les services par satellite ou de la nature de leur relation avec leurs homologues américains respectifs.

[77] Nous devons là encore choisir la loi qui s'applique à l'autorisation d'un acte « illicite » posé aux États-Unis alors que l'autorisation provient du Canada. À notre avis, pour les motifs qui sont énoncés ci-dessous, c'est le droit américain qui s'applique.

[78] En résumé, lorsqu'il est question de copies de programmation faites aux États-Unis par des tiers américains, le choix de la loi se décide en fonction de la territorialité et ne peut se fonder sur le « critère du lien substantiel ». Rien n'indique dans la preuve que les copies ont été réalisées « ici et là » ou au-delà des frontières. En conséquence, les reproductions ne présentent pas les caractéristiques propres au type d'actes à l'égard desquels la jurisprudence citée par CSI a conclu qu'ils sont survenus « ici et là ».

[79] La réalisation des reproductions ne s'accompagne de l'accomplissement d'aucun acte au Canada et, par conséquent, il ne peut en résulter aucun « préjudice » sous le régime de la législation canadienne. Ainsi, les commentaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Moran*³³ selon lesquels l'acte préjudiciable de l'auteur du délit doit avoir été accompli là où le dommage a été subi ne sont d'aucune utilité à CSI. De la même manière, nous ne trouvons aucune utilité aux commentaires formulés par la Cour suprême dans l'arrêt *Tolofson(CSC)* en ce qui concerne le fait que « [L]es gens s'attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent ». ³⁴ Tous les gestes associés à la réalisation des copies sont survenus aux États-Unis et sont, en conséquence, régis par le droit américain. L'acte autorisant la contrefaçon à l'étranger est assujéti à la loi régissant cette contrefaçon.

[80] CSI souligne à juste titre que l'acte d'autoriser diffère de celui de faire. Ceci étant dit, la Commission a déjà expliqué l'interrelation qui existe entre les deux actes :

Il est généralement reconnu que tous les actes protégés au paragraphe 3(1) sont distincts, y compris le droit d'autoriser. Bien qu'il ait sa propre existence, le droit d'autoriser est, selon la Commission, de nature différente puisqu'il est directement lié à l'acte qui est autorisé. En effet, le droit d'autorisation existe uniquement si l'acte qu'on autorise est lui-même un acte protégé. Par exemple, le droit d'exécution publique peut exister sans que le droit de communication soit protégé, mais le droit d'autoriser une communication ne peut exister si le droit de communication ne l'est pas.³⁵

[81] Si la copie faite aux États-Unis sur instructions émanant du Canada est régie par la loi américaine, alors, *a fortiori*, l'autorisation émanant des États-Unis d'y faire une copie l'est aussi.

[82] Il s'ensuit que le simple acte d'autoriser ne confère pas de droit d'action en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne lorsque la contrefaçon survient à l'étranger. Nul besoin, donc, d'examiner si les services par satellite ont réellement autorisé les copies de programmation des canaux américains. De toute façon, ils ne l'ont pas fait.

³³ *Supra* note 25 à la p. 404.

³⁴ *Tolofson (SCC)*, *supra* note 9 aux pp. 1050-51.

³⁵ *SOCAN - Tarif 4 (Concerts) [Question de compétence]*, [décision de la Commission du 26 mars 2004](#) aux pp. 8-9.

D. LE TAMPON D'UNE DURÉE DE 4 À 6 SECONDES

[83] Chaque récepteur de radio satellitaire stocke en tout temps dans sa mémoire vive (MEV) de 4 à 6 secondes du signal multiplex des services par satellite. Le principe du premier entré, premier sorti sert à décrire la mise en mémoire tampon : le premier octet de données reçu sera le premier octet à sortir, après un intervalle de 4 à 6 secondes. Selon M. Greg Nease, l'expert technique de Sirius, les renseignements contenus dans le tampon y sont dans un [TRADUCTION] « format de signal de transmission natif », décrit comme une « soupe d'octets » contenant « beaucoup de découpage, d'entrelacement et de codage pour transmission et est totalement indéchiffrable en terme de fichiers audios ». ³⁶ À son avis, les renseignements ne sont pas accessibles aux usagers et ils leur sont complètement invisibles.

[84] M. Paul Marko, un expert appelé par CSR, a expliqué qu'en raison de la technologie utilisée par CSR, les données sont transmises des satellites aux récepteurs de CSR au moyen d'un processus étalant le signal sur une période de 4 à 6 secondes et que, dès sa réception par la MEV des récepteurs, ceux-ci le rendent audible grâce à l'activation d'une fonction de désétalement.

[85] La question est de savoir si le tampon de 4 à 6 secondes, lequel stocke par défilement vertical dans une mémoire temporaire du récepteur de l'auditeur de radio satellitaire quatre secondes du signal reçu du satellite ou du répéteur produisant ainsi de la diversité dans le temps, est la reproduction d'une partie importante d'une œuvre. Pour conclure en ce sens, nous devons établir que : (1) le tampon constitue réellement une copie de l'œuvre protégée; (2) la copie est importante; (3) la copie qui en découle est sous une forme matérielle.

[86] Les services par satellite soutiennent que les tampons ne sont pas des reproductions au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi* car aucune nouvelle copie de l'œuvre n'est créée sous une forme matérielle. Ils font aussi valoir que le stockage transitoire séquentiel de petites portions d'une œuvre musicale transmises pour permettre la diversité dans le temps n'est pas suffisamment important pour engager le droit de l'auteur. Aux États-Unis, le tampon transitoire est considéré comme n'ayant qu'une incidence minimale et, en conséquence, il ne constitue pas une contrefaçon. ³⁷ Les services par satellite invoquent comme jurisprudence *Australian Video Retailers Association Ltd. c. Warner Home Video Pty Ltd.* ³⁸ et *Stevens c. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment.* ³⁹ Ils font aussi valoir que le tampon de 4 à 6 secondes ne répond pas à l'exigence de la forme matérielle que la jurisprudence a développée, c'est-à-dire « qu'elle soit

³⁶ Voir transcriptions confidentielles du 7 décembre 2007, Vol. 10 à la p. 1774.

³⁷ Kevin Garnett, Gillian Davies and Gwilym Harbottle, *Copinger and Skone James on Copyright*, 15^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005 [*Copinger and Skone James*].

³⁸ [2001] FCA 1719 [*AVRA v. Warner*].

³⁹ [2005] H.C. Austr. 58 [*Stevens v. Kabushiki*].

exprimée [...] sous une certaine forme matérielle susceptible d'identification et dotée d'une durabilité plus ou moins grande ». ⁴⁰

[87] Subsidiairement, les services par satellite font valoir que le tampon de 4 à 6 secondes bénéficie de la protection conférée par l'alinéa 64.1(1)d) de la *Loi*, en ce qu'il n'est qu'une méthode ou un processus de fabrication et qu'en conséquence il ne devrait pas donner ouverture à un recours judiciaire en vertu du droit canadien. À l'appui de cet argument, les services par satellite font simplement mention de *SOCAN c. ACFI (CSC)*⁴¹ et d'*Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*⁴²

[88] CSI soutient que toutes les copies tampons sont des reproductions et emportent l'obligation de payer la redevance parce que le cumul du contenu séquentiel du tampon produira une copie de l'œuvre complète. Le tampon de 4 à 6 secondes revêt une forme qui est suffisamment palpable, tangible et perceptible pour être gravé dans un support à partir duquel les œuvres peuvent être reproduites ou communiquées de quelque autre façon.⁴³ Elle s'appuie sur *Twentieth Century Fox Film Corp. c. Cablevision Systems Corp.*⁴⁴ qui a conclu notamment que la reproduction des copies tampons est possible et que mises ensemble, elles constituent la totalité de la programmation de la requérante.

[89] CSI ajoute que la copie tampon est semblable à une copie faite lors d'une transmission sur demande qui, selon la Commission, est à la fois une reproduction, importante et dans une forme matérielle.⁴⁵ CSI soutient également que le tampon de 4 à 6 secondes ne peut être assimilé à la « copie antémémoire » dans *SOCAN c. ACFI (CSC)*⁴⁶ parce que l'exception prévue à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi* ne vise que le droit de communication et non celui de reproduction.

[90] Nous concluons que le tampon de 4 à 6 secondes n'est pas une reproduction protégée au sens de la *Loi* parce qu'il ne répond pas aux trois exigences que nous avons établies précédemment.

[91] Le tampon de 4 à 6 secondes est une reproduction d'une œuvre protégée, tout comme les téléchargements et les transmissions sur demande visés dans le *Tarif CSI pour les services de*

⁴⁰ Ils citent entre autres *Canadian Admiral Corp. Ltd. c. Rediffusion Inc.*, [1954] R.C.É. 382, aux paras. 19, 28 [*Canadian Admiral*]; *Théberge*, *supra* note 17 au para. 25; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, au para. 8 [CCH]; *Warner Brothers-seven Arts Inc. c. CESM-TV Ltd.* (1971), 65 C.P.R. 215 à la p. 225 (C. Éch.).

⁴¹ *Supra* note 8 aux paras. 115-16.

⁴² [2007] R.C.S. 21 aux paras. 79-81 [*Euro-Excellence*].

⁴³ *EROS - Équipe de recherche opérationnelle en santé inc. c. Conseillers en gestion et informatique C.G.I. inc.* (2004), 35 C.P.R. (4^e) 105 au para. 113 (C.F. 1^{re} Ins.) [*EROS-Équipe*].

⁴⁴ 478 F.Supp. 2d 607 aux pp. 621-22 (S.D.N.Y. 2007) [*Cablevision*].

⁴⁵ *SOCAN - Tarif 22.A (Internet - Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006, décision de la Commission du 18 octobre 2007* au para. 95 [SOCAN 22.A].

⁴⁶ *Supra* note 8 aux paras. 113-19.

musique en ligne.⁴⁷ Le tampon stocke des renseignements, ne serait-ce que temporairement, avant leur utilisation. En conséquence, la mise en tampon comme la transmission sur demande entraîne un acte de reproduction qui, selon nous, répond à la première exigence.

[92] La question suivante est de savoir si le tampon de 4 à 6 secondes constitue une partie « importante » de l'œuvre reproduite. Les services par satellite concluent par la négative en s'appuyant sur *Copinger and Skone James* : commentant la reproduction d'un film en MEV d'une machine au moment de sa projection, les auteurs concluent que « [TRADUCTION] chaque fragment est si petit qu'à n'importe quel moment on ne peut prétendre qu'il existe une "copie" du film ou d'une partie importante du film dans la MEV et, ainsi, aucune reproduction du film n'a été faite aux fins de la *Loi*. [...] en ce qui concerne la copie fragmentaire dans la MEV, en aucun temps n'existe-t-il quelque chose qui de façon réaliste s'apparente à une copie. »⁴⁸ Les services par satellite omettent de souligner que les auteurs reconnaissent que l'acte protégé est la « reproduction » de l'œuvre, et non la réalisation d'une copie de manière telle que ce processus de transit « [TRADUCTION] pourrait être un cas possible d'application du principe "peu mais souvent". » Les auteurs concluent cependant que si une copie n'est pas produite à un moment ou l'autre du processus, il semble irréaliste d'affirmer qu'une reproduction a été faite.⁴⁹

[93] Les services de radio par satellite s'appuient également sur le professeur Paul Goldstein et soutiennent qu'aux États-Unis, le tampon transitoire de données est considéré comme n'ayant qu'une incidence minimale et que la législation sur le droit d'auteur établit que le test à respecter en matière de contrefaçon n'est pas très exigeant.⁵⁰ Les services par satellite invoquent les deux précédents australiens, *AVRA c. Warner* et *Stevens c. Kabushiki* au soutien de leur thèse selon laquelle des fragments séquentiels ne constituent pas une partie importante d'une œuvre musicale. Il convient toutefois de souligner qu'il existe des différences importantes entre la législation australienne et le paragraphe 3(1) de la *Loi* et que conséquemment, les précédents ne sont pas d'un grand secours.

[94] CSI fait valoir qu'une copie de l'œuvre entière peut se faire en regroupant le contenu séquentiel du tampon. Elle invoque la décision de la Commission dans *SOCAN 22.A* qui traitait du droit de communication et non de celui de reproduction. CSI invoque également le *DMCA Section 106 Report* du Bureau du droit d'auteur des États-Unis. À notre avis, nous ne sommes pas liés par ce rapport et, qui plus est, il n'est pas concluant.

⁴⁷ Tarif homologué par la Commission du droit d'auteur, publié dans la *Gazette du Canada*, 31 mars 2007.

⁴⁸ *Supra* note 37 au para. 7-19.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Paul Goldstein, *Goldstein on Copyright*, 3^e éd., (New York, Kluwer Law, 2006) (supplément 2007) à la p. 7:9 ¶ 7.02.

[95] Enfin, CSI renvoie à *Cablevision*. Il n'est pas nécessaire de se pencher sur ce volet de l'argumentation parce que depuis lors la décision a été infirmée, annulée et a fait l'objet d'un renvoi par la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit.

[96] L'arrêt qui fait autorité sur la façon d'évaluer le caractère important demeure *U & R Tax Services Ltd. c. H & R Block Canada Inc.*,⁵¹ dans lequel le juge Richard, alors juge à la Cour fédérale, a notamment statué que le caractère important devait s'évaluer en donnant « plus d'importance à la qualité des parties plagiées qu'à leur quantité ». ⁵² La question de savoir si une partie importante d'une œuvre a été reproduite est une question de fait qui doit être tranchée en fonction de toutes les circonstances de chaque espèce.

[97] En conséquence, la question se résume à savoir si le tampon de 4 à 6 secondes constitue une partie importante d'une œuvre complète. Le déroulement par tranches de 4 à 6 secondes d'une œuvre musicale n'offre jamais l'œuvre dans son ensemble. Un abonné ne dispose en aucun temps d'une série de clips qui, réunis ensemble, constitueraient une partie importante de l'œuvre. Il importe peu qu'au bout du compte la totalité des œuvres transmises soit reproduite. Il s'agit d'un tampon en défilement et en aucun temps pouvons-nous accoler toutes les portions de copies pour en arriver à une copie complète d'une œuvre musicale. À quelque moment que ce soit, personne ne peut extraire de façon efficace de la MEV du récepteur plus de 4 à 6 secondes d'une chanson (ou plus précisément, d'un signal). Plus important encore, jamais il n'est possible de choisir ce qui y entre ou quand il sort.

[98] À notre avis, le tampon de 4 à 6 secondes ne répond pas à l'exigence d'importance. Ce n'est pas une partie importante d'une œuvre protégée. Il ne nous est donc pas strictement nécessaire de traiter de la question de savoir si le tampon est stocké sous forme matérielle. Nous le ferons cependant afin de fournir des repères pour les affaires à venir.

[99] Les services par satellite soutiennent que le tampon n'a pas de forme matérielle parce qu'il est une copie fugace, non perceptible pour les abonnés. C'est une soupe d'octets mémorisée dans un « format de signal de transmission natif ». Ils invoquent des précédents américains et australiens qui sont peu utiles, comme nous l'avons souligné, en raison de différences entre les législations respectives sur le droit d'auteur.

[100] La *Loi* ne contient aucune définition de « forme matérielle ». Au Canada, la cause citée pour décider si une œuvre revêt une « forme matérielle » est *Canadian Admiral*, laquelle consacre le principe portant que « [TRADUCTION] pour que le droit d'auteur s'attache à une

⁵¹ (1995), 62 C.P.R. (3^e) 257 (C.F. 1^{re} Ins.).

⁵² *Ibid.* à la p. 268.

“œuvre”, il faut qu’elle soit exprimée dans une certaine mesure du moins, sous une certaine forme matérielle susceptible d’identification et dotée d’une durabilité plus ou moins grande ». ⁵³

[101] Dans *EROS-Équipe*, la Cour fédérale a défini « forme matérielle » en s’appuyant sur le sens ordinaire des mots soit quelque chose de palpable, tangible et perceptible. ⁵⁴ La Cour a conclu que l’utilisation de logiciel affichant sur des écrans d’ordinateur des formulaires appartenant à la requérante violait le droit d’auteur parce que ceux-ci n’étaient pas éphémères et reproduisaient son œuvre sous une forme matérielle au sens de la disposition. La Cour a renvoyé à la décision *Bookmakers’ Afternoon Greyhound Services Ltd. et al c. Wilf Gilbert (Staffordshire) Ltd.* ⁵⁵ selon laquelle le simple affichage sur un écran de télévision constituait une reproduction matérielle. De plus, la Cour a ajouté que la génération d’une version imprimée de celle apparaissant à l’écran constituait aussi une violation du droit d’auteur.

[102] La Commission a reconnu la forme matérielle de diverses copies éphémères, dont celles émanant de la transmission sur demande, de la mise en cache, et des téléchargements permanents et temporaires. À notre avis, les copies MEV issues de la technologie numérique répondent aux exigences de la forme matérielle. ⁵⁶ Il serait contraire à la jurisprudence de conclure que pour apparaître sous une forme matérielle, la copie doit être visible ou récupérable. Même si c’était le cas, tout comme les circonstances dans *EROS-Équipe*, ⁵⁷ l’utilisateur qui possède un récepteur muni du tampon prolongé ou de fonctions d’enregistrement pourrait extraire une copie éphémère plus permanente.

[103] À notre avis, le tampon de 4 à 6 secondes répond à la troisième exigence. Ceci étant dit, cela importe peu compte tenu de notre conclusion portant sur le caractère important.

E. LA TRANSMISSION INTERNET SUR DEMANDE

[104] Les services par satellite offrent, comme fonction additionnelle, un service en ligne gratuit d’un sous-ensemble des canaux de radio par satellite au moyen d’un service de transmission par Internet utilisant un diffuseur de médias spécialement conçu. Le contenu pour le diffuseur de médias est livré pratiquement en même temps que sa transmission vers le satellite. Le contenu transmis est extrait du même processus en vertu duquel les services de radio par satellite sont programmés et livrés. La transmission est temporairement copiée dans le tampon d’un ordinateur

⁵³ *Canadian Admiral*, *supra* note 40 à la p. 394; voir aussi J.S. McKeown, *Fox on Copyright and Industrial Designs*, feuilles mobiles, 4^e éd., Toronto, Thomson Carswell, 2007 à la p. 9-3; Copinger and Skone James, *supra* note 37 au para. 3-79.

⁵⁴ *Supra* note 43.

⁵⁵ [1994] F.S.R. 723 (H.C.J.-C.H.).

⁵⁶ *Supra* note 45.

⁵⁷ *Supra* note 43.

pour une lecture sans interruption. Le tampon, qui selon M. Michael J. Murphy n'excède jamais dix secondes, retarde la lecture juste assez longtemps pour assurer une écoute en douceur.

[105] Un certain nombre de fournisseurs de service de téléphonie cellulaire ont conclu des ententes avec les services par satellite pour permettre à leurs abonnés de se brancher au service de transmission sur demande. La technologie de transmission utilisée pour la livraison de ce service est identique à celle utilisée sur Internet. Les services par satellite soutiennent qu'à l'exception de la « soi-disant copie » résultant du processus de mise en tampon, aucune autre reproduction n'est créée par ce service.⁵⁸

[106] Les services par satellite soutiennent que la Commission n'a pas encore décidé si la réception d'une transmission sur demande à l'état pur sur un ordinateur ou un autre dispositif met en cause le droit de reproduction. Selon les services par satellite, les commentaires formulés par la Commission à ce jour sont des *obiter* et, ce qui est plus important encore, contredisent des arrêts récents de la Cour suprême du Canada.⁵⁹ Les services font valoir que la Commission est directement tenue pour la première fois de décider si la transmission de données à un dispositif dans le cadre d'un service de transmission sur demande comprend la réalisation d'une reproduction.

[107] À l'opposé, CSI soutient que les transmissions sont des reproductions au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi* et s'appuie sur les commentaires de la Commission dans *CSI – Services de musique en ligne pour les années 2005 à 2007*.⁶⁰ Selon CSI, la preuve présentée à la Commission établit qu'il n'y a pas de différence entre la transmission dans le cadre de la livraison d'un service de radio par satellite et celle dans le cadre de la livraison d'un service de musique en ligne. Elle s'appuie également sur les commentaires formulés par la Commission dans *SOCAN 22.A*.⁶¹ La Commission n'a pas décidé si la copie stockée temporairement était une reproduction au sens de la *Loi* dans *SOCAN 22.A*.

[108] Tout comme la Commission l'a fait dans *CSI – Services de musique en ligne*,⁶² nous décidons que la transmission par téléphonie cellulaire des services des opposantes exige la

⁵⁸ Des modèles disponibles de récepteurs plus perfectionnés procurent une livraison Internet sans fil. L'unité Stiletto, équipée d'un récepteur WiFi, en est un exemple. Dans ce cas, une petite copie temporaire est stockée pour permettre à la diffusion réelle d'être livrée dans l'appareil et dans l'ordinateur aussi. Avec ce même récepteur, les abonnés peuvent acheter des œuvres musicales en ligne pour les télécharger en amont dans l'appareil. Essentiellement, certains modèles sont hybrides; en plus d'être des récepteurs de radio satellitaire, ils servent aussi de lecteurs MP3. La preuve semble indiquer qu'une infime minorité d'abonnés possède les modèles les plus perfectionnés. Ce service, ou les copies qui en résultent, n'a pas été examiné par les parties dans leur argument juridique.

⁵⁹ Dont *Théberge*, *supra* note 17; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363; *SOCAN c. ACFI (CSC)*, *supra* note 8; et *Euro-Excellence*, *supra* note 42.

⁶⁰ [Décision de la Commission du 16 mars 2007](#) au para. 103 [*CSI – Services de musique en ligne*].

⁶¹ *Supra* note 45.

⁶² *Supra* note 60.

réalisation de copies. Toutefois, en l'espèce, la question en litige est de savoir si ces copies sont importantes au point de constituer un acte protégé. À notre avis, elles ne le sont pas. Selon le témoignage non contredit de M. Murphy, le tampon ne stocke jamais plus de 10 secondes de données. Nous fondant sur nos commentaires déjà formulés à l'égard du tampon de 4 à 6 secondes, nous devons conclure dans le même sens, c'est-à-dire que ces copies ne sont pas suffisamment « importantes » et, en conséquence, qu'elles ne constituent pas des reproductions protégées visées par le paragraphe 3(1) de la *Loi*.

F. LES TAMPONS PROLONGÉS

[109] Un faible pourcentage de récepteurs offrent la fonction dite de tampon prolongé. Celle-ci permet à l'abonné d'enregistrer en vrac la programmation, de faire une pause et de reprendre l'écoute, de réentendre une émission, fonction qui une fois activée permet à l'utilisateur d'enregistrer le contenu d'une émission pour en profiter ultérieurement et de suspendre et rembobiner. Toutes ces fonctions sont activées par l'utilisateur : la décision d'y recourir lui appartient, et non pas aux services par satellite.

[110] Les parties conviennent que ces copies sont des reproductions au sens de la *Loi* et qu'elles sont faites par les utilisateurs et non par les services par satellite. Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les services par satellite autorisent leurs abonnés à faire les copies en cause.

[111] Les services par satellite soulignent que c'est l'utilisateur qui utilise et fait démarrer toutes ces fonctions, et que lui seul décide ce qui est stocké, le cas échéant. Selon eux, les services n'autorisent ni ne prétendent donner le droit de faire des copies. Ils citent *Muzak Corp. c. Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.*,⁶³ *Vigneux c. Canadian Performing Rights Society Ltd.*⁶⁴ et *CBS Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics Plc.*⁶⁵ En résumé, ils soutiennent qu'ils n'ont pas le contrôle nécessaire, ni ne l'exercent, pour être réputés avoir autorisé ou prétendu autoriser les reproductions. Selon eux, en s'appuyant sur *De Tervagne c. Beloeil*,⁶⁶ « un acte n'est pas autorisé par quelqu'un qui ne fait que permettre à un autre d'accomplir un acte ou probablement l'aider ou même l'encourager à le faire, mais qui ne prétend pas avoir une autorisation qu'il peut octroyer pour justifier l'accomplissement de l'acte. »⁶⁷ Ils citent aussi *Muzak*,⁶⁸ *CCH*⁶⁹ et *SOCAN c. ACFI (CSC)*⁷⁰ au soutien de l'argument selon

⁶³ [1953] 2 R.C.S. 182 [*Muzak*].

⁶⁴ [1945] 1 A.C. 108 (P.C.).

⁶⁵ [1988] 2 All E.R. 484 (H.L.).

⁶⁶ [1993] 3 C.F. 227 (1^{re} Ins.).

⁶⁷ *Ibid.* à la p. 239, citant *CBS c. Ames Records and Tapes Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 812 à la p. 821 (Ch. D.).

⁶⁸ *Supra* note 63 aux paras. 36-38.

⁶⁹ *CCH*, *supra* note 40 au para. 38.

⁷⁰ *Supra* note 8 au para. 122.

lequel ils sont en droit de supposer que les moyens qu'ils fournissent seront utilisés dans le respect de la loi.

[112] Compte tenu de la preuve, CSI soutient que les services par satellite « autorisent, approuvent ou tolèrent » les activités de programmation de leurs abonnés. Selon elle, les services par satellite exercent un niveau de contrôle suffisant pour en inférer une autorisation.⁷¹

[113] À notre avis, les services par satellite ont autorisé une reproduction dans les présentes circonstances. Toutes les fonctions d'enregistrement dont sont dotés le « Stiletto » et les récepteurs semblables vendus par CSR sont tributaires de la décision de l'abonné de les utiliser. L'argument des services par satellite selon lequel ceux-ci ne font que permettre l'utilisation d'équipement, laquelle peut s'avérer illicite ou non, et s'autorisant de ce fait pour supposer que les abonnés se servent des appareils dans le respect de la loi, n'est pas conforme à la preuve versée au présent dossier. Les services par satellite ne sont pas passifs. Ils contrôlent la programmation transmise aux abonnés en chiffrant le signal; en le décryptant, ils leur accordent le droit d'accéder à toute la programmation, y compris le droit d'utiliser tous ces services. Les services par satellite peuvent programmer leurs récepteurs pour autoriser ou empêcher la copie. En ce qui concerne la copie de bloc, la pause, l'écoute différée et autres fonctions, l'accès au contenu reproduit dans le tampon prolongé est contrôlé par les services par satellite. L'abonné qui cesse de payer pour le service n'a alors plus accès au contenu stocké dans son récepteur. De plus, certains contrats de licence d'utilisation prévoient la possibilité pour les abonnés d'utiliser le logiciel du récepteur pour copier du contenu de programmation ou même des chansons ce qui autoriserait un abonné à supposer que les services par satellite sont censés disposer du pouvoir d'autoriser les copies privées.

[114] Enfin, les intérêts commerciaux des services par satellite sont liés à la capacité d'utilisation des tampons prolongés par les abonnés. Bien qu'à ce jour le nombre d'abonnés utilisant les appareils plus perfectionnés soit relativement faible, il n'en demeure pas moins que les services par satellite misent sur ces fonctions pour se faire connaître comme offrant des services de qualité supérieure aux produits substitués. Par exemple, ils se mettent en valeur en se présentant comme la solution de rechange aux lecteurs iPod et MP3. Ils mènent une campagne publicitaire agressive sur la fonction de reproduction de leurs récepteurs de radio. Par exemple, CSR décrit l'un de ses récepteurs comme remplaçant le tandem iPod-iTunes en proclamant « [TRADUCTION] un autre Pod? Pas du tout. Nous sommes le vaisseau mère. »

[115] Dans *SOCAN c. ACFI (CSC)* la Cour suprême, en déterminant si les fournisseurs de services Internet pouvaient être réputés autoriser la communication d'œuvres protégées, a souligné que « le fournisseur de services Internet pourrait violer le droit d'auteur si ses activités

⁷¹ *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur) (CA)*, [1993] 2 C.F. 138 aux pp. 154-56. (C.A.) [ACTC].

avaient une incidence sur le contenu, c'est-à-dire s'il savait qu'un fournisseur de contenu rend du matériel illicite disponible grâce à son système et ne prenait pas de mesures pour y remédier. »⁷² Selon la preuve qui nous a été présentée, les activités des services par satellite ont une incidence sur le contenu. Cette conclusion est conforme à l'arrêt *ACTC* de la Cour d'appel fédérale, dans lequel la Commission a conclu que les services de télévision par câble étaient responsables des exécutions publiques de musique des transmetteurs sur leur réseau au motif soit qu'ils ont autorisé les prestations, soit qu'ils sont des co-exécutants. La Cour s'est ainsi exprimée :

Cependant, même si l'abonné est l'ultime responsable de la réalisation de l'exécution publique et, par conséquent, de la violation du droit d'auteur, il ne fait aucun doute, suivant le sens littéral du terme « autorisation » ou suivant l'interprétation qu'on en fait, que l'appelante autorise ses clients à faire en sorte que l'exécution se matérialise. J'estime que le juge de première instance a bien résumé le droit applicable aux actes de l'appelante en disant ce qui suit :

[L]orsqu'une société exploitant un système de télévision par câble fournit à un abonné des signaux électromagnétiques, aux termes d'un contrat qui prévoit clairement que la prestation de la compagnie consiste uniquement à faire produire par le téléviseur de l'abonné, téléviseur relié au câble, des messages sonores et visuels, cette société est censé[e] avoir autorisé cette dernière exécution.⁷³

[116] À notre avis, ces commentaires s'appliquent avec autant de force en l'espèce.

[117] Cela nous amène à la dernière question en litige qui est de savoir si les services par satellite peuvent s'en remettre au droit à l'utilisation équitable pour échapper à la responsabilité d'avoir autorisé leurs détaillants affiliés à reproduire un échantillon du contenu d'émissions. Nous constatons que les services par satellite ont initialement cherché à invoquer le régime de copie privée afin d'échapper à leur responsabilité, mais qu'ils semblent avoir abandonné cet argument. Ceux-ci font maintenant appel au concept de l'utilisation équitable à l'égard de la programmation enregistrée aux fins de vente au détail. Les services par satellite soutiennent de plus que même si la Commission tirait la conclusion qu'ils ont autorisé les copies, ils ne violeraient pas le droit d'auteur à l'égard de ces reproductions en raison de l'exception découlant de l'utilisation équitable aux fins de recherche ou d'étude privée. À notre avis, cet argument est forcé et, comme nous le verrons, est aisément rejeté. Les services par satellite soutiennent que les échantillons enregistrés sur les appareils fournis aux détaillants affiliés devraient être visés par le droit à l'utilisation équitable parce que l'objectif consiste à faciliter la recherche privée d'abonnés potentiels.

⁷² *Supra* note 8 au para. 124.

⁷³ *Supra* note 71 aux pp. 155-56.

[118] Le droit à l'utilisation équitable aux fins de recherche ou d'étude privée est régi par l'article 29 de la *Loi* dont voici les dispositions :

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

[119] La Cour suprême du Canada a examiné la question assez en détail dans l'arrêt *CCH*.⁷⁴ La Juge en chef McLachlin, rédigeant l'arrêt de la Cour, a indiqué que l'utilisation équitable n'était pas une exception (comme on l'avait jusque-là pensé), mais un droit. Pour établir qu'une utilisation est équitable, le défendeur doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il s'agit d'une utilisation aux fins d'étude privée ou de recherche et qu'elle est équitable. La Juge en chef s'est ainsi exprimée sur les éléments nécessaires pour prouver l'utilisation équitable :

[60] En conclusion, le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, la nature de l'œuvre, les solutions de rechange à l'utilisation et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre sont tous des facteurs qui peuvent contribuer à la détermination du caractère équitable ou inéquitable de l'utilisation. Ces facteurs peuvent être plus ou moins pertinents selon le contexte factuel de la violation alléguée du droit d'auteur. Dans certains cas, d'autres facteurs que ceux énumérés peuvent aider le tribunal à statuer sur le caractère équitable de l'utilisation.

[120] Dans l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a reconnu que ce droit s'applique tout autant à ceux qui facilitent la recherche et l'étude privée. La Cour a clairement indiqué que le fardeau de prouver l'utilisation équitable incombe à la personne qui l'invoque. À cet égard, voici comment la Cour s'est exprimée :

[48] [...] Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver, op. cit., l'a expliqué, à la p. 171, [TRADUCTION] « [l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. »

[121] Les services par satellite soutiennent que dans le cadre de procédures intentées devant la Commission, le fardeau de la preuve est renversé car il incombe aux sociétés de gestion d'établir la raisonnable du tarif proposé. Cet argument est indéfendable. Les renseignements concernant

⁷⁴ *CCH*, supra note 40 aux paras. 48-60.

l'intention et l'objectif reposent strictement entre les mains de l'utilisateur. Comme l'a exprimé la Cour suprême, le fardeau de prouver que l'utilisation est équitable devrait demeurer sur les épaules de la personne qui invoque ce droit. Rien n'indique dans la preuve présentée par les services par satellite que les abonnés utilisant les tampons prolongés l'ont fait à des fins de recherche ou d'étude privée. Les fonctions d'enregistrement ne présentent aucun attribut pouvant laisser croire que d'éventuels acheteurs utilisent les messages préenregistrés à des fins de recherche ou d'étude privée. Bien au contraire, la preuve établit que les détaillants utilisent cette fonction pour promouvoir la vente du service.

[122] Un échantillon du contenu emmagasiné dans les appareils destinés à la vente au détail et pour les besoins d'échantillonnage sur place se différencie de l'écoute préalable décrite dans *SOCAN 22.A.*⁷⁵ Les récepteurs vendus dans les magasins de détail contiennent en mémoire un échantillon préenregistré des divers canaux. Lorsque l'appareil est activé par un acheteur potentiel, il jouera le canal préenregistré. Le consommateur potentiel n'a pas le choix de sélectionner des canaux autres que ceux offerts par les services par satellite. Suite à l'achat du récepteur, l'abonné doit communiquer avec le service par satellite et payer les frais d'abonnement avant que les systèmes de gestion respectifs des services par satellite n'envoient un signal informant le récepteur que l'abonné a droit à l'abonnement complet et de jouer le contenu enregistré.⁷⁶

[123] Contrairement aux faits dans *SOCAN 22.A.*,⁷⁷ le consommateur en l'espèce ne demande pas d'échantillon des services par satellite. Au contraire, la copie est entreprise et produite par les services par satellite. À notre avis, ils ne peuvent être assimilés à une personne facilitant une recherche. Le contenu préenregistré offre un échantillon des canaux proposés dans le but d'inciter les consommateurs à se procurer leurs services.

[124] Les services par satellite n'ont pas présenté les éléments de preuve suffisants pour se décharger du fardeau qui leur incombe de prouver que cette activité constitue une utilisation équitable au sens de l'article 29 de la *Loi*. En conséquence, les services par satellite ne peuvent se fonder sur l'utilisation équitable pour échapper à leur responsabilité à l'égard de la reproduction d'échantillon d'émissions.

⁷⁵ *Supra* note 45 aux paras. 101-16.

⁷⁶ Les abonnés potentiels peuvent aussi échantillonner des services de radio par satellite de la façon suivante : premièrement, les non-abonnés peuvent échantillonner des émissions en ligne pendant l'essai d'une seule période limitée de temps d'écoute; deuxièmement, par des prix offerts lors d'événements spéciaux, lesquels sont jumelés à un abonnement gratuit de trois mois; troisièmement, par des occasions d'échantillonnage sur place pendant la durée de certains événements spéciaux.

⁷⁷ *Supra* note 45 aux paras. 101-16.

IV. ANALYSE ÉCONOMIQUE

[125] Dans l'exposé des faits, nous avons décrit brièvement les approches proposées par les experts économiques appelés par les différentes parties. Dans sa défense de la position des sociétés de gestion, M^e Glen Bloom a souligné que le fait que la Commission continue d'utiliser l'approche privilégiant un point de référence posait problème, parce que celle-ci s'appuie sur les indicateurs antérieurs. Selon lui, il faut une approche novatrice qui fera en sorte que le tarif homologué reflète la valeur réelle de la musique pour l'industrie. Nous avons étudié les différentes approches élaborées par MM. Agrawal et McHale, et bien que nous les trouvions intéressantes et que nous croyions qu'elles pourraient devenir utiles lorsque le marché sera bien développé, nous ne sommes pas convaincus de leur pertinence à l'heure actuelle.

[126] Nous sommes essentiellement d'accord avec l'argument de M. Reitman selon lequel l'approche privilégiant un point de référence, malgré les ajustements particuliers qu'elle nécessite, permet à la Commission d'homologuer des taux qui soient justes et équitables pour la radio par satellite. Une fois qu'un tarif a été établi au moyen de cette méthode, il n'est pas la simple reproduction de l'indicateur initial, mais le résultat d'une analyse indépendante du secteur particulier auquel s'applique ce tarif.

[127] Nous nous servons donc d'un point de référence pour déterminer le tarif juste et équitable. Néanmoins, nous décrirons brièvement les différentes approches proposées par MM. Agrawal et McHale et nous expliquerons pourquoi nous ne pouvons y recourir à l'heure actuelle. Ces commentaires ont pour but d'aider les parties à élaborer de nouveaux modèles économiques dans l'avenir. À notre avis, l'élaboration de nouveaux modèles et leur présentation devant la Commission peuvent, à long terme, jouer un rôle essentiel dans l'établissement de tarifs justes et équitables.

[128] Nous commencerons par étudier les modèles économiques proposés par MM. Agrawal et McHale en se fondant sur les critères d'équité, d'efficacité et d'uniformité.

A. VOLONTÉ DE PAYER DE L'INDUSTRIE

[129] MM. Agrawal et McHale proposent de se fonder sur un échantillon d'ententes pour calculer la part de revenus que les services par satellite sont disposés à verser à l'industrie de l'automobile pour vendre des abonnements, pour ensuite appliquer cette proportion à ceux qui s'abonnent au service à cause de la musique. À leur avis, cela permet d'établir un tarif équitable, puisque les services devraient être disposés à verser la même part de revenus pour tous les abonnés, que ce soit la musique ou autre chose qui les attire vers le service.

[130] MM. Agrawal et McHale tiennent compte de tous les transferts financiers entre les services par satellite et le constructeur d'automobiles. Ils notent que les ententes conclues avec l'industrie de l'automobile engendrent deux types de coûts pour les services par satellite : une subvention de matériel et une part des revenus d'abonnement. En contrepartie, le constructeur d'automobiles

souscrit un abonnement d'essai pour une courte période lorsque le véhicule est vendu. MM. Agrawal et McHale prennent aussi en considération le pourcentage de consommateurs qui renouvelleront l'abonnement une fois la période d'essai terminée.

[131] Les auteurs concluent, en incluant les montants d'abonnement d'essai et d'autres montants, que les services par satellite sont disposés à verser environ 45 pour cent des revenus d'abonnement provenant du secteur de l'automobile aux constructeurs d'automobiles.

[132] MM. Agrawal et McHale observent en outre que, selon l'enquête du Réseau Circum, 86 pour cent des abonnés actuels mettraient fin à leur abonnement à la radio par satellite si le volet musical était supprimé. En multipliant ce chiffre par la proportion de 45 pour cent, les auteurs en viennent à la conclusion que les services par satellite seraient prêts à déboursier 39 pour cent de leurs revenus pour la musique.

[133] Les auteurs reconnaissent toutefois que les titulaires de droits sur la musique pourraient ne pas être en mesure de profiter pleinement de la volonté de payer des services par satellite. Ils reconnaissent par ailleurs que ces derniers pourraient être disposés à verser encore plus d'argent aux constructeurs d'automobiles. Ils concluent qu'il pourrait être peu viable pour les services par satellite de verser pour chaque intrant le montant maximal qu'ils sont prêts à payer.

[134] M. Reitman n'est pas d'accord avec la manière dont est fait le calcul pour ce qui est du tarif d'abonnement pour les mois d'essai que paie le constructeur d'automobiles. Au lieu d'inclure le produit des mois d'essai dans les revenus des services par satellite, M. Reitman propose plutôt de le déduire du montant qu'ils versent aux constructeurs d'automobiles au titre de la subvention de matériel et du partage des revenus d'abonnement. Bien que, selon lui, cette façon de traiter les mois d'essai ne modifie pas les décisions d'affaires des services par satellite et des constructeurs d'automobiles, elle a une incidence notable sur le ratio coûts-avantages. M. Reitman propose en outre certaines modifications au calcul du taux de change.

[135] Par conséquent, il estime la volonté de payer à environ 10 pour cent, ce qui est beaucoup moins que le 39 pour cent calculé par MM. Agrawal et McHale. M. Reitman croit en outre que la volonté de payer correspond aux paiements couvrant tous les coûts associés à la musique, y compris la programmation musicale, et que le tarif ne devrait représenter qu'une partie de ce montant.

[136] De plus, M. Reitman fait remarquer que les services par satellite débourseraient un montant supérieur à leurs revenus si chaque intrant était rémunéré au taux maximum que ces services sont prêts à payer.

[137] Enfin, encore selon les calculs de M. Reitman, si l'on considère le réseau de détail d'où provient 75 pour cent de la clientèle, les services par satellite ne paient que l'équivalent de 2 ou 3 pour cent de leurs revenus pour un nouvel abonné-mois. Il affirme que les services par satellite

sont prêts à déboursier plus lorsqu'ils traitent avec les constructeurs d'automobiles, parce que cela leur procure un capital de marque.

[138] L'approche fondée sur la volonté de payer que proposent MM. Agrawal et McHale repose sur l'hypothèse que les services par satellite seraient disposés à payer le même montant pour un nouvel abonné-mois, peu importe que celui-ci soit attiré par la programmation musicale ou d'une entente avec un constructeur d'automobiles. À notre avis, les faits ne vont pas dans le sens de cette hypothèse. Au contraire, les informations ayant trait au réseau de détail indiquent que la volonté de payer peut varier sensiblement selon les intrants; qui plus est, les deux constructeurs d'automobiles qui ont conclu une entente avec un service n'obtiennent pas la même part de revenus. En conséquence, la volonté de payer pour un intrant particulier ne semble pas être un indicateur fiable de la volonté de payer pour un autre.

[139] Lorsqu'ils ont entamé les négociations avec les constructeurs d'automobiles, les services par satellite avaient déjà engagé une bonne partie des dépenses nécessaires à la prestation du service et étaient donc disposés à payer un fort taux pour attirer de nouveaux clients, pourvu que le gain soit supérieur au coût marginal. MM. Agrawal et McHale reconnaissent que si les constructeurs d'automobiles sont parvenus à négocier une part des revenus aussi élevée, c'est peut-être parce qu'on les a approchés plus tard dans la mise en place du plan d'affaires. Lorsqu'ils ont négocié avec les fournisseurs de contenu, les services par satellite ont pu démontrer qu'ils devaient engager d'importants frais de démarrage pour assurer le service et que, par conséquent, leur marge bénéficiaire n'était pas très élevée. Une fois que le service est assuré et que certains coûts sont inévitables, les positions de négociation changent. En théorie, si un constructeur d'automobiles exigeait 99 pour cent des revenus pour chaque nouvel abonné qu'il ajoute, il pourrait encore s'entendre avec les services par satellite.

[140] C'est pourquoi nous sommes d'avis que le modèle fondé sur la volonté de payer est fondamentalement inadéquat pour l'établissement d'un tarif. En règle générale, l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier au cours du processus de développement d'une entreprise ne doit pas influencer sur le tarif.

B. VALEUR DE SHAPLEY

[141] Pour résoudre le problème de l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier, MM. Agrawal et McHale proposent de recourir à la méthode d'évaluation Shapley, qui permet de modéliser les services par satellite comme le résultat d'une entente conclue entre les cinq membres d'une coalition théorique : les services par satellite et quatre fournisseurs de contenu (musique, nouvelles, sports et contenu parlé-divertissement).

[142] MM. Agrawal et McHale examinent la valeur des cinq membres de la coalition en se servant de données du Réseau Circum portant sur la proportion d'abonnés qui résilieraient leur abonnement si un ou plusieurs membres de la coalition s'en retiraient. Ils posent au départ que

personne ne s'abonnerait à la radio satellitaire si les services n'étaient pas membres de la coalition, car il n'y aurait alors personne pour diffuser le contenu; à l'inverse, si les services étaient seuls dans la coalition, ils n'auraient aucun contenu à offrir aux abonnés. Dans son enquête, le Réseau Circum a sondé l'opinion des répondants sur 32 coalitions possibles, allant de la participation de tous (où tous les abonnés conserveraient leur abonnement) à l'absence de participation (où personne ne conserverait son abonnement).

[143] S'appuyant sur les 120 scénarios de classement des cinq membres de la coalition, les auteurs ont calculé la valeur marginale de chaque membre, ou ce qu'ils appellent la valeur de Shapley des services par satellite et des quatre fournisseurs de contenu. Ils ont ainsi déterminé que les revenus devraient être répartis comme suit : 34 pour cent pour le contenu musical, 44 pour cent pour les services, 5 pour cent pour les nouvelles, 7 pour cent pour les sports et 9 pour cent pour le contenu parlé-divertissement.

[144] Selon M. Reitman, il faudrait modifier cette méthode pour qu'elle tienne compte des coûts d'exploitation des services par satellite, puisque ces coûts incluent les frais engagés par les services pour attirer et retenir la clientèle. En se fondant sur les prévisions budgétaires des services, M. Reitman a établi que les coûts d'exploitation égalent 84,2 pour cent des revenus. Il répartit ensuite les 15,8 pour cent restants entre les cinq membres de la coalition au moyen de la méthode Shapley.

[145] En se fondant sur les données sur les heures d'écoute et les motifs d'abonnement, il obtient pour le contenu musical une valeur entre 5,5 et 6 pour cent des revenus, en utilisant respectivement les données de Sirius et de XM. Ses résultats montrent également que les services devraient obtenir entre 88 et 90 pour cent, les nouvelles environ 1 pour cent, les sports entre 1,1 et 1,3 pour cent et le contenu parlé et le divertissement entre 3,1 et 4 pour cent. En soustrayant les coûts de la programmation musicale (3,6 et 5,5 pour cent des revenus pour Sirius et XM, respectivement), M. Reitman arrive à un tarif oscillant entre 0,5 et 1,9 pour cent.

[146] À notre avis, la méthode Shapley est intéressante parce qu'elle fournit de l'information sur la valeur fondamentale de la musique pour les services par satellite. Cependant, elle repose largement sur les données d'une enquête où les répondants sont questionnés sur des scénarios hypothétiques. Malheureusement, l'insuffisance des données ne nous permet pas de tester la variabilité et la stabilité de ce modèle. C'est pourquoi nous ne pouvons utiliser cette approche dans le cas présent. Les parties pourraient éventuellement la perfectionner et mieux l'utiliser si elles se mettaient d'accord sur le modèle et la méthodologie de collecte des données. La Commission serait alors en mesure d'analyser et de valider les résultats.

i. Cannibalisation

[147] MM. Agrawal et McHale soutiennent que la diffusion de musique sur la radio satellitaire a des répercussions sur les revenus tirés de la musique dans d'autres marchés, notamment ceux du

CD et du téléchargement. Selon eux, si ce n'était de la licence obligatoire, les sociétés de gestion n'accepteraient pas d'autoriser l'utilisation de musique si les revenus provenant des services par satellite ne compensaient pas le manque à gagner dans les autres marchés. Par conséquent, le tarif minimum qu'accepteraient les sociétés de gestion en l'absence de licence obligatoire est le taux par lequel on pourra compenser le manque à gagner dans les autres marchés.

[148] En se servant des données obtenues par le Réseau Circum lorsqu'ils ont demandé aux abonnés des services par satellite si le fait d'être abonné avait une incidence sur leurs achats de CD et de téléchargements, MM. Agrawal et McHale ont calculé un manque à gagner de 2,58 \$ par abonné-mois causé par les services par satellite.

[149] M. Reitman est d'avis que les enquêtes n'apportent pas de réponse précise dans ce cas. Selon lui, le fait de hausser le tarif pour tenir compte de l'effet de cannibalisation revient à appliquer une surcharge, et un tel ajustement n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de fixer un tarif juste et équitable.

[150] M. Reitman souligne en outre que les chiffres de MM. Agrawal et McHale sont beaucoup plus élevés que d'autres. En utilisant des données des États-Unis et en appliquant la même méthode que MM. Agrawal et McHale, on calcule un effet de cannibalisation de 1,10 \$ par abonné-mois.

[151] Nous croyons que l'effet de cannibalisation n'est pas une mesure utile. S'il est possible que les sociétés de gestion refusent d'être partie prenante aux services par satellite si les revenus étaient inférieurs au manque à gagner dans les autres marchés, il se peut également qu'elles acceptent d'être partie prenante si, par exemple, elles prévoyaient que la radio satellitaire pourrait gagner en vigueur dans les années à venir. Même si nous pouvions obtenir une mesure fiable de l'effet de cannibalisation, celui-ci ne devrait pas entrer en ligne de compte dans l'établissement du tarif, ni servir d'indicateur de la valeur minimale.

C. APPROCHE FONDÉE SUR L'EFFICIENCE

[152] Dans cette approche, le tarif est établi au taux qui maximise la valeur de la musique pour la société. MM. Agrawal et McHale croient que le calcul d'un tarif suppose que l'on fasse l'arbitrage entre la perte d'abonnés imputable à une hausse des tarifs d'abonnement et l'accroissement de la production musicale résultant de la hausse des revenus de l'industrie. Par conséquent, le « tarif optimal » correspond au taux auquel le gain d'efficacité dynamique résultant de l'enrichissement du contenu musical compense la perte d'efficacité statique résultant de la diminution du nombre d'abonnés.

[153] Afin d'évaluer la perte d'efficacité statique, les auteurs doivent calculer l'élasticité de la demande émanant des abonnés. En se servant des données de l'enquête du Réseau Circum, ils observent que les abonnés seraient prêts à payer, en moyenne, 1,44 \$ de plus pour le service et que 73 pour cent d'entre eux conserveraient leur abonnement si le tarif était haussé d'un dollar.

Ils observent en outre que, comme le prévoit la théorie économique, le consommateur est plus sensible au tarif pratiqué par leur fournisseur qu'au tarif pratiqué par la concurrence.

[154] Pour évaluer le gain d'efficacité dynamique, MM. Agrawal et McHale doivent déterminer comment la hausse des revenus tirés de la musique se traduit par l'enrichissement du contenu musical et comment cet enrichissement se traduit à son tour par une augmentation du surplus social pour l'ensemble de la société.

[155] Les auteurs utilisent des données tirées d'une publication de Patrimoine canadien de 2006 portant sur les revenus annuels de l'industrie de la musique et la production d'œuvres musicales. Au moyen des données de la période 2001-2004, pour la musique française et anglaise, MM. Agrawal et McHale estiment à 55 000 \$ environ le coût de production d'un album. Ils affirment que ce chiffre est confirmé par Sellaband, une société de production musicale qui lève des fonds auprès des consommateurs et conserve ces « microinvestissements » en mains tierces jusqu'à ce qu'un artiste parvienne à mobiliser 50 000 \$, somme qui permet à Sellaband de produire un album pour cet artiste.

[156] En outre, les auteurs utilisent des données du Patrimoine canadien pour établir que les revenus que peut générer un nouvel album pour sa durée de vie s'élèvent à 109 827 \$. En appliquant des principes économiques de base, ils calculent que la moitié de cette somme, soit 54 914 \$, correspond au surplus social. Par conséquent, chaque dollar additionnel de revenu pour l'industrie de la musique engendre environ un dollar de gain d'efficacité dynamique (ou de surplus social).

[157] MM. Agrawal et McHale sont donc maintenant en mesure de résoudre leur modèle, puisqu'ils ont déterminé de quelle manière un tarif peut influencer à la baisse sur le nombre d'abonnés et de quelle manière il peut aussi influencer à la hausse sur les revenus provenant des ventes de musique. En maximisant ces deux effets contraires, les auteurs arrivent à un tarif optimal de 38 pour cent des revenus (soit 6,47 \$ par mois par abonné). Ils affirment que ce taux est optimal, parce qu'il établit un juste équilibre entre les coûts et les avantages rattachés à un tarif et qu'il maximise le bien-être collectif des Canadiens.

[158] M. Reitman estime que le modèle proposé par MM. Agrawal et McHale n'est pas approprié, car il fait abstraction de la perte dynamique qui résulte de la hausse des tarifs. À son avis, si la musique devient un intrant de plus en plus coûteux, on sera de moins en moins tenté d'entrer sur ce marché.

[159] M. Reitman déplore en outre que MM. Agrawal et McHale n'aient pas inclus les coûts d'acquisition de la clientèle dans les coûts variables d'exploitation des services par satellite. Par cette seule mais importante correction méthodologique, M. Reitman calcule un tarif optimal de 5,2 pour cent des revenus, comparativement à 38 pour cent chez MM. Agrawal et McHale.

[160] Enfin, M. Reitman note que le modèle fait abstraction de la langue comme variable. Cela pose problème selon lui, car les revenus de l'industrie de la musique anglaise semblent beaucoup plus élevés que ceux de l'industrie de la musique française.

[161] M. Reitman a en outre constaté que si l'on ajoute la variable langue, le modèle estimera à un montant beaucoup plus élevé que le montant de 55 000 \$ obtenu par MM. Agrawal et McHale, les revenus additionnels qu'il faudra à l'industrie pour produire un nouvel album. Le tarif optimal serait donc de 0 \$.

[162] Le rapport entre les revenus de l'industrie et la production d'album est essentiel au modèle, car il permet de mesurer le gain d'efficacité dynamique qui résulte du tarif. À notre avis, le fait qu'on dispose de six observations seulement et qu'on ne soit pas en mesure de tenir compte de variables telles que la langue pose problème pour une composante aussi importante du modèle, d'où la très grande difficulté d'adopter cette approche.

[163] Ici encore, même si nous trouvons cette approche intéressante, il est essentiel qu'elle repose sur des données de qualité, garantes de la fiabilité et de la stabilité des résultats. Or, ce n'est pas le cas ici, mais comme nous l'avons déjà mentionné, nous croyons que cette méthode offre des possibilités d'application dans l'avenir, pourvu qu'elle repose sur des données fiables.

D. APPROCHE PRIVILÉGIANT UN POINT DE RÉFÉRENCE

[164] Ayant écarté les approches théoriques qu'ont proposées les sociétés de gestion, nous allons maintenant examiner comment les parties proposent d'utiliser l'approche privilégiant un point de référence pour établir les tarifs, puis décrivons notre propre façon de fixer les tarifs dans les circonstances.

i. Les sociétés de gestion

[165] MM. Agrawal et McHale proposent une méthode impliquant de trouver d'abord un point de référence pour calculer le montant total des redevances que doivent verser les services de radio par satellite et proposent ensuite des règles pour répartir ce montant entre les trois sociétés de gestion.

[166] MM. Agrawal et McHale considèrent que les SSPN sont de même nature que les services de radio par satellite, puisqu'il s'agit dans les deux cas de services par abonnement et que ces deux types de services cherchent avant tout à répondre à des goûts musicaux ciblés. Les auteurs utilisent comme point de départ le taux de 26 pour cent dont s'est servie la Commission dans sa décision relative aux SSPN, avant un ajustement en fonction du répertoire. Ils multiplient ce taux par un rapport de 1 à 3,2 (le ratio reproduction - communication pour la radio commerciale) pour rendre compte de la valeur du taux de reproduction des œuvres musicales et des enregistrements sonores, ce qui donne un taux de reproduction global d'environ 8,1 pour cent et un taux de redevances global de 34,1 pour cent.

[167] Après avoir introduit initialement une autre correction pour tenir compte de la valeur additionnelle que représente la portabilité offerte par la radio satellitaire, ce que n'offre pas les SSPN, MM. Agrawal et McHale ont par la suite partagé l'avis de M. Reitman selon lequel les coûts d'abonnement reflètent déjà cette valeur additionnelle, et qu'un tarif exprimé en pourcentage en tient compte.

[168] MM. Agrawal et McHale se penchent ensuite sur les corrections qui pourraient être introduites pour tenir compte du contenu non musical de la radio satellitaire. Ils affirment que contrairement aux SSPN, tous les canaux par satellite ne sont pas dédiés à la musique; environ 60 pour cent le sont. Cette proportion justifierait en soi une correction à la baisse. Cependant, il faut aussi prendre en considération le fait que la radio satellitaire offre un plus grand nombre de canaux musicaux que les SSPN. Pour résoudre ce dilemme, les auteurs proposent une correction qui tienne compte du fait que certains clients de la radio satellitaire s'abonnent pour autre chose que la musique. Ils introduisent cette dernière correction en se servant du pourcentage d'abonnés qui résilieraient leur abonnement si le volet musical était supprimé, soit 86 pour cent, ce qui donne un taux de redevances global de 29 pour cent.

[169] S'appuyant sur des décisions antérieures de la Commission, la SOCAN et la SCGDV prétendent qu'elles ont droit à des redevances d'égale valeur et que CSI a droit à environ un tiers du taux de la SOCAN. Si l'on applique ces principes au taux de 29 pour cent calculé par MM. Agrawal et McHale, on arrive à un taux de 12,5 pour cent pour la SOCAN (ou la SCGDV) et un taux de 4,0 pour cent pour CSI. En corrigeant le taux de 12,5 pour cent en fonction de l'utilisation du répertoire (soit 91,19 pour cent du temps d'antenne pour la SOCAN et 27 pour cent pour la SCGDV), on obtient finalement un taux de 11,4 pour cent pour la SOCAN et de 3,4 pour cent pour la SCGDV.

[170] CSI prétend que la radio satellitaire suppose deux types d'activités de reproduction. Premièrement, le droit de reproduction est utilisé dans le cadre des opérations normales du service (programmation, tampon de 4 à 6 secondes, fonction pause-reprise, et services en lecture continue sur Internet). Deuxièmement, des reproductions sont également faites par les abonnés (et autorisées par le service).

[171] MM. Audley et Hyatt, témoignant pour CSI, affirment que ni le tarif de la radio commerciale ni celui des SSPN ne peuvent servir d'indicateur pour le présent tarif parce qu'aucun d'eux ne renferme une valeur pour le droit d'autorisation. Ils soutiennent que le meilleur indicateur est le taux homologué par la Commission pour les téléchargements limités de musique en ligne parce que certains récepteurs sont munis d'une fonction d'enregistrement. Même si cette fonction est encore relativement peu utilisée, ce qui importe est que les abonnés ont la possibilité d'acheter ces récepteurs et de faire des reproductions.

a. Les services de radio par satellite

[172] M. Reitman est d'accord avec MM. Agrawal et McHale pour ce qui est de la correction à introduire pour que le tarif rende compte du droit de reproduction. Il réfute toutefois la proposition de MM. Agrawal et McHale concernant l'ajustement portant sur le contenu non musical, qui repose sur la proportion d'abonnés qui résilieraient leur contrat si le volet musical était supprimé. Selon M. Reitman, étant donné que la somme des pourcentages associés aux divers fournisseurs de contenu excède de beaucoup 100 pour cent (172 pour cent), le facteur d'ajustement devrait être plus près de 40 ou 50 pour cent.

[173] M. Reitman affirme en outre que MM. Agrawal et McHale ont omis une correction importante. Les SSPN sont offerts au niveau du gros et si l'on applique le taux SSPN non corrigé aux services de la radio par satellite, qui, eux, sont offerts au niveau du détail, on obtient un montant de redevances beaucoup plus élevé qu'il ne le serait autrement. Après avoir apporté les ajustements nécessaires, M. Reitman pense qu'un taux se situant entre 1,6 et 6,5 pour cent serait approprié.

[174] Selon le témoin expert de Sirius, M. Goldstein, on devrait utiliser la radio commerciale, plutôt que les SSPN, comme point de référence. Il soutient que la radio commerciale et satellitaire constituent des marchés similaires pour trois raisons : ce sont des substituts concurrentiels, les auditeurs en font un usage semblable, et l'utilisation de musique est similaire dans l'une et l'autre (bien plus qu'entre la radio satellitaire et les SSPN). Il utilise donc comme valeurs initiales les taux de 4,4 pour cent (stations de musique) et de 1,5 pour cent (stations à faible utilisation de musique).

[175] M. Goldstein introduit une première correction pour tenir compte de la place relativement plus importante qu'occupe la musique dans les canaux musicaux de radio satellitaire. Il part du taux d'utilisation de musique de 94 pour cent sur lequel se sont mises d'accord les parties en ce qui concerne les canaux musicaux. Il corrige ensuite ce taux en ajoutant de la liste des canaux non dédiés à la musique six canaux qui, suivant le pourcentage d'enregistrements sonores sur le temps d'antenne, devraient être classés comme des canaux musicaux. Il arrive ainsi à un taux d'utilisation de musique corrigé de 90,2 pour cent pour les canaux musicaux. En mettant en rapport ce taux et le taux d'utilisation de musique par la radio commerciale, soit 76,1 pour cent, il obtient un taux rajusté de 5,2 pour cent (soit $4,4 \times 90,2 \div 76,1$).

[176] En utilisant le taux ainsi calculé pour les 71 canaux musicaux qui font partie de l'offre de Sirius et le taux de 1,5 pour cent pour les 38 canaux non musicaux, M. Goldstein obtient un taux moyen pondéré de 3,9 pour cent. Une autre correction est introduite pour tenir compte du taux d'utilisation du répertoire de la SOCAN, soit 0,9119, ce qui donne finalement un taux de 3,57 pour cent pour cette société de gestion.

[177] Le taux auquel a droit la SCGDV est obtenu en corrigeant le taux de 3,9 pour cent par un facteur de 0,27, qui tient compte de l'utilisation de son répertoire. Cette correction mène à un taux de 1,06 pour cent. Enfin, pour CSI, M. Goldstein multiplie le taux de la SOCAN de 3,9 pour cent par le ratio de 1 à 3,2, et applique un ajustement de répertoire de 0,705. Le taux final obtenu pour CSI est de 0,86 pour cent.

[178] M. Goldstein fait valoir que ces taux devraient être appliqués aux revenus de programmation et que les activités assimilables à de la distribution de radiodiffusion ne devraient pas générer des redevances pour les titulaires de droits. S'il a évalué au départ que les activités assimilables à de la radiodiffusion constituaient environ la moitié de toute l'activité de la radio satellitaire, il en est venu à conclure grâce à une analyse plus approfondie que la programmation n'expliquait que 30 pour cent du total des revenus.

[179] En dernier lieu, M^{me} Sherry Kerr, vice-présidente et directrice des affaires juridiques de Sirius Canada inc., a déposé un rapport dans lequel elle propose d'établir le taux de CSI pour le droit de reproduction au moyen d'une approche privilégiant un point de référence. M^{me} Kerr a analysé les divers types d'activités de reproduction qu'exerce la radio satellitaire.

[180] En ce qui concerne les reproductions faites dans le cadre de la programmation, M^{me} Kerr suppose que les radios par satellite et les stations de radio commerciales au Canada ont des pratiques semblables. Par conséquent, l'indicateur à considérer pour ce type de reproduction est le taux de CSI pour la radio commerciale. M^{me} Kerr propose de rajuster ce taux pour tenir compte de la place plus importante qu'occupe la musique dans les canaux musicaux. Elle introduit ensuite une réduction de 50 pour cent pour tenir compte de la différence entre le gros et le détail. Elle obtient ainsi un taux de 0,47 pour cent, applicable au montant excédant le premier 1,25 million de dollars de revenus bruts (0,16 et 0,31 pour cent sur les deux premières tranches de 625 000 \$). Elle propose en outre que seuls les canaux de production canadienne soient assujettis à ce taux et que l'assiette de revenus soit définie comme le produit du revenu brut de l'exploitant de satellite par la part d'écoute du canal.

[181] En ce qui concerne les fonctions de tampon prolongé et d'écoute en différé, M^{me} Kerr utilise comme point de départ le taux de 5,2 pour cent calculé par M. Goldstein. Elle reprend aussi l'hypothèse de départ de ce dernier, selon laquelle seulement la moitié de l'assiette tarifaire devrait être assujettie à une redevance. Elle s'appuie donc au départ sur un taux de 2,6 pour cent. Enfin, elle se sert des taux homologués par la Commission pour la transmission sur demande sur Internet comme indicateur du ratio à utiliser pour calculer un taux de reproduction. Le taux homologué pour la reproduction est de 4,6, ce qui équivaut à 38 pour cent du taux global (communication et reproduction combinées) de 12,2 pour cent. Le taux corrigé est donc de 0,988 (soit 2,6 pour cent \times 0,38).

[182] M^{me} Kerr introduit deux nouvelles corrections pour tenir compte de la part de la musique dans la valeur totale, que M. Reitman estime à 55 pour cent, et de l'utilisation du répertoire de

CSI. Dans le second cas, elle tient compte de la différence entre le taux d'utilisation du répertoire de la radio satellitaire (70 pour cent) et de la radio commerciale (80 pour cent). Elle arrive finalement à un taux de 0,4755 pour cent (soit $0,988 \times 0,55 \times (70 \div 80)$).

[183] Pour les reproductions faites par les abonnés, M^{me} Kerr soutient que l'indicateur approprié est le taux pour les téléchargements limités plutôt que celui pour les transmissions sur demande. Les taux homologués par la Commission pour les téléchargements limités sont de 6,3 pour cent pour la communication et de 5,9 pour cent pour la reproduction. Le taux corrigé est donc de 1,3 pour cent (soit $2,6 \times 5,9 \div 12,2$).

[184] M^{me} Kerr fait en outre la distinction entre deux types de reproductions effectuées par les abonnés : le stockage de blocs d'émissions et le stockage de chansons individuelles. Dans le premier cas, M^{me} Kerr propose d'effectuer les mêmes corrections que précédemment, ce qui donne en définitive un taux de 0,626 pour cent (soit $1,3 \text{ pour cent} \times 0,55 \times 70 \div 80$). Dans le second cas, elle propose qu'aucune correction à la baisse ne soit apportée puisque les abonnés ne peuvent stocker que des chansons individuelles. Elle ajoute toutefois que comme on ignore le nombre exact de reproductions qui sont faites, la Commission pourrait toujours envisager d'introduire une correction à la baisse. En conséquence, elle propose un taux de 1,14 pour cent pour les chansons individuelles (soit $1,3 \times 70 \div 80$).

b. Approche retenue⁷⁸

[185] Nous souscrivons à la proposition des sociétés de gestion d'utiliser le taux pour les SSPN comme indicateur, moyennant certains ajustements. La gamme des émissions de radio satellitaire qui combine canaux « musicaux » et « non musicaux » ressemble à certains égards à la programmation offerte par la radio commerciale, mais les canaux de musique qu'offre la radio satellitaire se rapprochent beaucoup plus des SSPN en ce qui a trait à l'importance, la prépondérance et l'utilisation de la musique. Les canaux musicaux par satellite reposent sur une forte segmentation des genres, une caractéristique très proche des SSPN. Enfin, les deux modèles d'affaires reposent sur le principe de l'abonnement, même si les SSPN ne sont pas directement « observables » du point de vue du consommateur. Nous nous servons donc des taux applicables aux SSPN pour nous guider dans l'établissement des taux applicables aux sociétés de gestion collective.

SOCAN

[186] Pour la SOCAN, notre point de départ est le taux qu'a établi la Commission pour les SSPN, soit 13 pour cent, avec plusieurs ajustements. Premièrement, nous devons tenir compte du

⁷⁸ Les taux que nous homologuons comportent deux décimales. Les calculs indiqués pourraient toutefois ne pas correspondre exactement aux résultats à cause des effets d'arrondissement.

fait que le taux pour les SSPN a été fixé au niveau du gros, tandis que le taux pour la radio satellitaire s'applique au niveau du détail.

[187] Pour calculer le tarif approprié, M. Reitman propose de se fonder sur les montants versés à des fournisseurs de contenu. À notre avis, ces montants sous-estiment la vraie « valeur de gros » de la programmation musicale. Les paiements d'affiliation que les SSPN reçoivent des câblodistributeurs servent à couvrir des dépenses autres que celles liées à la programmation. Ces fournisseurs ont d'autres dépenses à supporter : ressources techniques, ventes, promotion et services administratifs. Le montant des dépenses correspondantes que doivent supporter les Services est plus élevé que le seul montant à verser pour le contenu. De plus, la principale activité des fournisseurs de contenu n'est pas de vendre des émissions aux Services. C'est pourquoi nous croyons que les tarifs négociés avec les Services sont inférieurs à leur valeur réelle sur le marché concurrentiel.

[188] M. Goldstein a examiné les diverses activités des services de radio par satellite et a conclu que la radio par satellite accomplit essentiellement deux fonctions : la programmation et l'ensemble des autres activités, notamment celles liées à l'exploitation du satellite, à la subvention de l'achat de récepteurs, et aux services à la clientèle.

[189] M. Goldstein assimile la seconde fonction à celle d'une entreprise de distribution de radiodiffusion (EDR). Il affirme que plusieurs indications portent à croire que chacune de ces activités représente une part égale des dépenses totales. Il suppose donc que la fonction EDR englobe environ 50 pour cent des activités de la radio satellitaire.

[190] M. Goldstein a par la suite révisé son estimation, établissant cette proportion entre 21 et 30 pour cent, selon que la radio satellitaire est comparée aux SSPN ou à la radio commerciale. Cette révision s'appuyait sur une analyse détaillée de la structure des coûts de la radio satellitaire. Le contre-interrogatoire de M. Goldstein par M^e Colette Matteau sur cette question a démontré clairement que l'analyse faite des points de ressemblance entre les catégories de coûts de la radio satellitaire et des SSPN ou de la radio commerciale était au mieux très approximative et largement influencée par le jugement personnel de l'auteur. Par conséquent, nous nous fonderons plutôt sur l'estimation initiale de M. Goldstein, à savoir 50 pour cent.

[191] Le taux corrigé est donc de 6,5 pour cent, déduction faite du pourcentage que représente la fonction EDR dans la radio satellitaire.

[192] Il faut ensuite corriger l'indicateur pour tenir compte de la différence dans l'utilisation de musique. Les parties conviennent que la musique occupe 94 pour cent du temps d'antenne des canaux musicaux. Selon l'étude d'Erin Research, les canaux non musicaux consacrent 22,7 pour cent de leur temps d'antenne à la musique. Or, comme l'a souligné M. Goldstein, bon nombre des canaux dits « non musicaux » consacrent plus de 20 pour cent de leur temps d'antenne à la

musique, pourcentage que la Commission utilise normalement pour établir le seuil de faible utilisation de musique.

[193] Nous nous servons des résultats de l'étude d'Erin Research pour identifier comme canaux à faible utilisation de musique ceux qui y consacrent moins de 20 pour cent de leur temps d'antenne. Parmi les canaux « non musicaux » repérés par Erin Research, 31 réservaient plus de 20 pour cent de leur temps d'antenne à la musique, la moyenne étant de 36,5 pour cent. Cette proportion influe sur le taux moyen d'utilisation de musique pour les canaux musicaux. En effet, le taux moyen d'utilisation de musique pour les canaux musicaux est de 83,2 pour cent, tandis que le taux correspondant pour les canaux non musicaux est de 10,7 pour cent. Ceci porte à 72 pour cent du total la proportion des canaux musicaux, le reste (28 pour cent) étant constitué des canaux non musicaux.

[194] Les SSPN consacrent 100 pour cent de leur temps d'antenne à la musique; en conséquence, le taux de 6,5 pour cent obtenu précédemment doit être ajusté par une proportion de 0,832, ce qui mène à un taux de 5,41 pour cent.

[195] Enfin, nous devons tenir compte de la quantité de musique utilisée par les services de radio par satellite qui provient du répertoire de la SOCAN. Dans son énoncé de cause, la SOCAN a supposé que l'équivalent de 4 des 134 canaux musicaux faisaient usage de musique dans le domaine public, ce qui revient à dire que 97 pour cent de la musique appartient au répertoire de la SOCAN. Les services de radio par satellite ne contestent pas ce pourcentage et l'utilisent dans leur proposition de calcul des taux. Par conséquent, le taux applicable aux canaux musicaux, après correction en fonction du répertoire de la SOCAN, est de 5,25 pour cent.

[196] Nous examinons maintenant le cas des canaux à faible utilisation de musique, qui n'ont pas d'équivalent chez les SSPN. Nous retenons comme indicateur la radio commerciale, où le taux pour les stations à faible utilisation de musique est de 1,5 pour cent. Ce taux doit être rajusté pour tenir compte de la valeur supérieure de la musique qui a servi à l'établissement du taux principal. Si l'on retient les SSPN comme indicateur pour le taux principal, on arrive à une valeur globale de la musique plus élevée que pour la radio commerciale (soit 5,25 pour cent contre un taux effectif de 4,2 pour cent). Cette différence est le résultat de deux facteurs : une valeur plus grande pour la musique, et une utilisation plus grande de la musique. Seul le premier doit être appliqué au taux de faible utilisation.

[197] Si on appliquait un taux d'utilisation de 76,1 pour cent (plutôt que 83,2 pour cent) pour tenir compte de l'utilisation relative de musique, le taux final pour la SOCAN serait de 4,8 pour cent pour les canaux musicaux. L'écart entre ce pourcentage et 4,2 pour cent, soit 14 pour cent, reflète la différence dans la valeur de la musique. Si on applique cette différence au taux de 1,5 pour cent, on obtient un taux corrigé de 1,71 pour cent.

[198] Rien n'indique que les services de radio par satellite soient en mesure de répartir leurs revenus totaux entre les canaux musicaux et non musicaux. Ces services sont offerts par bloc moyennant un tarif d'abonnement unique. Nous homologuons donc un taux unique de 4,26 pour cent, qui est égal à la moyenne pondérée du taux établi plus tôt pour les canaux musicaux, soit 5,25 pour cent, et du taux fixé pour les canaux à faible utilisation, soit 1,71 pour cent.

SCGDV

[199] Les parties conviennent que 27 pour cent de la musique utilisée par les canaux musicaux par satellite provient du répertoire de la SCGDV. On a corrigé le taux pondéré de 4,26 pour cent calculé pour la SOCAN pour tenir compte du faible pourcentage de la musique qui ne provient pas du répertoire de cette société. À partir d'un taux non corrigé de 4,39 pour cent (soit $4,26 \div 0,97$) que nous multiplions par 27 pour cent, nous obtenons un taux pondéré de 1,18 pour cent que nous homologuons pour la SCGDV.

CSI

[200] L'approche proposée par M. Goldstein en ce qui concerne le taux pour CSI est inacceptable. M. Goldstein utilise un ratio de 1 à 3,2, qu'il a établi à partir des taux applicables à la radio commerciale; or, l'information dont nous disposons montre que les activités de reproduction sont beaucoup plus importantes dans le cas des services de radio par satellite que dans celui de la radio commerciale. Celle-ci n'est pas assortie des fonctions de tampon, d'écoute différée ou de reproduction par l'utilisateur. Ces fonctions propres aux services par satellite doivent être prises en compte dans le calcul du taux pour CSI. La radio commerciale est un indicateur tout simplement inadéquat.

[201] Nous rejetons également la proposition de MM. Audley et Hyatt d'utiliser le taux établi dans le cas de CSI pour les téléchargements limités effectués par les services de musique en ligne. Environ 3 pour cent des abonnés aux services par satellite ont accès au service des « téléchargements limités ». MM. Audley et Hyatt prétendent que le taux tarifaire doit refléter la valeur de cette option et que chaque abonné a la possibilité d'utiliser ce service. Nous ne sommes pas d'accord. Le pourcentage d'utilisation doit faire partie de l'équation lorsqu'on fixe un taux. À titre d'exemple, la licence générale donne aux radiodiffuseurs l'option d'utiliser de la musique pendant tout le temps d'antenne; pourtant, on corrige le taux en fonction de l'utilisation réelle de musique. Le même principe doit s'appliquer aux services de téléchargement limité offerts par les services par satellite.

[202] L'approche globale proposée par M^{me} Kerr est utile et raisonnable une fois ajustée. Par exemple, nous croyons nous aussi qu'il faut verser davantage de redevances à l'égard de l'abonné utilisant un appareil plus sophistiqué. Par contre, nous limiterions à trois, plutôt qu'à quatre qu'elle propose, le nombre de catégories. Un service par satellite paiera uniquement pour les copies de programmation si l'appareil de l'abonné ne peut faire de copies. L'appareil

permettant la mise en tampon prolongé et l'écoute différée entraînera le paiement d'une redevance supplémentaire et celui qui peut stocker des blocs de programmation ou des pistes individuelles une autre encore. Cette façon de faire établit un lien direct entre le taux et la fonctionnalité de l'appareil (que les services connaissent déjà), plutôt que l'usage réel fait de chaque appareil (que les services ne peuvent savoir).

[203] Nous sommes d'accord avec M^{me} Kerr lorsqu'elle affirme que les reproductions faites dans le cadre des activités de programmation sont comparables à celles effectuées par les stations de radio commerciales. Pour ce type particulier de reproductions, nous pourrions simplement multiplier le ratio entre les taux pour la reproduction et la communication pour la radio commerciale (soit $1 \div 3,2$ ou 0,3125) par le taux pondéré non corrigé pour la SOCAN de 4,39 pour cent, ce qui donne un taux de 1,37 pour cent. Cependant, le taux doit tenir compte du fait que la plupart des copies de programmation sont faites à l'extérieur du pays et ne sont pas assujetties à la *Loi*. Dix pour cent des canaux qu'offre chaque service sont programmés au Canada ou à partir du Canada. Par conséquent, un premier ajustement à l'égard des copies de programmation donne un taux de 0,13 pour cent (soit 1,33 pour cent \times 0,10).

[204] Il faut procéder à un ajustement supplémentaire. Il se fait deux types de copies de programmation au Canada : la copie d'évaluation, effectuée lorsque le programmateur canadien télécharge un fichier SDMN sur son serveur, et la copie pour diffusion, que le programmateur canadien met sur un serveur pour qu'elle soit jouée lorsque le logiciel ordonne au serveur de le faire. Le taux corrigé de 0,14 pour cent tient compte des deux types de copies. CSR ne fait jamais au Canada de copies pour diffusion; par conséquent, elle devrait payer moins pour ses copies de programmation. Rien au dossier ne nous permet de mesurer précisément la valeur relative des deux types de copies de programmation. Il est néanmoins clair que la copie d'évaluation vaut beaucoup moins que la copie pour diffusion, puisque la copie d'évaluation est temporaire et existe uniquement à l'égard d'une fraction de ce qui est évalué (on ne fait pas de copie d'évaluation des chansons livrées sur CD). Dans les circonstances, nous établissons à 95 pour cent l'escompte pour le service qui ne transmet aucune œuvre à ses abonnés en utilisant des copies sur un serveur situé au Canada.

[205] Pour le tampon prolongé et l'écoute différée, M^{me} Kerr pense que la valeur relative des droits de reproduction et de communication devrait être égale à celle qu'a établie la Commission pour la transmission sur demande par les services de musique en ligne. Nous sommes d'accord avec M^{me} Kerr sur ce point, puisque dans les deux cas les activités de reproduction accomplies sont de même nature. Les taux établis par la Commission pour la transmission sur demande par les services de musique en ligne sont de 4,6 pour cent pour la reproduction et de 7,6 pour cent pour la communication, soit un ratio de 0,61.⁷⁹ En multipliant ce ratio par le taux non corrigé de

⁷⁹ Ce ratio n'a pas été établi en tant que tel ni dans *SOCAN 22.A.*, *supra* note 45, ni dans *CSI – Services de musique*

4,39 pour cent pour la SOCAN, nous obtenons un taux de 2,66 pour cent. À notre avis, ce taux représente une juste rémunération pour le type de reproductions considérées ici. Le taux s'appliquera seulement si l'appareil de l'abonné offre au moins une des fonctions pertinentes. Au moment de la tenue des audiences, cette proportion était d'environ 30 pour cent.

[206] Enfin, il y a le taux pour les reproductions faites par les abonnés eux-mêmes. Ces reproductions peuvent consister dans le stockage de blocs d'émissions ou de chansons individuelles. Nous empruntons la même approche que celle utilisée ci-dessus, mais utilisons des taux homologués pour la reproduction et la communication des téléchargements limités effectués par les services de musique en ligne (5,9 pour cent et 6,3 pour cent respectivement) pour établir le taux approprié pour ces activités de reproduction. Ainsi, en multipliant le taux de 4,39 pour cent de la SOCAN par un rapport de 0,94 (soit $5,9 \div 6,3$), nous arrivons à un taux de reproduction de 4,11 pour cent. Ici encore, le taux s'appliquera seulement si l'abonné est en mesure de faire de telles copies. Au moment de la tenue des audiences, environ 3 pour cent des abonnés pouvaient le faire.

[207] Une dernière correction doit être introduite pour tenir compte de l'utilisation du répertoire de CSI par les services par satellite. L'utilisation du répertoire peut être établie en fonction du nombre de copies sur le serveur, du nombre de pistes jouées ou des données d'écoute. Les opposants proposent d'utiliser le nombre de pistes jouées; les parties conviennent que ce nombre est de 70,5 pour cent. CSI, à l'instar de MM. Audley et Hyatt, utiliserait plutôt les données d'écoute et propose un taux de 76,9 pour cent. À notre avis, les données d'écoute ne devraient pas en général être utilisées dans le calcul du taux d'utilisation de musique. Ce faisant, on attribue à l'utilisation de musique une valeur dérivée des préférences des abonnés. Le nombre de pistes jouées est la donnée pertinente en l'espèce. Toute autre mesure liée à la valeur ou aux préférences des abonnés devrait déjà être prise en compte dans le calcul de la valeur de la musique, de laquelle est dérivé le taux. Ajuster ce taux en utilisant une mesure d'utilisation de répertoire qui reflèterait elle-même une valeur constituerait une forme de double comptage.

[208] Comme nous ne disposons pas de données fiables sur les différences de taux d'utilisation de musique entre les divers types de reproductions, nous supposons qu'un taux d'utilisation moyen de 70,5 pour cent s'applique à tous les types de reproductions. Cela donne des taux finaux de 0,10 (ou de 0,005 lorsque aucune œuvre n'est transmise aux abonnés en utilisant des copies sur un serveur situé au Canada), 1,87 et 2,90 pour cent.

en ligne, supra note 60. Il découle plutôt de la décision de tenir constant le total des taux payables à CSI et à la SOCAN. D'ailleurs, dans l'affaire *CSI – Services de musique en ligne*, la Commission avait exprimé des réserves par rapport à la façon dont le taux avait été établi : voir para. 98. Cela dit, les taux et les ratios qui en découlent existent désormais. Les réserves que la Commission a formulées ne font pas en sorte que les ratios sont intrinsèquement peu fiables. Le fait qu'ils se rapprochent de ceux que recommande la Confédération internationale des sociétés d'auteurs et de compositeurs (CISAC) soutient l'hypothèse selon laquelle ces ratios sont sans doute équitables : voir *SOCAN 22.A* au para. 165.

V. ASSIETTE TARIFAIRE

[209] Les Services souhaitent verser des redevances uniquement sur la part des recettes d'abonnement qu'ils perçoivent vraiment. Ils excluraient de l'assiette tarifaire les recettes publicitaires, les ventes d'appareils, les commissions versées, les frais de mise en service et de résiliation ainsi que les formes de recettes qu'ils ne perçoivent pas en ce moment : adhésion, placement de produit, commissions et le reste. Ils permettraient la déduction des frais d'acquisition des abonnés.

[210] Les sociétés de gestion incluraient dans l'assiette tarifaire tout ce qui est payé pour le service, peu importe qui le paye ou le perçoit, de même que toutes les autres formes possibles de recettes. À leur avis, l'exclusion de recettes encourage les Services à les exagérer de façon à réduire le montant de redevances.

[211] La Commission est d'avis que l'assiette tarifaire devrait inclure presque toutes les formes de recettes produites par le service. Nous avons déjà abaissé le taux de 50 pour cent pour tenir compte du fait que le taux applicable aux SSPN, qui sert de référence, a été fixé au niveau du gros, tandis que le taux qui est fixé ici s'applique au niveau du détail. C'est comme si on réduisait de 50 pour cent tous les « revenus de détail » pour obtenir l'équivalent en « revenus de gros ». Réduire de nouveau l'assiette tarifaire en excluant les revenus de publicité peut équivaloir à une double déduction.

[212] Par conséquent, l'assiette tarifaire inclut tout ce qui est payé pour le service. Cela comprend les frais de mise en service, de résiliation et d'accès, qui servent souvent à réduire artificiellement le coût de l'abonnement mensuel. Cela comprend aussi la plupart des autres formes de recettes, dans la mesure où il est raisonnable de penser qu'elles pourraient émerger dans le marché. L'assiette n'exclut pas les frais d'acquisition des abonnés puisqu'il s'agit d'un coût d'exploitation parmi d'autres, mais exclut les recettes provenant de la vente d'appareils (aucun autre groupe d'utilisateurs ne verse des redevances sur le matériel dont l'abonné a besoin pour recevoir le service) et les commissions d'agence.

[213] Il semble toutefois que la question de la définition de l'assiette tarifaire soit essentiellement théorique pour l'instant. Les revenus de publicité et autres représentent une très faible part des revenus totaux.

VI. REDEVANCES MINIMALES

[214] La SOCAN n'a pas demandé de redevances minimales; la SCGDV et CSI l'ont fait dans leurs projets de tarifs. La SCGDV a proposé une redevance minimale de 1,50 \$ par abonné par mois, tandis que CSI a proposé 0,50 \$ par abonné par mois pour des services qui excluent la possibilité de reproduction d'œuvres musicales par les abonnés, et 1 \$ par abonné par mois pour des services qui l'incluent.

[215] La SCGDV n'a pas proposé de redevance minimale dans son énoncé de cause. CSI est la seule société de gestion à avoir présenté une preuve à l'appui de redevances minimales pour ce tarif. Le minimum proposé par CSI a pour base les deux tiers du tarif d'abonnement mensuel de 15 \$. En prenant les taux proposés par CSI pour 2006-2007 et 2008-2009 (soit 2,9 pour cent et 5,8 pour cent respectivement), on arrive à des redevances minimales proposées de 0,29 \$ et de 0,58 \$ par abonné par mois respectivement.

[216] Si les opposantes ont fait valoir que ce tarif ne justifiait pas l'application de redevances minimales, parce qu'il n'y a que deux services offerts et qu'on ne propose aucune franchise pour les entreprises dont les revenus s'établissent en deçà d'un certain seuil, CSI a affirmé que sa demande de redevances minimales était à la fois raisonnable et nécessaire pour garantir un traitement équitable aux détenteurs de droits qu'elle représente, parce que le dossier établit que les entreprises offrent des abonnements promotionnels et même des abonnements « à vie », auquel cas il peut s'écouler une longue période sans que des redevances soient versées, à moins que ne soit spécifiée une redevance minimale.

[217] Nous partageons l'avis de CSI et homologuons des redevances minimales mensuelles par abonné. En utilisant la méthode que CSI propose, on obtient 0,43 \$ pour la SOCAN, 0,12 \$ pour la SCGDV et 0,01 \$ (ou de 0,0005 \$ lorsque aucune œuvre n'est transmise aux abonnés en utilisant des copies sur un serveur situé au Canada), 0,19 \$ ou 0,29 \$ pour CSI, selon le type de reproductions que peut faire un appareil appartenant à l'abonné.

[218] La SOCAN n'a pas demandé de redevance minimale. Cela ne nous empêche pas d'en établir une. La Commission peut apporter n'importe quelle modification raisonnable à un tarif. Qui plus est, ce que nous homologuons est bien en deçà de ce que la SOCAN demandait; par conséquent, il est peu probable que l'addition d'une redevance minimale amène un service à verser davantage que si nous avons homologué tel quel le projet de la SOCAN.

VII. REDEVANCES TOTALES ET CAPACITÉ DE PAYER

[219] Les services par satellite n'ont pas encore rentabilisé leurs activités. Cela n'est pas surprenant dans un secteur qui est dans une phase de développement initial et qui doit supporter des coûts fixes élevés. Toutefois, les informations disponibles montrent clairement que ce secteur est dans une situation financière plus précaire que beaucoup d'autres. Les services par satellite ont enregistré des pertes importantes depuis qu'ils ont lancé leurs activités. Les coûts fixes initiaux, qui constituent environ 85 pour cent du total des coûts d'exploitation, expliquent en partie ces difficultés sur le court terme. En outre, les services de radio par satellite doivent supporter des coûts d'acquisition de la clientèle très élevés. C'est pourquoi les deux services affichent à l'heure actuelle des pertes qui excèdent très largement leurs revenus d'abonnement.

[220] La situation financière de l'industrie devrait s'améliorer considérablement à mesure qu'augmentera le nombre d'abonnés à la radio satellitaire. De fait, les services par satellite

prévoient franchir le seuil de rentabilité vers 2010. Cet horizon excède toutefois la période pour laquelle les taux faisant l'objet de la présente décision sont homologués.

[221] Nous croyons qu'un escompte initial devrait être appliqué à ces tarifs, comme cela s'est déjà fait dans le passé pour d'autres tarifs. Toutefois, pour les raisons que nous venons d'exposer, nous pensons que cet escompte devrait être plus élevé que d'habitude. Nous appliquerons donc un escompte de 25 pour cent de 2005 à 2007, cette dernière étant la première année où les trois tarifs seront en vigueur simultanément et de 10 pour cent en 2008 et 2009, dernière année pour laquelle nous croyons qu'un escompte devrait s'appliquer. Nous homologuons donc le plein taux de la SCGDV pour 2010.

[222] Le [tableau en annexe](#) présente les pleins taux et les taux homologués, qui reflètent les escomptes temporaires, pour chaque société de gestion et chaque année visée par la décision.

[223] Les taux que nous homologuons dans la présente décision se traduisent par des redevances d'environ 1 million de dollars pour les trois sociétés de gestion en 2006, première année pour laquelle les données sur les revenus sont disponibles. Cela dit, au moment de l'audience, les services de radio par satellite s'attendaient à connaître une croissance rapide dans les années à venir, de telle sorte qu'en 2009, leurs revenus pourraient décupler par rapport à 2006, générant une augmentation de redevances du même ordre.

[224] Le taux cumulatif applicable lorsque le plein taux sera en place se situe entre 5,54 et 10,31 pour cent. Si la proportion des appareils possédant les fonctionnalités avancées de reproduction restait la même qu'en 2006, le taux effectif cumulatif serait de 6,2 pour cent. À titre de comparaison, il est utile de souligner que les stations de radio commerciales versent 7,1 pour cent pour des droits similaires; en plus, la radio satellitaire libère les droits associés à la fonctionnalité qui la rend si différente. Les vis-à-vis américains des services versent quant à eux en ce moment 6,5 pour cent uniquement pour le droit de diffuser des enregistrements sonores; ce taux passera à 8 pour cent en 2012.⁸⁰

VIII. LIBELLÉ DU TARIF

[225] Les commentaires suivants devraient aider le lecteur à comprendre le libellé du tarif. Comme c'est désormais la règle avec tout premier tarif, nous avons consulté les parties à ce sujet avant de prendre une décision finale.

⁸⁰ *Final Determination of Rates and Terms for Preexisting Subscription Services and Satellite Digital Audio Radio Services*, [Docket No. 2006-1 CRB DSTRA], décision du 10 juin 2008.

A. PÉRIODES D'EFFET

[226] La SOCAN a déposé cinq projets de tarifs pour les années 2005 à 2009, la SCGDV, un pour 2007 à 2010 et CSI, deux pour 2006 à 2009. Nous ne pouvons homologuer un tarif à l'égard d'années pour lesquelles rien n'a été déposé. Les sociétés de gestion de taille plus modeste nous ont clairement dit dans le passé qu'elles peuvent uniquement se permettre de déposer des projets de tarifs visant plusieurs années et que les autres sociétés ne devraient pas pouvoir dicter la période d'effet des tarifs homologués en déposant pour des durées plus courtes. Nous entendons encourager tout ce qui contribue à réduire les coûts afférents à l'homologation d'un tarif. Par conséquent, le tarif dispose de toutes les années dont la Commission était saisie au moment de rendre la décision. Le fait que cela entraîne des périodes d'effet décalées ne devrait pas créer de difficultés importantes.

B. TRAITEMENT DES ABONNÉS QUI REÇOIVENT LE SERVICE GRATUITEMENT

[227] La notion d'abonnement implique-t-elle d'effectuer un paiement pour ce à quoi on s'abonne⁸¹ ou s'« abonne »-t-on souvent à une gamme de services gratuits dans le monde virtuel ou réel? ⁸² Il nous faut traiter de cette apparente contradiction.

[228] Les sociétés de gestion ne veulent pas qu'on limite le concept d'abonné à ceux qui offrent contrepartie. Au dire de CSI, le fait que la Commission a énoncé dans *CSI – Services de musique en ligne* qu'il n'y a pas abonnement sans débours crée des difficultés d'application, certains soutenant qu'un abonnement d'essai gratuit n'entraîne pas de redevances. Les sociétés demandent qu'on verse les redevances minimales pour les abonnements gratuits. Les Services soutiennent au contraire qu'une définition est tout aussi inutile que dans *CSI – Services de musique en ligne* et que si on en adopte une, elle ne devrait viser que les abonnés payants.

[229] Un abonnement gratuit devrait être assujéti aux redevances minimales. L'aspect promotionnel qu'il implique est largement compensé par le fait qu'un tel abonnement entraîne une utilisation protégée. À cet égard, la comparaison avec les téléchargements permanents est intéressante. On ne verse pas de redevances pour l'écoute préalable, mais le téléchargement gratuit est assujéti à la redevance minimale. Afin d'éviter tout malentendu, le tarif le précise.

[230] La définition d'abonné que proposait CSI suppose une contrepartie. Cela ne nous empêche pas d'assujéti l'abonnement gratuit aux redevances minimales. Ici encore, puisque le tarif homologué est bien en deçà de ce que CSI demandait, il est peu probable que l'addition d'une redevance minimale amène un service à verser davantage de redevances que si nous avions homologué tel quel le projet de CSI.

⁸¹ *Supra* note 60 au para. 138.

⁸² *Supra* note 45 au para. 118.

C. NOMBRE D'ABONNÉS POUR LES FINS DU TARIF

[231] Les tarifs de la Commission ne comptabilisent pas toujours les abonnés de la même façon. Parfois, on ne traite pas de la question. Parfois, on se sert du nombre d'abonnés le dernier jour du mois. CSR demande qu'on utilise la moyenne des abonnés du mois. Les sociétés de gestion répondent qu'utiliser une moyenne complique inutilement les choses, en ajoutant que la personne qui s'abonne à la fin du mois tire avantage du tarif et devrait entraîner le plein paiement de redevances.

[232] À long terme, il s'agit sans doute d'un faux problème. L'abonnement mensuel est comptabilisé une seule fois, peu importe quand on le verse. Dans un marché stable, le choix du jour où l'on compte les abonnés devrait donc avoir peu ou pas d'impact. Cela dit, il s'agit d'un premier tarif dans un marché où le nombre d'abonnés connaît d'importantes fluctuations, même mensuelles. Par conséquent, aux fins de ce premier tarif, le nombre d'abonnés servant à établir les redevances pour un mois donné sera le nombre moyen d'abonnés durant le mois de référence.

D. UTILISATION DES SERVICES PAR LES ABONNÉS COMMERCIAUX

[233] CSI demande que le tarif vise uniquement la réception directe par des abonnés pour leur usage privé et non les abonnés commerciaux ou l'utilisation protégée ultérieure de la musique incorporée au signal, notamment comme musique de fond dans un endroit public. La cession que CSI obtient de ses membres éditeurs n'inclut pas la livraison de la radio par satellite à des abonnés commerciaux. CSR abonde dans le même sens. La SCGDV souligne que si le tarif ne vise pas les communications à des abonnés commerciaux, elle ne pourra percevoir de redevances à l'égard de ces communications (par opposition aux utilisations ultérieures, assujetties à d'autres tarifs, notamment le tarif 3 de la SCGDV). La SOCAN et Sirius n'ont pas commenté la question.

[234] Les projets de tarifs de la SOCAN ne se limitent pas aux usages privés. Ceux de CSI le sont; de toute façon, nous ne pouvons autoriser une utilisation qu'une société de gestion n'administre pas. De même, les projets de tarifs de la SCGDV visent uniquement ce « qui est reçu directement par des abonnés pour leur usage privé ». Nous ne pouvons étendre la portée d'un projet de tarif; en agissant comme elle l'a fait, la SCGDV a renoncé pour les années 2007 à 2010 à son droit à rémunération à l'égard de la communication des signaux des services par satellite aux abonnés qui reçoivent clairement le signal pour un usage non privé.

[235] Par conséquent, le tarif autorise l'utilisation des répertoires par les services uniquement dans le but de permettre l'usage privé des abonnés. Le tarif précise aussi qu'on ne tient pas compte des abonnés commerciaux dans le calcul des redevances : les services ne devraient pas payer pour ce qu'on ne leur offre pas.

[236] Cette mesure ne devrait pas créer de difficultés pour les services. Ils peuvent sans doute se prévaloir du tarif 16 de la SOCAN et du tarif 3 de la SCGDV à l'égard des abonnés

commerciaux qui utilisent leur signal comme musique de fond. Les services doivent également obtenir une licence distincte pour les reproductions de programmation d'œuvres musicales en ce qui concerne les abonnés commerciaux.

E. RENSEIGNEMENTS SUR L'UTILISATION D'ŒUVRES MUSICALES ET D'ENREGISTREMENTS SONORES

[237] Les parties s'entendent pour fournir des renseignements sur l'utilisation de musique sept jours par mois. Elles avancent un certain nombre de prétentions sur d'autres points.

[238] CSI souhaite être renseignée sur l'utilisation de toutes les œuvres musicales, pas seulement des enregistrements sonores, afin de verser des redevances aux titulaires dont la musique est diffusée en direct ou durant des événements en direct. Elle ne veut pas que les services fournissent uniquement ce qu'ils ont en mains. Si on veut faire affaires dans le domaine de la musique au Canada, il faut fournir des renseignements sur son utilisation. La Commission devrait appliquer le principe établi voulant que si un renseignement est essentiel, l'utilisateur le fournit même s'il doit se le procurer ailleurs.

[239] Les services voudraient fournir uniquement ce dont ils disposent; surveiller l'utilisation de musique en direct n'est pas possible et ne rendrait pas les données plus fiables.

[240] La SCGDV demande que les services indiquent le temps d'exécution de chaque enregistrement sonore. Les services répondent qu'ils n'obtiennent pas toujours ce renseignement.

[241] Dans l'affaire *CSI – Services de musique en ligne*, la Commission a en effet conclu que l'utilisateur doit fournir un renseignement essentiel même s'il doit se le procurer ailleurs, tout en ajoutant que pour le premier tarif, les renseignements ne devraient être fournis que s'ils étaient disponibles.⁸³ En l'espèce, un service devra fournir un renseignement uniquement s'il le détient ou s'il a droit de l'obtenir d'un tiers. Puisqu'on ne devra fournir que ce dont on dispose, exiger qu'on fasse rapport de la musique en direct ou du temps d'exécution n'ajoutera pas beaucoup au fardeau administratif des services. Cela permettra d'ailleurs à la Commission et aux sociétés de gestion d'apprendre précisément quels renseignements sont disponibles.

[242] Les services devraient s'attendre à devoir fournir tout ce dont une société de gestion a besoin pour distribuer les redevances dès les prochains tarifs. Ils devraient donc modifier leurs pratiques de cueillette de données le plus tôt possible, et exiger que leurs partenaires en programmation en fassent autant.

[243] Les services doivent fournir des renseignements sur leur utilisation de musique sept jours consécutifs par mois. D'autres tarifs laissent le choix des journées à la société de gestion. Cette

⁸³ *Supra* note 60 aux paras. 148-49.

fois-ci, les services demandent que le tarif prescrive de fournir l'information pour les sept derniers jours de chaque mois. Nous faisons droit à cette demande.

[244] Le tarif prévoit que les renseignements sur l'utilisation de musique sont transmis électroniquement.

F. VÉRIFICATIONS

[245] Les services demandent de limiter les vérifications à une par an. Nous ne le ferons pas. Aucun autre tarif n'impose une telle limite. Les sociétés de gestion doivent être en mesure de vérifier à nouveau un utilisateur si une première vérification démontre qu'il ne se conforme pas au tarif.

[246] Une sorte de limite existe dans les tarifs conjoints, qui exigent que les sociétés de gestion partagent les renseignements obtenus lors d'une vérification. La SCGDV soutient qu'il pourrait parfois être déplacé de le faire. Nous ne pouvons concevoir une telle éventualité.

G. TRAITEMENT CONFIDENTIEL

[247] Jusqu'à tout récemment, les tarifs prévoyaient qu'une société de gestion pouvait faire part de renseignements confidentiels « si la loi ou une ordonnance d'un tribunal l'y oblige ». Dans le présent tarif, tout comme dans les derniers tarifs pour la retransmission, on a substitué à ces mots l'expression « si la loi l'y oblige ». L'expression antérieure comportait une redondance. C'est la loi qui oblige une personne à se conformer à l'ordonnance d'un tribunal.

H. DISPOSITIONS TRANSITOIRES

[248] Les services demandent six mois pour fournir les renseignements pour la période allant de janvier 2005 à la publication du tarif, de façon à pouvoir adapter leurs systèmes informatiques. Il s'agit d'un nouveau tarif dont l'effet rétroactif est important, visant uniquement deux sociétés commerciales qui, toutes deux, doivent obtenir les renseignements de tiers. La cueillette de données prendra du temps, surtout en ce qui concerne le nombre de chaque type d'appareil récepteur. Sirius ajoute qu'elle pourrait ne pas disposer des données d'activation des appareils pour toute la période d'application du tarif.

[249] Les 60 à 90 jours que les sociétés de gestion proposent d'accorder sont trop peu. Les services disposeront d'environ quatre mois à partir de l'homologation du tarif pour fournir les renseignements et payer les redevances visant les périodes antérieures à l'homologation.

[250] Tout comme CSI, nous sommes surpris d'apprendre que Sirius pourrait avoir de la difficulté à préciser le type d'appareil utilisé par chaque abonné : c'est leur avocate générale qui a proposé la formule lors de son témoignage, et Sirius nous a assuré qu'elle disposait des données requises pour établir les distinctions. Cela dit, il nous faut tenir compte de cette

éventualité en prévoyant l'utilisation d'autres renseignements si les véritables données ne sont pas disponibles. Il serait déraisonnable d'appliquer le taux le plus élevé, comme CSI le demande. Les modèles plus performants étaient très peu répandus au moment des audiences. Le tarif prévoit plutôt que si le nombre d'abonnés utilisant un modèle n'est pas disponible pour un mois, les redevances sont établies en fonction du nombre équivalent le premier mois suivant pour lequel ce nombre est disponible. Les appareils sont de plus en plus performants; ce faisant, ils attirent des redevances plus élevées. Un nombre pour une période postérieure surestime nécessairement la quantité d'appareils plus performants pour un mois antérieur. Cela devrait inciter suffisamment les services à trouver et à fournir les renseignements pertinents.

[251] Comme c'est devenu notre pratique courante pour des nouveaux tarifs, un tableau fournit les facteurs de multiplication qui seront appliqués aux sommes dues, établis en utilisant le taux officiel d'escompte de la Banque du Canada en vigueur le dernier jour du mois précédent. L'intérêt n'est pas composé. Le montant dû pour un mois donné est le montant des redevances établi conformément au tarif, multiplié par le facteur fourni pour cette période.

Le secrétaire général,



Claude Majeau

TABLE / TABLEAU

**Full and Certified Rates (as a Percentage of Total Revenues)
Pleins taux et taux homologués (en pourcentage des revenus totaux)**

	Full rates/ Pleins taux	Certified rates/Taux homologués					
		2005	2006	2007	2008	2009	2010
SOCAN	4.26%	3.19%	3.19%	3.19%	3.83%	3.83%	
NRCC/SCGDV	1.18%	-	-	0.89%	1.07%	1.07%	1.18%
CSI							
• Programming (with play copies)/Programmation (avec copies de diffusion)*	0.10%	-	0.07%	0.07%	0.09%	0.09%	
• Extended buffer and replay/Tampon prolongé et écoute différée	1.87%	-	1.40%	1.40%	1.69%	1.69%	
• Storing individual songs and block programming/Stockage de pistes individuelles et de blocs de programmation	2.90%	-	2.17%	2.17%	2.61%	2.61%	

TOTAL	5.54%	3.19%	3.26%	4.15%	4.99%	4.99%	
• Receiver with no copying functionality (with play copies)/Appareil ne pouvant copier (avec copies de diffusion)							
• Receiver with extended buffer and replay/Appareil avec tampon prolongé et écoute différée	7.41%	3.19%	4.66%	5.55%	6.68%	6.68%	
• MP3-like receiver/Appareil de type MP3**	10.31%	3.19%	6.83%	7.72%	9.29%	9.29%	
TOTAL (Average/Moyen)***	6.19%	3.19%	3.75%	4.64%	5.58%	5.58%	

* A 95% discount applies to this rate when no play copies are being made/Un escompte de 95 % s'applique à ce taux lorsque aucune copie de diffusion n'est effectuée.

** Assuming that the receiver is also enabled for extended buffer and replay/Si l'appareil possède aussi les fonctions de tampon prolongé et d'écoute différée.

*** Assuming that 30% of subscribers have receivers with buffer and replay functions, and 3% have MP3-like receivers/Si 30 % des abonnés possèdent un appareil équipé des fonctions tampon et écoute différée, et 3 % possèdent un appareil de type MP3.