

A-581-08
2010 FCA 16

A-581-08
2010 CAF 16

Neighbouring Rights Collective of Canada (*Appellant*)

La Société canadienne de gestion des droits voisins
(*appelante*)

v.

c.

Astral Media Radio Inc., CTV Limited, Corus Entertainment Inc., Rogers Media Inc., and Standard Radio Inc. (*Respondents*)

Astral Media Radio Inc., CTV Limited, Corus Entertainment Inc., Rogers Media Inc. et Standard Radio Inc. (*intimées*)

INDEXED AS: ASTRAL MEDIA RADIO INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA

RÉPERTORIÉ : ASTRAL MEDIA RADIO INC. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE

Federal Court of Appeal, Nadon, Evans and Pelletier J.J.A.—Toronto, November 9, 2009; Ottawa, January 18, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Evans et Pelletier, J.C.A.—Toronto, 9 novembre 2009; Ottawa, 18 janvier 2010.

Copyright — Practice — Appeal from Federal Court decision granting motion for summary judgment against appellant Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC), Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada — NRCC collecting royalties for radio broadcast of musical sound recordings — Royalty tariff based on percentage of broadcasters' advertising revenues — Turnkey contracts between advertisers, broadcasters involving single fee not broken down into airtime, production components — Federal Court determining statutory term "advertising revenues" in Regulations Defining "Advertising Revenues", s. 2(1) excluding fair market value of production services under turnkey contracts — Exclusion would reduce rate base on which royalty calculated — Definition of "advertising revenues" appearing comprehensive since embracing "total compensation in money, goods or services" received by broadcaster — Compensation received other than to advertise falling outside statutory definition of "advertising revenues" — Federal Court erring by assuming that because broadcaster incurring costs in producing advertisement, broadcaster receiving revenue attributable to production as opposed to advertising — If broadcaster cannot establish production revenue under turnkey contract, Regulations, s. 2(1) not permitting reduction of "advertising revenues" by subtracting costs incurred in producing advertisement — Regulations identifying two types of costs that may be deducted from "advertising revenues" — Regulations, s. 2(2) applying only to goods, services received by broadcaster as whole or part of total compensation paid thereto to advertise — Therefore, s. 2(2) preventing broadcaster from artificially lowering values on those items in order to minimize "advertising revenues" received, reduce base on

Droit d'auteur — Pratique — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant une requête en jugement sommaire contre l'appelante Société canadienne de gestion des droits voisins (la SCGDV) et la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) — La SCGDV perçoit des redevances au titre de la radiodiffusion d'enregistrements sonores d'œuvres musicales — Le tarif des redevances repose sur un pourcentage des recettes publicitaires des diffuseurs — Les contrats clés en mains entre les annonceurs et les diffuseurs prévoient un prix unique qui n'est pas ventilé en fonction du temps d'antenne et de la production — La Cour fédérale avait conclu que l'expression « recettes publicitaires » paraissant à l'art. 2(1) du Règlement sur la définition de recettes publicitaires exclut la juste valeur marchande des services de production fournis dans le cadre de contrats clés en mains — L'exclusion réduirait l'assiette à partir de laquelle sont calculées les redevances — La définition des « recettes publicitaires » semblait être exhaustive puisqu'elle vise « le total [...] des contreparties en argent, en biens ou en services » que reçoit un diffuseur — La rémunération reçue à d'autres fins que pour la publicité n'est pas visée par la définition des « recettes publicitaires » — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a tenu pour acquis qu'un diffuseur tire des recettes attribuables à la production, par opposition à des recettes publicitaires, parce qu'il engage des frais pour produire une annonce publicitaire — Si un diffuseur ne peut pas établir qu'il perçoit des recettes de production dans le cadre d'un contrat clés en mains, l'art. 2(1) du Règlement ne l'autorise pas à réduire ses « recettes publicitaires » en déduisant les frais engagés pour produire une annonce — Le Règlement fait état de deux

which royalty fixed by Copyright Board calculated — S. 2(2) merely prescribing how broadcaster's production services to be valued for purpose of calculating advertising revenues — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court decision granting a motion by the respondents for summary judgment against the appellant Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) and the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN). NRCC collects remuneration on behalf of performers and makers of sound recordings of musical works for the public performance and communication to the public of those recordings. Broadcasters operate radio stations which broadcast sound recordings of music, for which NRCC collects a royalty in accordance with a tariff approved by the Copyright Board (Board). The tariff is based on a percentage of the advertising revenue earned by the broadcasters from the advertisements that they air. Some advertisers contract with the broadcaster to both produce and air an advertisement for which the broadcaster typically charges a single fee that is not broken down into air-time and production components, an arrangement known as a “turnkey contract”. The Federal Court determined that the statutory term “advertising revenues” found in subsection 2(1) of the *Regulations Defining “Advertising Revenues”* (Regulations) on which NRCC’s royalties are based excluded the fair market value of the production services provided to advertisers by broadcasters under turnkey contracts. This would reduce the base on which NRCC’s royalty is calculated. The Board had approved a joint NRCC-SOCAN radio tariff in which the royalty was based on a percentage of broadcasters’ “advertising revenues”. However, the broadcasters formed the view that the definition of “advertising revenues” in the Regulations did not include the value of their production services.

The issues were whether subsection 2(1) of the Regulations excludes revenues earned by radio broadcasters from producing advertisements which they subsequently broadcast and whether subsection 2(2) of the Regulations permits a broadcaster to exclude from the rate base the fair market value of the production services rendered under a turnkey contract.

types de frais qui peuvent être déduits des « recettes publicitaires » — L’art. 2(2) du Règlement s’applique seulement aux biens et services que reçoit le diffuseur comme partie ou totalité de la contrepartie totale qui lui est versée pour la diffusion d’une publicité — L’art. 2(2) empêche donc le diffuseur d’attribuer une valeur artificiellement basse à ces éléments afin de minimiser le montant des « recettes publicitaires » qu’il a perçues, et de réduire l’assiette à partir de laquelle est calculée la redevance fixée par la Commission du droit d’auteur — L’art. 2(2) ne fait que prescrire le mode de fixation de la valeur des services de production du diffuseur aux fins du calcul des recettes publicitaires — Appel accueilli.

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale accueillant une requête en jugement sommaire introduite par les intimées contre l’appelante Société canadienne de gestion des droits voisins (la SCGDV) et la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN). La SCGDV perçoit une rémunération pour le compte d’artistes-interprètes et de producteurs d’enregistrements sonores d’œuvres musicales au titre de l’exécution en public et de la communication au public de ces enregistrements. Les diffuseurs exploitent des stations de radio qui diffusent des enregistrements sonores de musique, pour lesquels la SCGDV perçoit une redevance conformément à un tarif approuvé par la Commission du droit d’auteur (la Commission). Le tarif repose sur un pourcentage des recettes publicitaires que gagnent les diffuseurs pour les publicités qu’ils diffusent. Certains annonceurs retiennent les services du diffuseur tant pour produire que pour diffuser une annonce publicitaire, habituellement en contrepartie d’un prix unique qui n’est pas ventilé en fonction du temps d’antenne et de la production; cet arrangement s’appelle un « contrat clés en mains ». La Cour fédérale a conclu que l’expression « recettes publicitaires » paraissant au paragraphe 2(1) du *Règlement sur la définition de recettes publicitaires* (le Règlement) en fonction de laquelle sont calculées les redevances de la SCGDV exclut la juste valeur marchande des services de production que les diffuseurs fournissent aux annonceurs dans le cadre de contrats clés en mains. Cela réduirait l’assiette à partir de laquelle sont calculées les redevances de la SCGDV. La Commission a approuvé un tarif conjoint SCGDV-SOCAN pour la radio en vertu duquel la redevance était fondée sur un pourcentage des « recettes publicitaires » des diffuseurs. Cependant, les diffuseurs étaient d’avis que la définition de « recettes publicitaires » énoncée dans le Règlement n’englobait pas la valeur de leurs services de production.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le paragraphe 2(1) du Règlement exclut les recettes que tirent les radiodiffuseurs de la production d’annonces qu’ils diffusent ensuite et si le paragraphe 2(2) du Règlement autorise un diffuseur à exclure de l’assiette tarifaire la juste valeur marchande des services de production fournis dans le cadre d’un contrat clés en mains.

Held, the appeal should be allowed.

It had to be determined what constitutes “advertising revenues” when a broadcaster both produces and airs an advertisement and this depended on how the Regulations defined that term. The definition of “advertising revenues” in the Regulations appears comprehensive since it embraces “the total compensation in money, goods, or services” received by a broadcaster. However, those payments must be received “to advertise goods, services, activities or events”. Money, goods or services received by a broadcaster other than to advertise fall outside the statutory definition of “advertising revenues”. Production revenues are clearly excluded from the rate base if a broadcaster created and produced an advertisement for an advertiser but did not broadcast it. While the same may also be the case when a broadcaster both produces and airs an advertisement, it is more problematic because none of the revenue received by the broadcaster following the airing of the advertisement is necessarily attributable to the production of the advertisement. The characterization of revenue is a factual issue that must be determined at trial. The Federal Court erred by assuming that because a broadcaster incurs costs in producing an advertisement, the broadcaster receives revenue attributable to production as opposed to advertising. Moreover, if a broadcaster that has provided its services under a turnkey contract cannot establish that it has production revenue, subsection 2(1) of the Regulations does not permit it to reduce its “advertising revenues” by subtracting costs incurred in producing an advertisement. Since two types of costs (taxes and commissions paid to advertising agencies) that may be deducted from “advertising revenues” have been specifically identified in the Regulations, the Board cannot be taken to have impliedly permitted the deduction of others, including production costs.

As for the interpretation of subsection 2(2), that subsection applies only to goods and services received by a broadcaster as the whole or part of the total compensation paid to it to advertise. Subsection 2(2) thus prevents a broadcaster from placing an artificially low value on those items in order to minimize the amount of “advertising revenues” that it has received and thus to reduce the base on which the royalty fixed by the Board is calculated. This is because subsection 2(1) expressly includes goods and services in the “total compensation” paid to a broadcaster for airing an advertisement that constitutes “advertising revenues”. Subsection 2(2) does not say that the fair market value of a broadcaster’s production services may be deducted from “advertising revenues” as defined in subsection 2(1), but prescribes how they are to be valued for the purpose of calculating advertising revenues. To interpret subsection 2(2) as permitting a broadcaster who has entered into a turnkey contract, but is unable to prove that it has production revenue,

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

Il s’agissait de déterminer en quoi consistent les « recettes publicitaires » lorsqu’un diffuseur produit et diffuse une publicité et cela était tributaire de la définition de « recettes publicitaires » figurant au Règlement. La définition des « recettes publicitaires » semble être exhaustive puisqu’elle vise « le total [...] des contreparties en argent, en biens ou en services » que reçoit un diffuseur. Cependant, ces paiements doivent être reçus « pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements ». L’argent, les biens ou les services que reçoit un diffuseur à d’autres fins que pour la publicité ne sont pas visés par la définition des « recettes publicitaires ». Les recettes de production sont clairement exclues du tarif si le diffuseur a créé et produit une annonce publicitaire pour un annonceur mais qu’il ne l’a pas diffusée. Bien que cela puisse également être le cas si le diffuseur produit et diffuse une publicité, ce cas est plus problématique parce qu’aucune des recettes touchées par un diffuseur à la suite de la diffusion d’une publicité n’est nécessairement attribuable à la production de la publicité. La qualification des recettes est une question factuelle qui doit être déterminée au procès. La Cour fédérale avait commis une erreur lorsqu’elle avait tenu pour acquis qu’un diffuseur tire des recettes attribuables à la production, par opposition à des recettes publicitaires, parce qu’il engage des frais pour produire une annonce publicitaire. Qui plus est, si un diffuseur qui a fourni ses services dans le cadre d’un contrat clés en mains ne peut pas établir qu’il perçoit des recettes de production, le paragraphe 2(1) du Règlement ne l’autorise pas à réduire ses « recettes publicitaires » en déduisant les frais engagés pour produire une annonce publicitaire. Comme deux types de frais (les taxes et les commissions versées aux agences de publicité) qui peuvent être déduits des « recettes publicitaires » ont été expressément énoncés dans le Règlement, l’on ne peut pas considérer que la Commission a autorisé implicitement la déduction d’autres types de frais, y compris des frais de production.

S’agissant de l’interprétation du paragraphe 2(2), cette disposition s’applique seulement aux biens et services que reçoit le diffuseur comme partie ou totalité de la contrepartie totale qui lui est versée pour la diffusion d’une publicité. Le paragraphe 2(2) empêche donc le diffuseur d’attribuer une valeur artificiellement basse à ces éléments afin de minimiser le montant des « recettes publicitaires » qu’il a perçues, et de réduire ainsi l’assiette à partir de laquelle est calculée la redevance fixée par la Commission. C’est le cas parce que le paragraphe 2(1) inclut expressément les biens et services dans la « contrepartie totale » payée à un diffuseur pour la diffusion d’une publicité qui constitue des « recettes publicitaires ». Le paragraphe 2(2) ne dit pas que la juste valeur marchande des services de production d’un diffuseur peut être déduite des « recettes publicitaires » au sens du paragraphe 2(1). Il ne fait que prescrire le mode de fixation de leur valeur aux fins du calcul des recettes publicitaires. Interpréter le paragraphe 2(2)

to subtract from its advertising revenues the fair market value of its production services would enable a broadcaster to do indirectly what subsection 2(2) does not allow to be done directly. Such an interpretation would be inconsistent with the text and structure of section 2.

comme autorisant le diffuseur qui a conclu un contrat clés en mains, mais qui est incapable de prouver qu'il touche des recettes de production, à déduire de ses recettes de publicité la juste valeur marchande de ses services de production permettrait dans les faits à un diffuseur de faire indirectement ce que le paragraphe 2(2) ne lui permet pas de faire directement. Une telle interprétation serait incompatible avec le libellé et la structure de l'article 2.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 19(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14), (2) (as enacted *idem*), 38.1(4) (as enacted *idem*, s. 20), 67.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1997, c. 24, s. 45; 2001, c. 34, s. 35(E)), 68.1(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 45), (3) (as enacted *idem*).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 213.
Regulations Defining "Advertising Revenues", SOR/98-447, s. 2.

CASES CITED

CONSIDERED:

Application by Standard Radio Inc. for a Ruling Re: The "Regulations Defining Advertising Revenues", reasons dated November 30, 2006 (C.B.).

REFERRED TO:

SOCAN/NRCC Statement of Royalties (Commercial Radio) 2003-2007 (Tariff 1.A) (Re) (2005), 44 C.P.R. (4th) 40 (C.B.).

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/98-446, *C. Gaz.* 1998.II.2589.

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 1198, [2009] 3 F.C.R. 415, 336 F.T.R. 1) granting a motion by the respondents for summary judgment against the appellant and the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada. Appeal allowed.

APPEARANCES

Glen A. Bloom for appellant.
Mark S. Hayes for respondents.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 19(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14), (2) (édicte, *idem*), 38.1(4) (édicte, *idem*, art. 20), 67.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1997, ch. 24, art. 45; 2001, ch. 34, art. 35(A)), 68.1(1) (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), (3) (édicte, *idem*).
Règlement sur la définition de recettes publicitaires, DORS/98-447, art. 2.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 213.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION EXAMINÉE :

Requête du Standard Radio Inc. pour une décision re : le « Règlement sur la définition de recettes publicitaires », motifs rendus le 30 novembre 2006 (C.D.A.).

DÉCISION CITÉE :

Exécution publique d'œuvres musicales 2003-2007 et Exécution publique d'enregistrements sonores 2003-2007, [2005] D.C.D.A. n° 5 (QL).

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/98-446, *Gaz. C.* 1998.II.2589.

Appel interjeté à l'encontre d'une décision (2008 CF 1198, [2009] 3 R.C.F. 415) de la Cour fédérale accueillant une requête en jugement sommaire introduite par les intimées contre l'appelante et la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Glen A. Bloom pour l'appelante.
Mark S. Hayes pour les intimées.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for appellant.

Hayes eLaw LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal by the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) from a decision of the Federal Court (2008 FC 1198, [2009] 3 F.C.R. 415), in which Justice Zinn granted a motion by Astral Media Radio Inc. *et al.* (broadcasters) for summary judgment against NRCC and the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN).

[2] The Judge granted a declaration in the following terms:

The Regulations Defining “Advertising Revenues”, SOR/98-447, permits a radio broadcaster to exclude the fair market value of the production services that it provides to advertisers from the revenues it generates from the broadcast of the ads to which those production services relate and upon which royalties are to be paid under the NRCC 1998-2002 Radio Tariff and the SOCAN-NRCC Commercial Radio Tariff 2003-2007.

SOCAN has not appealed.

[3] NRCC is a collective society which collects remuneration on behalf of performers and makers of sound recordings of musical works for the public performance and communication to the public of those recordings. The broadcasters operate radio stations which broadcast sound recordings of music, for which NRCC is entitled to collect a royalty in accordance with a tariff approved by the Copyright Board (Board). The tariff is based on a percentage of the advertising revenue earned by the broadcasters from the advertisements that they air.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Ottawa, pour l'appelante.

Hayes eLaw LLP, Toronto, pour les intimées.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté par la Société canadienne de gestion des droits voisins (la SCGDV) à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2008 CF 1198, [2009] 3 R.C.F. 415), par laquelle le juge Zinn a accueilli une requête en jugement sommaire introduite par Astral Media Radio Inc. *et al.* (les diffuseurs) contre la SCGDV et la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN).

[2] Le juge a prononcé le jugement déclaratoire suivant :

Le Règlement sur la définition de recettes publicitaires, DORS/98-447, autorise un radiodiffuseur à exclure la juste valeur marchande des services de production qu'il fournit à un annonceur des recettes qu'il tire de la diffusion de l'annonce à laquelle se rapportent ces services de production et à l'égard desquelles des redevances doivent être payées en vertu du Tarif de la SCGDV pour la radio commerciale pour les années 1998-2002 et du Tarif SOCAN-SCGDV pour la radio commerciale 2003-2007.

La SOCAN n'a pas interjeté appel.

[3] La SCGDV est une société de gestion collective qui perçoit une rémunération pour le compte d'artistes-interprètes et de producteurs d'enregistrements sonores d'œuvres musicales au titre de l'exécution en public et de la communication au public de ces enregistrements. Les diffuseurs exploitent des stations de radio qui diffusent des enregistrements sonores de musique, pour lesquels la SCGDV a le droit de percevoir une redevance conformément à un tarif approuvé par la Commission du droit d'auteur (la Commission). Le tarif est fondé sur un

[4] National or large advertisers normally either create and produce air-ready advertisements themselves or engage an accredited advertising agency to do so for them. However, some advertisers, especially local businesses, contract with the broadcaster to both produce and air an advertisement, for which the broadcaster typically charges a single fee that is not broken down into air-time and production components. This arrangement is known in the industry as a “turnkey contract”.

[5] The question in dispute in this appeal is whether the statutory term, “advertising revenues”, on which NRCC’s royalties are based, includes the fair market value of the production services provided to advertisers by broadcasters under turnkey contracts. Excluding the value of production services from the revenues that broadcasters receive for advertising would reduce the base on which NRCC’s royalty is calculated. The Judge held that it should be excluded.

[6] I agree that, as a matter of statutory interpretation, “advertising revenues” does not include revenue earned by a broadcaster from producing an advertisement. However, in my respectful view, the Judge erred in assuming that, because a broadcaster incurs costs in producing an advertisement and performs a service of value to an advertiser, it therefore has production revenue which must be subtracted from the single fee charged to advertisers under a turnkey contract.

[7] From an accounting perspective, costs are set off against revenue: the existence of costs does not establish a source of revenue. Thus, the cost of producing an advertisement may simply be one of the expenses associated with generating advertising revenue, like the payment of either rent or utility bills. Whether a given broadcaster who has produced an advertisement has “production revenues” and if so, how much, is a factual issue to be determined at trial on the basis of evidence.

pourcentage des recettes publicitaires que gagnent les diffuseurs pour les publicités qu’ils diffusent.

[4] Habituellement, les annonceurs d’envergure nationale ou les grands annonceurs créent et produisent eux-mêmes des annonces publicitaires prêtes à être diffusées ou engagent une agence de publicité accréditée pour le faire pour eux. Cependant, certains annonceurs, en particulier les entreprises locales, engagent les services du diffuseur tant pour produire que pour diffuser une annonce publicitaire, habituellement en contrepartie d’un prix unique qui n’est pas ventilé en fonction du temps d’antenne et de la production. Dans l’industrie, on appelle ce type d’arrangement un « contrat clés en mains ».

[5] La question en litige dans le présent appel est celle de savoir si les « recettes publicitaires » au sens de la loi, en fonction desquelles sont calculées les redevances de la SCGDV, incluent la juste valeur marchande des services de production que les diffuseurs fournissent aux annonceurs dans le cadre de contrats clés en mains. Exclure la valeur des services de production des recettes que perçoivent les diffuseurs pour la publicité réduirait l’assiette à partir de laquelle sont calculées les redevances de la SCGDV. Le juge a statué que la valeur de ces services devrait être exclue.

[6] Je conviens que sur le plan de l’interprétation de la loi, les « recettes publicitaires » ne s’entendent pas des recettes que perçoivent les diffuseurs pour produire une publicité. Cependant, soit dit avec déférence, je suis d’avis que le juge a commis une erreur lorsqu’il a présumé que, puisqu’un diffuseur engage des frais pour produire une publicité et fournit un service ayant une valeur pour un annonceur, il perçoit donc des recettes de production qui doivent être déduites du prix unique qu’il facture aux annonceurs dans le cadre d’un contrat clés en mains.

[7] D’un point de vue comptable, les frais sont déduits des recettes; l’existence de frais n’établit pas une source de recettes. Ainsi, le coût de production d’une annonce publicitaire peut ne constituer qu’une des dépenses liées à la génération de recettes publicitaires, comme le paiement du loyer ou de comptes de services publiques. La question de savoir si un diffuseur donné qui a produit une annonce touche des « recettes publicitaires » et, le cas échéant, combien, est une question de fait qui doit être tranchée au procès en fonction de la preuve.

[8] Accordingly, I would allow the appeal and set aside the motion Judge's order. In its place, I would grant the following declaration:

The *Regulations Defining "Advertising Revenues"*, SOR/98-447 permits radio broadcasters to exclude from "advertising revenues" upon which they must pay royalties under *NRCC 1998-2002 Radio Tariff* and the *SOCAN-NRCC Commercial Radio Tariff 2003-2007* any revenues that they derive from the production of advertisements. However, the mere fact that radio broadcasters incur costs in the production of advertisements under turnkey contracts or that their service is of value to advertisers does not prove that broadcasters have production revenues which must be excluded from "advertising revenues".

B. FACTUAL BACKGROUND

[9] In addition to those already described, some other facts should be noted. First, NRCC has collected royalties for the broadcast of sound recordings of musical works that occurred after 1998. Before 2003, the Board certified separate tariffs for SOCAN and NRCC. The SOCAN radio tariff for the years 1998–2002 provided for a royalty payable by broadcasters as a percentage of the "gross income" of stations, while the NRCC radio tariff for those years was based on a percentage of "advertising revenues". For the years 2003–2007, the Board held a joint hearing and, in 2005, approved a joint NRCC-SOCAN radio tariff in which the royalty was based on a percentage of broadcasters' "advertising revenues".

[10] The Board was of the view that the definitions of "gross income" and "advertising revenues" represent the same revenue base: *SOCAN/NRCC Statement of Royalties (Commercial Radio) 2003-2007 (Tariff 1.A) (Re)* (2005), 44 C.P.R. (4th) 40, at page 71 (Copyright Board).

[8] En conséquence, je ferais droit à l'appel et j'annulerais l'ordonnance du juge des requêtes, que je remplacerais par le jugement déclaratoire suivant :

Le *Règlement sur la définition de recettes publicitaires*, DORS/98-447, autorise les radiodiffuseurs à exclure des « recettes publicitaires » à l'égard desquelles ils doivent payer des redevances en vertu du *Tarif de la SCGDV pour la radio commerciale pour les années 1998-2002* et du *Tarif SOCAN-SCGDV pour la radio commerciale 2003-2007* toutes les recettes qu'ils tirent de la production d'annonces publicitaires. Cependant, le simple fait que des radiodiffuseurs engagent des frais pour produire des annonces publicitaires dans le cadre de contrats clés en mains ou que leurs services aient une valeur pour des annonceurs ne prouve pas que les radiodiffuseurs touchent des recettes de production qui doivent être exclues des « recettes publicitaires ».

B. CONTEXTE FACTUEL

[9] En plus des faits précités, certains autres faits méritent d'être signalés. Premièrement, la SCGDV a perçu des redevances pour des diffusions d'enregistrements sonores d'œuvres musicales qui ont eu lieu après 1998. Avant 2003, la Commission avait homologué des tarifs distincts pour la SOCAN et la SCGDV. Le tarif radio de la SOCAN pour les années 1998 à 2002 prévoyait une redevance payable par les radiodiffuseurs exprimée sous forme de pourcentage des « revenus bruts » des stations, tandis que le tarif radio de la SCGDV pour les mêmes années était fondé sur un pourcentage des « recettes publicitaires ». Pour les années 2003 à 2007, la Commission a tenu une audience conjointe et, en 2005, elle a approuvé un tarif conjoint SCGDV-SOCAN pour la radio en vertu duquel la redevance était fondée sur un pourcentage des « recettes publicitaires » des diffuseurs.

[10] La Commission était d'avis que les définitions des « revenus bruts » et des « recettes publicitaires » représentaient la même assiette de revenus : *Exécution publique d'œuvres musicales 2003-2007 et Exécution publique d'enregistrements sonores 2003-2007*, [2005] D.C.D.A. n° 5 (QL), au paragraphe 126 (Commission du droit d'auteur).

[11] Second, in calculating the royalty payable under the 1998–2002 NRCC tariff, broadcasters did not deduct the fair market value of production services that they had rendered to advertisers who requested them to produce as well as to air their advertisements. However, when reviewing the 2003–2007 tariff, the broadcasters formed the view that the definition of “advertising revenues” in the Regulations did not include the value of their production services.

[12] Third, NRCC and SOCAN did not agree with the broadcasters’ interpretation of the Regulations, and advised them that they would not accept a calculation of royalties based on a percentage of advertising revenues from which the value of production services had been excluded.

[13] Fourth, despite their view that they were paying more in royalties than was required by the definition of “advertising revenues”, the broadcasters continued to pay royalties calculated as a percentage of advertising revenues, with no deductions for production services. This was because if their view that “advertising revenues” does not include the value of production services proved to be wrong, they were potentially liable under subsection 38.1(4) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 20] of the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] to pay a significant penalty for failing to pay the amount of a royalty required under a tariff.

[14] Fifth, in response to a request by the plaintiff, Standard Radio Inc., for an interpretation of the disputed provisions of the Regulations, the Copyright Board held in a decision dated November 30, 2006, that it had no jurisdiction to rule on this request: *Application by Standard Radio Inc. for a Ruling Re: The “Regulations Defining Advertising Revenues”*. However, in concurring reasons, the Vice-chair of the Board, Stephen J. Callary, stated (at paragraph 22) that, in his opinion, “the fair market value of production services can be deducted from revenues obtained from turnkey contracts”.

[11] Deuxièmement, en calculant la redevance payable en vertu du tarif SCGDV 1998 à 2002, les diffuseurs n’ont pas déduit la juste valeur marchande des services de production qu’ils avaient fournis aux annonceurs qui leur avaient demandé de produire ainsi que de diffuser leurs annonces. Cependant, après avoir examiné le tarif 2003 à 2007, les diffuseurs ont conclu que la définition de « recettes publicitaires » figurant au Règlement n’englobait pas la valeur de leurs services de production.

[12] Troisièmement, la SCGDV et la SOCAN n’étaient pas d’accord avec la manière dont les diffuseurs interprétaient le Règlement, et elles les ont avisés qu’elles n’accepteraient pas que le calcul des redevances soit fondé sur un pourcentage des recettes publicitaires desquelles la valeur des services de production aurait été exclue.

[13] Quatrièmement, même s’ils estimaient payer davantage de redevances que ce qu’exigeait la définition de « recettes publicitaires », les diffuseurs ont continué à payer des redevances calculées en fonction d’un pourcentage des recettes publicitaires, sans aucune déduction au titre des services de production. Ils ont agi ainsi parce que, s’il s’avérait qu’ils avaient eu tort de considérer que les « recettes publicitaires » n’englobaient pas la valeur des services de production, ils s’exposaient, en vertu du paragraphe 38.1(4) [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 20] de la *Loi sur le droit d’auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42], à une lourde pénalité pour avoir omis de payer le montant d’une redevance exigée en vertu d’un tarif.

[14] Cinquièmement, en réponse à une requête de la demanderesse Standard Radio Inc., qui lui demandait d’interpréter les dispositions litigieuses du Règlement, la Commission du droit d’auteur a conclu, dans une décision datée du 30 novembre 2006, qu’elle n’avait pas compétence pour statuer sur cette requête : *Requête de Standard Radio Inc. pour une décision re : le « Règlement sur la définition des recettes publicitaires »*. Cependant, dans des motifs concordants, le vice-président de la Commission, Stephen J. Callary, a affirmé (au paragraphe 22) qu’à son avis, « la juste valeur marchande des services de production [pouvait] être déduite des revenus tirés des contrats clés en mains ».

[15] Sixth, when an advertiser uses an advertising agency or a media management company, the agency or company negotiates the air-time fee, and pays it to the broadcaster, often with a 15% discount by way of a commission or finder's fee. Depending on the terms of the agreement between the agency and its advertiser-client, the agency may pass all or part of the undiscounted air-time fee onto the advertiser. There was evidence before the motions Judge that broadcasters charge the same fee under turnkey contracts as they charge for air time when advertisers produce their own advertisements.

C. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[16] The motions Judge found that the Court had jurisdiction to determine the plaintiffs' action, that the test for summary judgment under rule 213 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], had been satisfied, and that the Court should exercise its discretion to grant a declaration. These rulings are not being appealed.

[17] The Judge also ruled on the evidence that could properly be relied on to interpret the Regulations. In particular, he held that the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) [*C. Gaz.* 1998.II.2589] issued by the Board when it promulgated the Regulations was relevant to, but not determinative of, their meaning. On the other hand, he attached no weight to the affiants' views of how the Regulations should be interpreted; the affidavits were, however, useful as evidence of the general business of commercial radio stations—the context within which the Regulations operate. The Judge's rulings on the admissibility of evidence are not in dispute in this appeal.

[18] The Judge held (at paragraph 64) that any revenue generated by an advertising agency for producing advertisements is properly characterized as production revenue, not advertising revenue. Accordingly, he reasoned, when a commercial radio station creates advertisements that it

[15] Sixièmement, lorsqu'un annonceur a recours aux services d'une agence de publicité ou d'une société de gestion médiatique, l'agence ou la société négocie les droits de temps d'antenne, et elle les paie au diffuseur, souvent avec un rabais de 15 p. 100 à titre de commission ou d'honoraires d'intermédiation. Selon les dispositions de l'entente entre l'agence et son annonceur-client, l'agence répercute la totalité ou une partie des droits de temps d'antenne, sans escompte, à l'annonceur. Le juge des requêtes disposait d'éléments de preuve selon lesquels les diffuseurs exigeaient le même prix pour le temps d'antenne dans le cadre de contrats clés en mains que lorsque les annonceurs produisent leurs propres publicités.

C. DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[16] Le juge des requêtes a conclu que la Cour avait compétence pour statuer sur l'action des demandesses, qu'il avait été satisfait au critère relatif aux jugements sommaires énoncé à la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre un jugement déclaratoire. Il n'a pas été interjeté appel de ces conclusions.

[17] Le juge a aussi statué sur la question de savoir quels éléments de preuve pouvaient être invoqués pour interpréter le Règlement. En particulier, il a conclu que le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (le REIR) [*Gaz. C.* 1998.II.2589] que la Commission avait publié lorsqu'elle avait pris le Règlement était pertinent, mais non déterminant, pour établir le sens de ce dernier. En revanche, le juge des requêtes n'a accordé aucun poids aux avis des auteurs d'affidavits quant à l'interprétation qu'il convenait de donner au Règlement; les affidavits étaient toutefois utiles à titre d'éléments de preuve démontrant les activités générales des stations de radio commerciales — le contexte dans lequel est appliqué le Règlement. Les conclusions du juge concernant l'admissibilité de la preuve ne sont pas contestées dans le cadre du présent appel.

[18] Le juge a conclu (au paragraphe 64) qu'il convenait de considérer comme des recettes de production, et non des recettes publicitaires, toute recette générée par une agence de publicité pour la production d'annonces publicitaires. C'est pourquoi il a estimé que, lorsqu'une

subsequently broadcasts, any revenue resulting to the station from the production of advertisements should similarly be characterized as production, not advertising revenue. Further, he stated, the fact that in turnkey contracts radio stations normally do not break down the fee charged into advertising and production components is not relevant to identifying the true nature of the revenue. Accordingly, he concluded (at paragraph 69):

... I am of the view that the Regulations permit radio stations to exclude production costs and expenses from the revenues received for the transmission of the ads to which those [production] services relate.

[19] On the basis of subsection 2(2) of the Regulations, the Judge held that the fair market value of the production services of a radio station under a turnkey contract should not be included in the advertising revenue on which collectives' royalties are calculated. He said (at paragraph 74):

That part of the revenue received that relates to these costs and expenses is not advertising revenue within the meaning of the Regulations—it is production revenue.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[20] The performers and makers of sound recordings, the owners of “neighbouring rights”, have no copyright in the recordings that they can protect from infringement by an action for breach of copyright. However, the *Copyright Act* confers on them a right to “equitable remuneration” as determined by the Copyright Board, which is payable to NRCC and SOCAN as a royalty by commercial radio broadcasters of sound recordings of music [s. 19(1), (2) (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14)]:

Right to
remuneration

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to section 20, to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for any retransmission.

station de radio commerciale crée des annonces qu'elle diffuse ensuite, les recettes qu'elle tire de la production de ces annonces devraient elles aussi être considérées comme des recettes de production, et non comme des recettes publicitaires. En outre, il a affirmé que le fait que dans les contrats clés en mains les stations de radio ne ventilent habituellement pas le montant facturé entre le volet publicitaire et le volet production n'est pas pertinent pour cerner la véritable nature des recettes. En conséquence, il a conclu ce qui suit (au paragraphe 69) :

Le Règlement autorise donc les stations de radio, selon moi, à déduire les frais et dépenses de production engagés relativement à des annonces des recettes tirées de leur diffusion.

[19] En s'appuyant sur le paragraphe 2(2) du Règlement, le juge a conclu que la juste valeur marchande des services de production d'une station de radio dans le cadre d'un contrat clés en mains ne devrait pas être incluse dans les recettes publicitaires à partir desquelles sont calculées les redevances des sociétés de gestion. Il a affirmé (au paragraphe 74) :

Les recettes touchées qui correspondent à ces frais et dépenses ne sont pas des recettes publicitaires au sens du Règlement — il s'agit plutôt de recettes de production.

D. LE CADRE LÉGISLATIF

[20] Les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores, les propriétaires de « droits voisins », n'ont aucun droit d'auteur sur les enregistrements qu'ils peuvent protéger contre la contrefaçon au moyen d'une action en violation de droit d'auteur. Cependant, la *Loi sur le droit d'auteur* leur confère le droit à une « rémunération équitable » déterminée par la Commission du droit d'auteur, que les radiodiffuseurs commerciaux d'enregistrements sonores de musique doivent payer à la SCGDV et à la SOCAN [art. 19(1), (2) (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14)] :

Droit à
rémunération

19. (1) Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié.

| | | | |
|---|---|---|--|
| Royalties | <p>(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in subsection (1), a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties</p> <p>(a) in the case of a sound recording of a musical work, to the collective society authorized under Part VII to collect them; or</p> <p>(b) in the case of a sound recording of a literary work or dramatic work, to either the maker of the sound recording or the performer.</p> | <p>(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances :</p> <p>a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir;</p> <p>b) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre littéraire ou d'une œuvre dramatique, soit au producteur, soit à l'artiste-interprète.</p> | Redevances |
| <p>[21] The Board may approve tariffs proposed by NRCC and SOCAN to remunerate those with rights in sound recordings. Tariffs are based on a percentage of the advertising revenues of radio stations that broadcast the recordings [s. 67.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12; S.C. 1997, c. 24, s. 45; 2001, c. 34, s. 35(E))]:</p> | | <p>[21] La Commission peut approuver les tarifs proposés par la SCGDV et la SOCAN pour rémunérer les titulaires de droits sur les enregistrements sonores. Les tarifs sont fondés sur un pourcentage des recettes publicitaires des stations de radio qui diffusent les enregistrements [art. 67.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 12; L.C. 1997, ch. 24, art. 45; 2001, ch. 34, art. 35(A))]:</p> | |
| Filing of proposed tariffs | <p>67.1 (1) Each collective society referred to in section 67 shall, on or before the March 31 immediately before the date when its last tariff approved pursuant to subsection 68(3) expires, file with the Board a proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by the collective society.</p> | <p>67.1 (1) Les sociétés visées à l'article 67 sont tenues de déposer auprès de la Commission, au plus tard le 31 mars précédant la cessation d'effet d'un tarif homologué au titre du paragraphe 68(3), un projet de tarif, dans les deux langues officielles, de redevances à percevoir.</p> | Dépôt d'un projet de tarif |
| Where no previous tariff | <p>(2) A collective society referred to in subsection (1) in respect of which no tariff has been approved pursuant to subsection 68(3) shall file with the Board its proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by it, on or before the March 31 immediately before its proposed effective date.</p> | <p>(2) Lorsque les sociétés de gestion ne sont pas régies par un tarif homologué au titre du paragraphe 68(3), le dépôt du projet de tarif auprès de la Commission doit s'effectuer au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet.</p> | Sociétés non régies par un tarif homologué |
| Effective period of tariffs | <p>(3) A proposed tariff must provide that the royalties are to be effective for periods of one or more calendar years.</p> | <p>(3) Le projet de tarif prévoit des périodes d'effet d'une ou de plusieurs années civiles.</p> | Durée de validité |
| Prohibition of enforcement | <p>(4) Where a proposed tariff is not filed with respect to the work, performer's performance or sound recording in question, no action may be commenced, without the written consent of the Minister, for</p> | <p>(4) Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit pour violation du droit d'exécution en public ou de communication au public par télécommunication visé à l'article 3 ou pour recouvrement des redevances visées à l'article 19.</p> | Interdiction des recours |

- (a) the infringement of the rights, referred to in section 3, to perform a work in public or to communicate it to the public by telecommunication; or
- (b) the recovery of royalties referred to in section 19.

Publication
of proposed
tariffs

(5) As soon as practicable after the receipt of a proposed tariff filed pursuant to subsection (1), the Board shall publish it in the *Canada Gazette* and shall give notice that, within sixty days after the publication of the tariff, prospective users or their representatives may file written objections to the tariff with the Board.

[22] Subsection 68.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 45] of the *Copyright Act* provides that royalties to be collected by NRCC are based on the “advertising revenues” of “wireless transmission systems”. Subsection 68.1(3) [as enacted *idem*] confers on the Board the power to issue regulations defining the “advertising revenues” of radio broadcasters for the purpose of subsection (1). In exercising this power, the Board issued the *Regulations Defining “Advertising Revenues”*. The following provisions of the Regulations are relevant to this appeal.

2. (1) For the purposes of subsection 68.1(1) of the *Copyright Act*, “advertising revenues” means the total compensation in money, goods or services, net of taxes and of commissions paid to advertising agencies, received by a system to advertise goods, services, activities or events, for broadcasting public interest messages or for any sponsorship.

(2) For the purpose of calculating advertising revenues, goods and services shall be valued at fair market value.

[23] Although not a part of the Regulations, the Regulatory Impact Analysis Statement issued by the Board to accompany the Regulations may be taken into account by the Court in interpreting them. As relevant to this appeal, the RIAS states as follows [at page 2591]:

The Board intends that all forms of advertising revenues be included in the rate base. Given the ongoing evolution in this market, it seems preferable to adopt a general definition and see how the market develops in the long run.

Publication
des projets
de tarif

(5) Dès que possible, la Commission publie dans la *Gazette du Canada* les projets de tarif et donne un avis indiquant que tout utilisateur éventuel intéressé, ou son représentant, peut y faire opposition en déposant auprès d’elle une déclaration en ce sens dans les soixante jours suivant la publication.

[22] Le paragraphe 68.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 45] de la *Loi sur le droit d’auteur* dispose que les redevances que peut percevoir la SCGDV sont fondées sur les « recettes publicitaires » de « systèmes de transmission par ondes radioélectriques ». Le paragraphe 68.1(3) [édicte, *idem*] dispose que la Commission peut, par règlement, définir les « recettes publicitaires » des radiodiffuseurs pour l’application du paragraphe (1). C’est en vertu de ce pouvoir que la Commission a pris le *Règlement sur la définition de recettes publicitaires*. Les dispositions suivantes du Règlement sont pertinentes pour le présent appel :

2. (1) Pour l’application du paragraphe 68.1(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, « recettes publicitaires » s’entend du total, net de taxes et des commissions versées aux agences de publicité, des contreparties en argent, en biens ou en services, reçues par un système pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements, pour diffuser des messages d’intérêt public ou pour des commandites.

(2) Aux fins du calcul des recettes publicitaires, les biens et services sont évalués à leur juste valeur marchande.

[23] Bien que le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation qu’a publié la Commission accessoirement au Règlement ne fasse pas partie du Règlement, la Cour peut en tenir compte pour interpréter ce dernier. Les passages du REIR qui sont pertinents pour le présent appel sont ainsi rédigés [à la page 2591] :

La Commission entend que toute recette publicitaire, quelle qu’elle soit, fasse partie de l’assiette tarifaire. Comme il s’agit d’un marché en constante évolution, il semble préférable d’opter pour une définition de portée générale tout en surveillant la réaction à long terme dans ce marché.

The Board also intends to exclude from the rate base revenues that are clearly not advertising revenues. The Regulations achieve this through the reference, in section 1, to “compensations ... received ... to advertise goods, services, activities or events, for broadcasting public interest messages or for any sponsorship”. This excludes from the rate base (a) subscription revenues, (b) production revenues and, (c) revenues for leasing personnel or space for the purposes of production.

As to compensations in kind, paragraph 2(a), which provide that goods and services are valued at their fair market value, is sufficient to deal fairly with all the other concerns raised in this respect.

Section 1 and paragraph 2(a) [i.e. subsections 2(1) and 2(2) of the Regulations] of the Regulations, when read together, also allow a system to exclude from the rate base the fair market value of the production services provided under a “key in hands” contract pursuant to which the system provides both advertising and production services. [Emphasis added.]

E. ISSUES AND ANALYSIS

[24] It is common ground that, as a question of law, the interpretation of the Regulations by the motions Judge is reviewable on a standard of correctness. Any questions of fact and mixed fact and law decided by the Judge are reviewable only for palpable and overriding error.

Issue 1: Does subsection 2(1) of the Regulations defining “advertising revenues” exclude revenues earned by radio broadcasters from producing advertisements which they subsequently broadcast?

[25] It is common ground that the royalty payable by broadcasters of musical recordings to NRCC is based on a percentage of the broadcasters’ “advertising revenues”. The question is what constitutes “advertising revenues” when a broadcaster both produces and airs an advertisement. This depends on the definition in the Regulations of “advertising revenues”. The starting point for this exercise is the text of subsection 2(1), which, for ease of reference, I set out again below.

2. (1) For the purposes of subsection 68.1(1) of the *Copyright Act*, “advertising revenues” means the total compensation in

La Commission désire par ailleurs exclure de l’assiette tarifaire les revenus qui, clairement, ne sont pas des recettes publicitaires. Le règlement y arrive en parlant, à l’article 1, de « contreparties... reçues... pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements, pour diffuser des messages d’intérêt public ou pour des commandites », ce qui exclut a) les recettes d’abonnement, b) les recettes de production, et c) les recettes provenant de la fourniture de locaux ou de personnel à des fins de production.

Quant aux contreparties en nature, le paragraphe 2a), en prévoyant que les biens et services sont évalués à leur juste valeur marchande, permet de traiter équitablement de toutes les autres préoccupations formulées à cet égard.

L’article 1 et l’alinéa 2a) [paragraphe 2(1) et 2(2) du règlement] du règlement, lus ensembles, permettent au système d’exclure de l’assiette tarifaire la juste valeur marchande des services de production fournis dans le cadre de contrats « clés en mains », en vertu desquels le système fournit des services de production autant que de publicité. [Je souligne.]

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[24] Il est acquis au débat qu’en tant que question de droit, l’interprétation du Règlement par le juge des requêtes est sujette à révision selon la norme de la décision correcte. Toute question de fait ou question mixte de fait et de droit tranchée par le juge n’est sujette à révision qu’en cas d’erreur manifeste et dominante.

Question 1 : Le paragraphe 2(1) du Règlement définissant les « recettes publicitaires » exclut-il les recettes que tirent les radiodiffuseurs de la production d’annonces qu’ils diffusent ensuite?

[25] Nul ne conteste que la redevance que les radiodiffuseurs d’enregistrements musicaux doivent payer à la SCGDV est fondée sur un pourcentage des « recettes publicitaires » des radiodiffuseurs. Il s’agit de déterminer en quoi consistent les « recettes publicitaires » lorsqu’un radiodiffuseur produit et diffuse une publicité. Cela dépend de la définition de « recettes publicitaires » figurant au Règlement. Le point de départ de cet exercice est le texte du paragraphe 2(1), qui, par souci de commodité, est reproduit à nouveau ci-dessous.

2. (1) Pour l’application du paragraphe 68.1(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, « recettes publicitaires » s’entend du total, net

money, goods or services, net of taxes and of commissions paid to advertising agencies, received by a system to advertise goods, services, activities or events, for broadcasting public interest messages or for any sponsorship.

[26] This appears a comprehensive definition of “advertising revenues”, because it embraces “the total compensation in money, goods or services” [emphasis added] received by a broadcaster. However, those payments must be received “to advertise goods, services, activities or events”. Money, goods or services received by a broadcaster other than to advertise fall outside the statutory definition of “advertising revenues.” That this was the intention of the Board is supported by the RIAS, which states [at page 2591]:

The Board also intends to exclude from the rate base revenues that are clearly not advertising revenues. The Regulations achieve this through the reference, in section 1, to “compensations ... received ... to advertise goods, services, activities or events, for broadcasting public interest messages or for any sponsorship”. This excludes from the rate base ... (b) production revenues

[27] Thus, a broadcaster’s revenue that is attributable to the provision of production services is excluded from the rate base. Indeed, as the RIAS makes clear (at page 2591), the Board specifically rejected the position advanced by industry organizations during the consultative process that:

... the rate base include revenues derived from the production of commercial announcements as well as revenues derived from renting or leasing facilities or personnel for such productions.

[28] Production revenues are thus clearly excluded from the rate if a broadcaster created and produced an advertisement for an advertiser but, for whatever reason, did not broadcast it. The same may also be the case when a broadcaster both produces and airs an advertisement. However, this is a more problematic situation because none of the revenue received by the broadcaster following the airing of the advertisement is necessarily attributable to the production of the advertisement. The characterization of revenue is a largely factual issue that must be determined at trial.

de taxes et des commissions versées aux agences de publicité, des contreparties en argent, en biens ou en services, reçues par un système pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements, pour diffuser des messages d’intérêt public ou pour des commandites.

[26] Il semble s’agir là d’une définition exhaustive des « recettes publicitaires », puisqu’elle vise le « total [...] des contreparties en argent, en biens ou en services » [non souligné dans l’original] que reçoit un diffuseur. Cependant, ces paiements doivent être reçus « pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements ». L’argent, les biens ou les services que reçoit un diffuseur à d’autres fins que pour la publicité ne sont pas visés par la définition des « recettes publicitaires ». Cette interprétation de l’intention de la Commission est étayée par le REIR, qui précise [à la page 2591] :

La Commission désire par ailleurs exclure de l’assiette tarifaire les revenus qui, clairement, ne sont pas des recettes publicitaires. Le règlement y arrive en parlant, à l’article 1, de « contreparties... reçues... pour annoncer des biens, des services, des activités ou des événements, pour diffuser des messages d’intérêt public ou pour des commandites », ce qui exclut [...] b) les recettes de production [...]

[27] Ainsi, les recettes d’un diffuseur qui sont attribuables à la prestation de services de production sont exclues de l’assiette tarifaire. D’ailleurs, comme l’indique clairement le REIR (à la page 2591), la Commission a expressément rejeté la position soutenue par les organisations de l’industrie au cours du processus consultatif, qui demandaient :

[...] l’inclusion de revenus découlant de la production de spots publicitaires ou provenant de la fourniture de locaux ou de personnel pour les fins de telles productions.

[28] Ainsi, les recettes de production sont clairement exclues du tarif si le diffuseur a créé et produit une annonce publicitaire pour un annonceur mais que, pour un motif quelconque, il ne l’a pas diffusée. Il pourrait également en être de même si le diffuseur produit et diffuse une publicité. Or, ce dernier cas est plus problématique parce qu’aucune des recettes touchées par un diffuseur à la suite de la diffusion d’une publicité n’est nécessairement attribuable à la production de la publicité. La qualification des recettes est une question largement factuelle qui doit être déterminée au procès.

[29] Thus, for example, if it were proved that broadcasters charge advertisers or their agents the same fee for air time, regardless of whether they also produce the advertisement, this might indicate that they do not earn production revenue under a turnkey contract. Conversely, if the fair market value of the air time sold by a broadcaster under a turnkey contract is less than the amount billed, it may be inferred that the difference represents production revenue. The terms of the contract may also be relevant in this regard, although I note that the appeal book does not contain a copy of a turnkey contract. On the other hand, I would think that the form of a broadcaster's invoice (that is, one fee or two separate fees) is unlikely to be determinative of the source of revenue.

[30] As I have already indicated, the Judge's error was, with all respect, to assume that because a broadcaster incurs costs in producing an advertisement, and thereby saves the advertiser the expense of producing the advertisement itself or engaging an agency to produce it, the broadcaster receives revenue attributable to production, as opposed to advertising.

[31] Moreover, if a broadcaster that has provided its services under a turnkey contract cannot establish that it has production revenue, subsection 2(1) [of the Regulations] does not permit it to reduce its "advertising revenues" by subtracting costs incurred in producing an advertisement. This is because "advertising revenues" is defined as the total compensation received to advertise "net of taxes and of commissions paid to advertising agencies". Having specifically identified two types of costs that may be deducted from "advertising revenues", the Board cannot be taken to have impliedly permitted the deduction of others, including production costs.

[32] The only statutory objective that counsel for NRCC argued was relevant to the interpretation of subsection 2(1) of the Regulations was the provision in subsection 19(1) of the *Copyright Act* that the makers and performers of a sound recording of musical works are entitled to be paid "equitable remuneration" for their broadcast to the public. This is consistent with the overall objective of the

[29] Ainsi, par exemple, la démonstration que les diffuseurs facturent aux annonceurs ou à leurs agents les mêmes droits de temps d'antenne, peu importe qu'en plus, ils produisent l'annonce, pourrait indiquer qu'ils ne tirent pas de recettes de production dans le cadre d'un contrat clés en mains. Inversement, si la juste valeur marchande du temps d'antenne que vend un diffuseur dans le cadre d'un contrat clés en mains est inférieure au montant facturé, l'on pourrait en déduire que la différence représente des recettes de production. Les modalités du contrat pourraient aussi être pertinentes à cet égard, bien que je constate que le dossier d'appel ne contient aucune copie de contrat clés en mains. En revanche, je serais porté à croire que la forme sous laquelle est établie la facture d'un diffuseur (c'est-à-dire, un montant unique ou deux montants distincts) ne serait probablement pas déterminante quant à la source des recettes.

[30] Comme je l'ai déjà indiqué, l'erreur du juge tient, soit dit en toute déférence, à ce qu'il a présumé que, puisqu'un diffuseur engageait des frais pour produire une annonce publicitaire, et évitait ainsi à l'annonceur de devoir engager des dépenses pour produire lui-même l'annonce ou la faire produire par une agence, le diffuseur tirait des recettes attribuables à la production, par opposition à des recettes publicitaires.

[31] En outre, si un diffuseur qui a fourni ses services dans le cadre d'un contrat clés en mains ne peut pas établir qu'il perçoit des recettes de production, le paragraphe 2(1) [du Règlement] ne l'autorise pas à réduire ses « recettes publicitaires » en déduisant les frais engagés pour produire une annonce publicitaire. Il en est ainsi parce que les « recettes publicitaires » s'entendent du total des contreparties reçues « net de taxes et des commissions versées aux agences de publicité ». Puisqu'elle mentionne expressément deux types de frais qui peuvent être déduits des « recettes publicitaires », l'on ne peut pas considérer que la Commission a autorisé implicitement la déduction d'autres types de frais, y compris des frais de production.

[32] Le seul objectif législatif que le procureur de la SCGDV a dit être pertinent pour l'interprétation du paragraphe 2(1) du Règlement était la disposition du paragraphe 19(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* selon laquelle les artistes-interprètes et les producteurs d'un enregistrement sonore d'œuvres musicales ont droit à une « rémunération équitable » pour la diffusion publique

Copyright Act, namely, to strike an appropriate balance between the public interest in encouraging dissemination of works and providing just rewards to their creators. This means, counsel said, that subsection 2(1) should not be interpreted in a way that unduly skews the scheme in favour of either broadcasters or neighbouring rights holders.

[33] In addition, he emphasized as a contextual consideration, the fact that the only right available to performers and makers of sound recordings of musical works with respect to the broadcasting of the recordings is the statutory right to “equitable remuneration”. He argued that the Regulations should therefore be interpreted in a generous manner.

[34] In my opinion, the statutory objective of ensuring that performers and makers of sound recordings receive equitable remuneration is too general to be of assistance in interpreting subsection 2(1) and, in any event, no evidence was led to establish whether the broadcasters’ view of its interpretation would result in remuneration that was not “equitable”.

[35] To summarize, the definition of “advertising revenues” in subsection 2(1) does not include production revenues. Whether a broadcaster who has both produced and aired an advertisement under a turnkey contract has production revenue is a question of fact, to be determined on all the evidence. It cannot simply be inferred from the fact that the broadcaster has incurred costs in producing the advertisement.

Issue 2: Does subsection 2(2) of the Regulations permit a broadcaster to exclude from the rate base the fair market value of the production services rendered under a turnkey contract?

[36] Again, for ease of reference, I reproduce the text of this short subsection.

2. (1) ...

(2) For the purpose of calculating advertising revenues, goods and services shall be valued at fair market value.

de ces enregistrements. Cela s’accorde avec l’objectif général de la *Loi sur le droit d’auteur*, à savoir établir un juste équilibre entre l’intérêt public qui consiste à encourager la diffusion d’œuvres et la rémunération équitable des créateurs de ces œuvres. Il s’ensuit, selon le procureur, que le paragraphe 2(1) ne devrait pas être interprété de manière à favoriser indûment les diffuseurs ou les titulaires de droits voisins.

[33] En outre, le procureur de la SCGDV a souligné, à titre de considération factuelle, le fait que le seul droit dont disposent les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements sonores d’œuvres musicales relativement à la diffusion des enregistrements est le droit à une « rémunération équitable » prévu par la loi. Il a soutenu qu’il fallait donc donner au Règlement une interprétation libérale.

[34] À mon avis, l’objectif législatif consistant à assurer aux artistes-interprètes et aux producteurs d’enregistrements sonores une rémunération équitable est trop général pour pouvoir éclairer l’interprétation du paragraphe 2(1), et quoi qu’il en soit, aucun élément de preuve n’a été présenté pour établir que l’interprétation que préconisent les diffuseurs n’entraînerait pas une rémunération « équitable ».

[35] Pour résumer, la définition de « recettes publicitaires » au paragraphe 2(1) ne vise pas les recettes de production. La question de savoir si un diffuseur qui a produit et diffusé une publicité dans le cadre d’un contrat clés en mains touche des recettes de production est une question de fait, qui doit être tranchée à la lumière de tous les éléments de preuve. La réponse à cette question ne peut pas être déduite du seul fait que le diffuseur a engagé des frais pour produire la publicité.

Question 2 : Le paragraphe 2(2) du Règlement autorise-t-il le diffuseur à exclure de l’assiette tarifaire la juste valeur marchande des services de production fournis dans le cadre d’un contrat clés en mains?

[36] Encore une fois, par souci de commodité, je reproduis le texte de ce court paragraphe.

2. (1) [...]

(2) Aux fins du calcul des recettes publicitaires, les biens et services sont évalués à leur juste valeur marchande.

[37] The broadcasters say, and the motions Judge agreed, that this provision applies not only to goods and services received by broadcasters as compensation in kind for airing an advertisement, but also to goods and services that broadcasters supply to advertisers. Hence, they argue, for the purpose of calculating “advertising revenues” the fair market value of the production services provided under a turnkey contract may be deducted. This interpretation is supported by the RIAS, which states [at page 2591]:

Section 1 and paragraph 2(a) [i.e. subsections 2(1) and 2(2) of the Regulations] of the Regulations, when read together, also allow a system to exclude from the rate base the fair market value of the production services provided under a “key in hands” contract pursuant to which the system provides both advertising and production services.

A “key in hands” contract is what I refer to in these reasons as a “turnkey contract”.

[38] Despite this evidence of the Board’s intention, the Regulations as drafted cannot be interpreted as implementing it. In my respectful view, subsection 2(2) applies only to goods and services received by a broadcaster as the whole or part of the total compensation paid to it to advertise. Subsection 2(2) thus prevents a broadcaster from placing an artificially low value on those items in order to minimize the amount of “advertising revenues” that it has received, and thus to reduce the base on which the royalty fixed by the Board is calculated. I say this for the following three reasons.

[39] First, subsection 2(1) expressly includes goods and services in the “total compensation” paid in kind to a broadcaster for airing an advertisement that constitutes “advertising revenues”. Subsection 2(2) deals with an obvious problem left open by subsection 2(1), namely, the valuation of those goods and services. Second, subsection 2(2) does not say that the fair market value of a broadcaster’s production services may be deducted from “advertising revenues” as defined in subsection 2(1). It merely prescribes how they are to be valued for the purpose of calculating advertising revenues.

[37] Selon les diffuseurs — et le juge des requêtes leur a donné raison sur ce point —, cette disposition s’applique non seulement aux biens et services que reçoivent les diffuseurs à titre de contrepartie en nature pour la diffusion d’une publicité, mais aussi aux biens et services que les diffuseurs fournissent aux annonceurs. Aussi soutiennent-ils qu’aux fins du calcul des « recettes publicitaires », la juste valeur marchande des services de production fournis dans le cadre d’un contrat clés en mains peut être déduite. Cette interprétation est étayée par le REIR, qui prévoit [à la page 2591] :

L’article 1 et l’alinéa 2a) [paragraphe 2(1) et 2(2) du Règlement] du règlement, lus ensemble, permettent au système d’exclure de l’assiette tarifaire la juste valeur marchande des services de production fournis dans le cadre de contrats « clés en mains », en vertu desquels le système fournit des services de production autant que de publicité.

[38] Malgré cette preuve de l’intention de la Commission, le Règlement dans son libellé actuel ne peut pas être interprété comme une mise en œuvre de cette intention. À mon avis, soit dit avec déférence, le paragraphe 2(2) s’applique seulement aux biens et services que reçoit le diffuseur comme partie ou totalité de la contrepartie totale qui lui est versée pour la diffusion d’une publicité. Le paragraphe 2(2) empêche donc le diffuseur d’attribuer une valeur artificiellement basse à ces éléments afin de minimiser le montant des « recettes publicitaires » qu’il a perçues, et de réduire ainsi l’assiette à partir de laquelle est calculée la redevance fixée par la Commission. Trois raisons m’incitent à faire cette affirmation.

[39] Premièrement, le paragraphe 2(1) inclut expressément les biens et services dans la « contrepartie totale » payée en nature à un diffuseur pour la diffusion d’une publicité qui constitue des « recettes publicitaires ». Le paragraphe 2(2) traite d’un problème évident que le paragraphe 2(1) laisse en suspens, à savoir, la fixation de la valeur de ces biens et services. Deuxièmement, le paragraphe 2(2) ne dit pas que la juste valeur marchande des services de production d’un diffuseur peuvent être déduits des « recettes publicitaires » au sens du paragraphe 2(1). Il ne fait que prescrire le mode de fixation de leur valeur aux fins du calcul des recettes publicitaires.

[40] Third, as I have already noted, in defining “advertising revenues” subsection 2(1) permits only taxes and commissions paid to advertising agencies, not production costs, to be deducted from the total compensation received by a broadcaster for advertising. To interpret subsection 2(2) as permitting a broadcaster who has entered into a turnkey contract, but is unable to prove that it has production revenue, to subtract from its advertising revenues the fair market value of its production services would, in effect, enable a broadcaster to do indirectly what that subsection does not allow to be done directly. Such an interpretation would, in my opinion, be inconsistent with the text and structure of section 2.

F. CONCLUSIONS

[41] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the motions Judge, and grant a declaration in the following terms:

The Regulations Defining “Advertising Revenues”, SOR/98-447 permits radio broadcasters to exclude from “advertising revenues” upon which they must pay royalties under *NRCC 1998-2002 Radio Tariff* and the *SOCAN-NRCC Commercial Radio Tariff 2003-2007* any revenues that they derive from the production of advertisements. However, the mere fact that radio broadcasters incur costs in the production of advertisements under turnkey contracts or that their service is of value to advertisers does not prove that broadcasters have production revenues which must be excluded from “advertising revenues”.

I would award the appellants their costs in this Court, but award none in the Federal Court.

NADON J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

[40] Troisièmement, et je l’ai déjà signalé, lorsqu’il définit les « recettes publicitaires », le paragraphe 2(1) autorise seulement à déduire de la contrepartie totale que reçoit un diffuseur pour une publicité les taxes et les commissions payées à des agences de publicité, et non les frais de production. Interpréter le paragraphe 2(2) comme autorisant le diffuseur qui a conclu un contrat clés en mains, mais qui est incapable de prouver qu’il touche des recettes de production, de déduire de ses recettes de publicité la juste valeur marchande de ses services de production permettrait dans les faits à un diffuseur de faire indirectement ce que le paragraphe ne lui permet pas de faire directement. Une telle interprétation serait, à mon avis, incompatible avec le libellé et la structure de l’article 2.

F. CONCLUSIONS

[41] Pour ces motifs, je ferais droit à l’appel, j’annulerais l’ordonnance du juge des requêtes, et je prononcerais le jugement déclaratoire suivant :

Le Règlement sur la définition de recettes publicitaires, DORS/98-447, autorise les radiodiffuseurs à exclure des « recettes publicitaires » à l’égard desquelles ils doivent payer des redevances en vertu du *Tarif de la SCGDV pour la radio commerciale pour les années 1998-2002* et du *Tarif SOCAN-SCGDV pour la radio commerciale 2003-2007* toutes les recettes qu’ils tirent de la production d’annonces publicitaires. Cependant, le simple fait que des radiodiffuseurs engagent des frais pour produire des annonces publicitaires dans le cadre de contrats clés en mains ou que leurs services aient une valeur pour des annonceurs ne prouve pas que les radiodiffuseurs touchent des recettes de production qui doivent être exclues des « recettes publicitaires ».

J’accorderais aux appelants leurs dépens devant notre Cour, mais aucuns dépens ne seront adjugés devant la Cour fédérale.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d’accord.