

no reason to favour the use as benchmark of a more marginal segment of the market.

[121] It is as difficult to see how satellite radio is related to music to accompany fitness, especially given the way he envisages that music being used while training: on a portable satellite radio device. Such devices exist and are available in Canada. We have no evidence of their market penetration¹⁸ or of the extent to which they can be used in clubs.¹⁹

[122] In any event, the way in which Dr. Reitman proposes using the satellite radio and limited download tariffs as benchmarks involves too many untested assumptions.

[123] One is that the typical user of the workout area visits the fitness centre once a week for a period of one hour. The evidence in Dr. Bernardino's survey shows that respondents attend their club 3.04 times per week.²⁰ This figure is broadly consistent with the published literature on club attendance. We prefer Dr. Bernardino's evidence over Dr. Reitman's hypothesis.

[124] Another assumption is that subscribers listen to their limited download service an average of 60 hours per month, but that subscribers listen to their satellite radio service 40 hours per month. There is no evidence for either figure, and no explanation why one would be different than the other.

[125] A third is that the value of sound recordings is 80 per cent of the value of musical works, since a cover version of the original song will do as well for fitness purposes. The Board has always treated

recourant à des offres de musique plus courantes, comme la copie privée et le téléchargement permanent. Pourquoi privilégier l'utilisation d'un créneau plus marginal comme point de référence?

[121] Il est tout aussi difficile d'établir un lien entre la radio par satellite et la musique pour accompagner le conditionnement physique, compte tenu surtout de la façon dont M. Reitman envisage que la musique sera utilisée pendant les séances d'entraînement, soit au moyen d'un dispositif portable de radio par satellite. Ces dispositifs existent et sont disponibles au Canada. Nous ne disposons d'aucune preuve quant à leur taux de pénétration du marché¹⁸ ou à la mesure dans laquelle ils peuvent être utilisés dans les clubs de conditionnement.¹⁹

[122] De toute façon, la façon dont M. Reitman propose d'utiliser Ré:Sonne Satellite et SOCAN 22.A comme points de référence met en jeu de trop nombreuses hypothèses non vérifiées.

[123] Une de ces hypothèses est que l'utilisateur type d'une aire d'entraînement s'y rend une fois par semaine pour une période d'une heure. La preuve par sondage de M^{me} Bernardino révèle que les répondants fréquentent leur centre 3,04 fois par semaine.²⁰ Ce résultat correspond de façon générale à ce qui est indiqué dans les publications traitant de la fréquentation des clubs. Nous préférons la preuve de M^{me} Bernardino à l'hypothèse de M. Reitman.

[124] Une autre de ces hypothèses est que les abonnés aux services de téléchargement limité écoutent de la musique en moyenne 60 heures par mois, mais que les abonnés à la radio par satellite l'écoutent en moyenne 40 heures par mois. Aucune preuve n'étaye ces données et rien n'explique la différence.

[125] Une troisième hypothèse suppose que l'enregistrement sonore vaut 80 pour cent de l'œuvre musicale sous-jacente, étant donné qu'une reprise de l'original sera tout aussi efficace pour

sound recordings and musical works as having the same value, all other things being equal.

Re:Sound 3 as Proxy

[126] The assumption that the value of music in workout areas is different according to whether it is listened to or not led Dr. Reitman to perform separate calculations for each. For music not listened to, Dr. Reitman uses Re:Sound 3 as starting point. He then performs a series of relatively complicated calculations to derive a figure that can then be multiplied by the average number of weekly participants, as in SOCAN 19. For reasons explained below, that rate base is currently unworkable. These calculations also require some of the same assumptions as we have just discarded with respect to Dr. Reitman's other proxies.

[127] We reject using Re:Sound 3 in the manner Dr. Reitman proposes.

The Proper Use of Re:Sound 3

[128] We agree that music in classes and in workout areas should be valued separately. We see no point in valuing workout area music differently based on declarations made by participants that they listen or not to the music in the course of a survey we reject.

[129] All workout area music is background music, pure and simple. Whether listened to or not, it serves a single purpose: to enhance the customer's experience.²¹ There is no reason to believe that background music has a different value for the fitness industry than for retail stores.

les besoins du conditionnement physique. La Commission a toujours accordé la même valeur aux enregistrements sonores et aux œuvres musicales, toutes choses étant égales par ailleurs.

Ré:Sonne 3 comme point de référence

[126] L'hypothèse selon laquelle la valeur de la musique jouée dans les aires d'entraînement diffère selon qu'on l'écoute ou non a mené M. Reitman à effectuer des calculs distincts. Pour la musique qu'on n'écoute pas, M. Reitman a utilisé Ré:Sonne 3 comme point de départ. Il a ensuite effectué une série de calculs assez compliqués pour obtenir un chiffre qui peut alors être multiplié par le nombre moyen de participants par semaine, comme dans le cas de SOCAN 19. Pour les raisons précisées ci-après, cette assiette tarifaire est inutilisable. Par ailleurs, ces calculs reposent sur certaines des hypothèses que nous avons rejetées dans le cas des autres substituts retenus par M. Reitman.

[127] Nous refusons d'utiliser Ré:Sonne 3 comme le propose M. Reitman.

Utilisation appropriée de Ré:Sonne 3

[128] Nous convenons qu'il faut établir séparément la valeur de la musique diffusée dans les cours et dans les aires d'entraînement. Nous ne voyons pas l'utilité de déterminer différemment la valeur de la musique jouée dans les aires d'entraînement en fonction de réponses faites par les participants, qui précisent écouter ou non cette musique, à un sondage que nous rejetons.

[129] Toute musique diffusée dans les aires d'entraînement est purement et simplement de la musique de fond. Qu'on l'écoute ou non, elle sert à une seule chose : améliorer la qualité d'une visite.²¹ Il n'y a aucune raison de croire que la musique de fond a une valeur autre pour le secteur du conditionnement physique que pour celui de la vente au détail.

[130] The structure of Re:Sound 3 is especially suited to this industry: users pay according to attendance if possible, and if not according to floor area, then capacity. Fitness centres generally maintain a tight control over attendance; most should be able to report on that basis. Therefore, we conclude that Re:Sound 3 should apply to the use of music in workout areas.

[131] We do not remove from the calculation those who come to a club to participate in classes, for two reasons. First, someone who comes to the club to attend a class may work out or stretch before or after the class. During this time, the attendee would hear background music. Second, the evidence suggests that background music is heard in the change rooms and lobby; class attendees spend some time in those areas as well. There is no need to remove from the calculation those who work out while listening to their own music. We have no evidence that would allow us to compare the frequency with which club users listen to their own music as compared to users of other premises where background music is played.

[132] There is no need to perform a repertoire adjustment. Nothing indicates that fitness centres use background music differently than other premises. We estimate the amount to be generated by this part of the tariff to be \$406,000.

[133] Subsection 3(2) of Re:Sound 3 expressly provides that the tariff does not apply to the use of music to accompany fitness activities. The tariff continues to apply on an interim basis pursuant to section 68.2(3) of the *Act*. This apparent difficulty is readily overcome: the use of recorded music everywhere in a fitness centre other than in classes will be made subject to Re:Sound 3 by incorporating it by reference into tariff 6.B.

[130] La structure de Ré:Sonne 3 convient tout particulièrement à ce secteur : l'utilisateur paie en fonction de la fréquentation, si possible, sinon en fonction de la superficie et ensuite de la capacité du centre. Les centres de conditionnement gèrent généralement les entrées de façon serrée; ils devraient donc être en mesure de faire rapport en fonction des entrées. Par conséquent, nous concluons que Ré:Sonne 3 devrait s'appliquer à l'utilisation de musique dans les aires d'entraînement.

[131] Nous ne retirons pas des calculs les personnes qui viennent à un club pour assister à un cours pour deux raisons. Premièrement, ces personnes peuvent faire de l'exercice ou s'étirer avant le cours ou par la suite. Pendant ce temps, elles entendraient la musique de fond. Deuxièmement, selon la preuve, on entend la musique de fond dans les vestiaires et dans le hall d'entrée, endroits où ceux qui assistent à un cours passent également un certain temps. Il est inutile de retirer des calculs les personnes qui font de l'exercice tout en écoutant leur propre musique. Rien ne nous permet de comparer la fréquence à laquelle les abonnés écoutent leur propre musique à celle à laquelle d'autres font de même dans d'autres établissements où joue de la musique de fond.

[132] Il est inutile d'effectuer un ajustement en fonction du répertoire. Rien n'indique que les centres de conditionnement physique utilisent la musique de fond autrement que ne le font d'autres établissements. Nous estimons la somme générée par cette partie du tarif à 406 000 \$.

[133] Le paragraphe 3(2) de Ré:Sonne 3 stipule expressément que le tarif ne s'applique pas à l'utilisation de musique pour accompagner les activités de mise en forme. Il continue de s'appliquer provisoirement au titre du paragraphe 68.2(3) de la *Loi*. On peut contourner facilement cet obstacle apparent : l'utilisation de musique enregistrée partout dans un club de conditionnement physique sauf pendant les cours

sera assujettie à Ré:Sonne 3 en l'incorporant par renvoi dans le tarif 6.B.

SOCAN 19 as Proxy for Music in Classes

[134] Dr. Reitman proposed using SOCAN 19 as proxy for Part A of the tariff. On surface, this is indeed the most logical place to begin, since this is a tariff for “a licence to perform [...] works in SOCAN’s repertoire, in conjunction with physical exercises”. The tariff sets, for each room in which performances take place, an annual fee of “\$2.14 multiplied by the average number of participants per week in the room, with a minimum annual fee of \$64.”

[135] Re:Sound argued that we should not use SOCAN 19 as a proxy:

The structure and royalty rates for SOCAN Tariff 19 and the predecessor PROCAN and CAPAC tariffs have never been given any substantive consideration. Neither the Board nor the Appeal Board have determined the value of the use of musical works by a fitness centre. Furthermore, inflation has significantly eroded the royalty rate for SOCAN’s Tariff 19 since it was last increased for 1992.²³

[136] The argument has substantial merit. A review of the decisions of the Board and its predecessor confirms that the tariff has never been the subject of even a cursory examination. Nevertheless, as a tariff that has prevailed for almost 30 years in various forms, it is a reality in the marketplace; thus, we must consider the extent to which it could be useful in the present proceeding.

[137] The starting point of our analysis was the royalties collected by SOCAN in 2007²⁴ under

Utilisation de SOCAN 19 comme point de référence pour la musique jouée dans les cours

[134] M. Reitman propose d'utiliser SOCAN 19 comme prix de référence pour la partie A du tarif. De prime abord, ce choix s'impose, car il s'agit d'un tarif pour « une licence permettant l'exécution [...] des œuvres faisant partie du répertoire de la SOCAN, simultanément avec des exercices physiques ». Le tarif fixe, pour chaque salle dans laquelle ont lieu ces exécutions, une redevance annuelle de « 2,14 \$ multiplié par le nombre moyen de participants par semaine dans cette salle, avec une redevance annuelle minimale de 64 \$. »

[135] Ré:Sonne a fait valoir que SOCAN 19 ne devrait pas servir de point de départ :

[TRADUCTION] La structure et le taux de redevances du tarif 19 de la SOCAN et des tarifs SDE et CAPAC qui l'ont précédé n'ont jamais été examinés sérieusement. Ni la Commission ni la Commission d'appel du droit d'auteur n'ont déterminé la valeur de l'utilisation d'œuvres musicales par un centre de conditionnement. De plus, l'inflation a considérablement fait diminuer le taux de redevances établi pour le tarif 19 de la SOCAN depuis sa dernière augmentation en 1992.²³

[136] L'argument est valable. L'examen des décisions de la Commission et de son prédécesseur confirme que le tarif n'a jamais fait l'objet d'un examen même sommaire. Néanmoins, puisque ce tarif s'applique depuis près de 30 ans sous diverses formes, il représente une réalité du marché; par conséquent, nous devons nous demander dans quelle mesure il pourrait être utile pour la présente instance.

[137] Pour commencer, nous avons analysé les redevances perçues par la SOCAN en 2007²⁴ en

this tariff. SOCAN collected \$786,676 from 4,994 licensees. It reported two categories of licensees: licensees with fewer than 60 average weekly participants collectively sought 2,814 licenses for which revenue of \$150,638 was generated; and licensees with 60 or more average weekly participants collectively sought 2,180 licenses for which revenue of \$636,038 was generated.

[138] Simple division indicates that small users paid an average of \$53.53 per license, whereas others paid an average of \$291.76. Each of these figures is *prima facie* suspect, for different reasons. Small users are paying less on average than the minimum fee of \$64.²⁵ Large users pay an amount which implies average weekly attendance of 136 people. Since the average fitness centre in Canada has membership of 918 people,²⁶ large users should have an even larger membership than this. Even if the membership of the large users were the same as the average centre, payments of this magnitude would imply that only 15 per cent of members attend their gym in an average week, and only once at that. It seems implausible to us that so few people would attend the gym as implied by these figures.

[139] One may examine these figures in an alternative, possibly more dramatic, way. Some members (we call them “ghosts”) pay their dues and do not attend the club at all. About a third of the other members attend the club between two and three times per week. There is some evidence that the portion of ghosts is between 20 and 40 per cent of members. Applying these figures to the average fitness centre and multiplying by the number of fitness centres in Canada yields estimated SOCAN royalties of between \$4 million and \$8 million per year. We do not have sufficiently precise evidence on the figures used in this calculation to narrow the range. Nevertheless, the fact that SOCAN collected less than \$1

vertu de ce tarif. La SOCAN a perçu 786 676 \$ auprès de 4994 titulaires de licence, qu'elle classe en deux catégories : ceux dont le nombre moyen de participants par semaine est inférieur à 60 ont collectivement demandé 2814 licences pour des revenus totalisant 150 638 \$; ceux dont le nombre moyen de participants par semaine est égal ou supérieur à 60 ont collectivement demandé 2180 licences pour des revenus totalisant 636 038 \$.

[138] Une simple opération mathématique révèle que les petits utilisateurs ont payé en moyenne 53,53 \$ par licence, tandis que les autres ont payé en moyenne 291,76 \$. Chacun de ces résultats est douteux à première vue, mais pour différentes raisons. Les petits utilisateurs paient en moyenne moins que la redevance minimale de 64 \$.²⁵ Les grands utilisateurs paient quant à eux un montant correspondant à une fréquentation hebdomadaire moyenne de 136 personnes. Étant donné que le centre moyen au Canada compte 918 membres,²⁶ les grands utilisateurs devraient en compter encore plus. Même si ces derniers avaient le même nombre de membres qu'un centre moyen, des paiements de cet ordre signifieraient qu'à peine 15 pour cent des membres fréquentent leur centre une seule fois la semaine en moyenne. Il semble invraisemblable que la fréquentation soit si faible, comme le laissent sous-entendre ces chiffres.

[139] On peut examiner ces résultats d'une autre façon, peut-être plus imagée. Certains membres (appelons-les « fantômes ») s'abonnent sans jamais fréquenter le club. Environ le tiers des autres membres s'y rendent de deux à trois fois par semaine. Certains éléments de preuve indiquent qu'on compte entre 20 et 40 pour cent de fantômes. En appliquant ces chiffres au centre moyen et en multipliant ce résultat par le nombre de centres au Canada, on obtient un estimé de redevances SOCAN variant entre 4 et 8 millions de dollars par année. Nous n'avons pas d'éléments de preuve suffisamment précis concernant les chiffres utilisés dans ce calcul pour rétrécir la fourchette. Néanmoins, le fait que la

million in 2007 led us to ask questions to SOCAN. From this, we learned the following.

[140] First, there exist many interpretations of the expression “average number of participants per week in the room”. The logical (and probably correct) interpretation is to count all people in each room where fitness activities take place and music is played every day of the year and to divide by 52, assuming the club is open every day of the year. Yet some licensees use the average number of attendees per class, irrespective of the number of classes in a week. Others use the number of paid memberships, treat many rooms as if they were one, or use a “representative” week.

[141] An interpretation is biased if it tends to systematically overestimate or underestimate royalties. It is incorrect if it does not follow the text of the tariff but rather uses shortcuts to approximate the amounts owed. The interpretation based on the number of attendees per class is biased. The interpretations based on paid memberships, combining rooms or using a representative week are unbiased but incorrect.

[142] The misinterpretation of the tariff is worrisome; if users accidentally or deliberately misinterpret our tariffs in a biased way, the amounts generated are much lower than they would otherwise be.

[143] Second, there may be a tariff enforcement problem. There are about 5,000 licensees and about 5,000 fitness centres in Canada.²⁷ At first blush, this implies that each fitness centre holds a single license. However, this interpretation is incorrect. First, SOCAN 19 applies to dance instruction as well as fitness. We have reason to

SOCAN a perçu moins de 1 million de dollars en 2007 nous a incités à lui poser des questions, ce qui nous a permis d’apprendre ce qui suit.

[140] Premièrement, l’expression « nombre moyen de participants par semaine dans la salle » est interprétée de nombreuses façons. L’interprétation logique (et probablement correcte) exige de compter toutes les personnes présentes dans chaque salle où des activités de conditionnement physique ont lieu et où joue de la musique chaque jour de l’année puis de diviser ce résultat par 52, en tenant pour acquis que le club est ouvert tous les jours de l’année. Toutefois, certains utilisateurs calculent le nombre moyen de membres par cours, quel que soit le nombre de cours offerts dans une semaine. D’autres se fondent sur le nombre d’abonnements payés, regroupent plusieurs salles en une seule salle ou se fondent sur une semaine « type ».

[141] Une interprétation est biaisée si elle surestime ou sous-estime systématiquement les redevances payables. Elle est incorrecte si elle ne respecte pas le libellé du tarif, mais utilise plutôt des raccourcis pour estimer les montants dus. L’interprétation fondée sur le nombre de participants par cours est biaisée. Les interprétations fondées sur le nombre d’abonnements payés, le regroupement de salles ou l’utilisation d’une semaine type ne sont pas biaisées, mais sont incorrectes.

[142] La mauvaise interprétation du tarif nous préoccupe. Si les utilisateurs interprètent nos tarifs de façon biaisée, que ce soit accidentellement ou délibérément, les montants générés sont beaucoup plus bas qu’ils ne le seraient autrement.

[143] De plus, l’application du tarif semble poser problème. Quelque 5000 licences ont été délivrées à l’égard de quelque 5000 centres de conditionnement physique au Canada.²⁷ À première vue, cela signifie que chaque centre détient une seule licence. Pourtant, cette interprétation est incorrecte. Tout d’abord,

believe that the number of dance instruction licences is significant. Second, licensees are supposed to hold a license and pay for each room in which fitness activities take place and SOCAN repertoire is played. It would seem therefore that the tariff is not fully enforced.

[144] SOCAN shed some additional light on the under-enforcement/misinterpretation issue:

[...] since Tariff 19 came into force in its present form, SOCAN has faced a significant challenge in administering this tariff. In light of the fact that Tariff 19 is a self assessing tariff, and given the nature of the businesses that need a Tariff 19 licence, it is generally impossible for SOCAN to monitor the use of its music under this tariff. Unless SOCAN is a member of the gym or is signed up to take a dance class, it is not given access to these events. Thus, it is virtually impossible for SOCAN to verify the information reported. Moreover, given the relatively low tariff rates and royalties generated by the application of Tariff 19 by comparison to other tariffs, SOCAN must balance its Tariff 19 licensing efforts with the realities underlying the expenditure of time and resources required to do so.²⁸

[145] Third, SOCAN has conducted very few audits relative to Tariff 19.

[146] Fourth, SOCAN collects 31 per cent of its revenue “from Tariff 19” pursuant to agreements between it and users of the tariff, copies of which were filed with us at our request. The agreements

SOCAN 19 s’applique tant aux écoles de danse qu’aux centres de conditionnement. Nous avons des raisons de croire que le nombre de licences accordées aux écoles de danse est important. Ensuite, les utilisateurs sont censés détenir une licence et payer pour chaque salle où des activités de conditionnement physique ont lieu et où joue de la musique faisant partie du répertoire de la SOCAN. Il semble donc que le tarif ne soit pas mis pleinement à exécution.

[144] La SOCAN a apporté un éclairage additionnel sur le problème d’application du tarif et de sa mauvaise interprétation :

[TRADUCTION] [D]epuis que le tarif 19 est entré en vigueur dans sa forme actuelle, la SOCAN a eu beaucoup de difficultés à l’appliquer. Compte tenu du fait que le tarif 19 est un régime d’autocotisation, et compte tenu de la nature des entreprises qui ont besoin d’une licence en vertu de ce tarif, il est généralement impossible pour la SOCAN de contrôler l’utilisation de sa musique au titre de ce tarif. À moins que la SOCAN soit membre d’un centre de conditionnement ou inscrite à un cours de danse, elle n’a pas accès à ces activités. Par conséquent, il est pratiquement impossible pour la SOCAN de vérifier les renseignements produits. De plus, compte tenu du fait que les taux du tarif et les redevances générées par l’application du tarif 19 sont relativement bas, comparativement aux autres tarifs, la SOCAN doit concilier ses efforts de vente de licences avec la réalité qui sous-tend les dépenses en temps et en ressources nécessaires à cet égard.²⁸

[145] Troisièmement, la SOCAN a fait très peu de vérifications à l’égard du tarif 19.

[146] Quatrièmement, la SOCAN perçoit 31 pour cent de ses revenus qu’elle attribue à son tarif 19 conformément à des ententes conclues avec certains utilisateurs et dont copie a été

make up a significant portion of the marketplace and include some of Canada's largest fitness centres and dance class providers.

[147] We conclude that SOCAN Tariff 19 as it stands is not usable as a proxy for setting royalties for the use of music in fitness classes. The language of the tariff is apparently confusing, to the point where users misunderstand, either deliberately or accidentally, how to compute payments under the tariff. SOCAN does not devote substantial resources to monitoring or auditing Tariff 19, to the point where the enforcement can be called into question. The fact that SOCAN enters into agreements that account for a significant portion of its revenues related to this tariff is further evidence that the tariff is unenforceable, unenforced, misunderstood or some combination of these.

3. Other Options Considered and Rejected

[148] We considered several options other than SOCAN 19 to set royalties for the use of music in fitness classes. Despite their initial attractiveness, we reject them all save one, which we certify. To justify that decision, it is necessary that we review the options we rejected.

A Tariff Based on the Amount of Royalties of SOCAN 19

[149] We considered setting the amount payable for all uses of music in fitness classes throughout Canada using the amount collected under SOCAN 19, adjusted for repertoire. The surface attractiveness of this proposal is evident. Regardless of how the tariff is interpreted or enforced, the amounts collected by SOCAN are a market reality.

déposée à notre demande. Les ententes gouvernent une partie considérable du marché et visent certains des plus importants centres de conditionnement et écoles de danse au Canada.

[147] Nous concluons que le tarif 19 actuel de la SOCAN ne peut servir de point de référence pour fixer les redevances pour l'utilisation de musique dans les cours de conditionnement physique. Le libellé du tarif semble porter à confusion, à un tel point que les utilisateurs ont mal compris, délibérément ou accidentellement, comment calculer les paiements en vertu du tarif. La SOCAN ne consacre pas beaucoup de ressources pour surveiller ou vérifier le tarif 19, à un tel point que son application peut être remise en question. Enfin, le fait que la SOCAN conclut des ententes qui représentent une part importante des revenus qu'elle tire de ce tarif est une preuve supplémentaire que le tarif ne peut être mis à exécution, qu'il n'est pas appliqué, qu'il est mal compris, ou toute combinaison de ces éléments.

3. Autres solutions examinées et rejetées

[148] Nous avons envisagé plusieurs solutions autres que SOCAN 19 pour fixer les redevances pour l'utilisation de musique dans les cours de conditionnement physique. Malgré leur attrait initial, nous les rejetons toutes, sauf une, que nous homologuons. Pour justifier cette décision, il est nécessaire de revoir les solutions que nous avons rejetées.

Un tarif fondé sur le montant de redevances de SOCAN 19

[149] Nous avons envisagé de fixer les redevances pour toute utilisation de musique dans les cours de conditionnement physique au Canada en prenant comme point de référence les montants perçus au titre de SOCAN 19, ajustés en fonction de l'utilisation du répertoire. À première vue, l'attrait de cette proposition est évident. Quelle que soit la façon dont le tarif est interprété ou appliqué, les montants perçus par la SOCAN sont une réalité du marché.

[150] There are however several problems with this option. First, it preserves any existing under-enforcement and misinterpretations of the tariff. It would be ideal to acknowledge these and work to fix them. We cannot do so because SOCAN 19 is not before us and we do not have enough data to fix these problems on the present record.

[151] Second, it would make Re:Sound functionally subservient to SOCAN in relation to this tariff. That is, this would have the same effect as if Re:Sound cedes all responsibility for administration and enforcement of its tariff to SOCAN. This would go considerably further than setting a Re:Sound tariff on the assumption that sound recordings have the same value as musical works, before adjusting for repertoire, as the Board often does.

[152] Third, royalties collected pursuant to SOCAN 19 come from both fitness centres and dance schools. The information available does not allow us to segregate one from the other.

[153] Finally, the fact that the amounts said to be collected pursuant to the tariff are a mixture of amounts paid pursuant to the tariff and those paid pursuant to agreements makes this option murky. These three reasons make this option unworkable and we reject it as a basis for setting the tariff for fitness class music uses.

A Tariff Based on the Australian Tariff

[154] On May 17, 2010, the Copyright Tribunal of Australia issued a decision relating to music in fitness centres.²⁹ Re:Sound urged us to draw inspiration from this decision into account. The decision cannot be used as a benchmark, if only because the Federal Court of Australia has set it

[150] Cette solution pose toutefois plusieurs problèmes. Premièrement, elle consacre la sous-application et les mauvaises interprétations du tarif. Il serait idéal de reconnaître celles-ci et de les corriger. Nous ne pouvons pas le faire parce que SOCAN 19 n'est pas en cause et que les données dont nous disposons ne nous permettent pas de régler ce problème dans le présent dossier.

[151] Deuxièmement, cette solution rendrait Ré:Sonne dépendante de la SOCAN sur le plan fonctionnel relativement à ce tarif. L'effet serait le même que si Ré:Sonne s'en remettait entièrement à la SOCAN pour l'administration et l'exécution du tarif. Ce serait aller bien plus loin que de fixer un tarif de Ré:Sonne selon l'hypothèse que l'enregistrement sonore a la même valeur que l'œuvre musicale, avant l'ajustement pour le répertoire, comme la Commission le fait souvent.

[152] Troisièmement, les redevances versées conformément à SOCAN 19 proviennent tant d'écoles de danse que de centres de conditionnement. Les renseignements disponibles ne nous permettent pas de distinguer les unes des autres.

[153] Enfin, le fait que les montants soi-disant perçus en vertu du tarif représentent une combinaison de montants payés en vertu du tarif et ceux payés en vertu d'ententes rend cette solution confuse. Pour ces trois raisons, cette option ne peut être utilisée et nous la rejetons comme point de départ de l'établissement du tarif pour l'utilisation de musique dans les cours de conditionnement physique.

Un tarif fondé sur son équivalent australien

[154] Le 17 mai 2010, le tribunal australien du droit d'auteur a rendu une décision portant sur l'utilisation de musique dans les centres de conditionnement physique.²⁹ Ré:Sonne nous a exhorté à nous inspirer de cette décision. La Cour fédérale de l'Australie l'a rejetée et a renvoyé

aside and remanded the case for further proceedings.³⁰

A Tariff Based on SOCAN Tariff 7 (Skating Rinks)

[155] Skating is a form of physical exercise; as such it is comparable to the activities that take place at fitness centres. SOCAN Tariff 7 covers music played at roller and skating rinks. Individual skaters exercise to the music played both synchronously and asynchronously.

[156] It would be very simple to apply SOCAN Tariff 7 directly; it is 1.2 per cent of revenues. Applying the calculations used by Re:Sound in its Statement of Case, 1.2 per cent of revenues is equivalent to \$0.42 per member per month. Applying the 36.6 per cent repertoire correction yields a rate of \$0.15 per member per month.

[157] Tariff 7 is not an appropriate proxy to set a tariff for fitness centres. The business models are largely different: a substantial number of licensees under Tariff 7 pay the minimum fee, since they do not charge for admission to the skating rinks. The economic importance of the two activities is extremely different.

A Tariff Based on SOCAN Tariff 18 (Recorded Music for Dancing)

[158] Re:Sound argued that music is at least as intrinsic to dance as it is to fitness; as such, the value attributed to music for Tariff 6.B could be used to set the rate in Tariff 6.A. We recently rejected that argument:

[25] Re:Sound implicitly claims a substantial similarity between the dance and fitness sectors. In our opinion, there are several key

l'affaire pour réexamen;³⁰ cela suffit pour conclure que cette décision ne peut être utilisée comme point de référence.

Un tarif fondé sur le tarif 7 de la SOCAN (Patinoires)

[155] Patiner est une forme d'activité physique et donc comparable aux activités qui ont lieu dans un centre de conditionnement physique. Le tarif 7 de la SOCAN vise la musique diffusée dans le cadre d'activités de patin à roulettes ou à glace. Chaque patineur s'exécute, de façon synchrone ou non, au son de la musique.

[156] Il serait très simple d'appliquer directement le tarif 7, lequel s'établit à 1,2 pour cent des revenus. Si l'on applique les calculs utilisés par Ré:Sonne dans son énoncé de cause, 1,2 pour cent des revenus correspond au montant mensuel de 0,42 \$ par membre. En appliquant l'ajustement de 36,6 pour cent pour utilisation du répertoire, on obtient un taux mensuel de 0,15 \$ par membre.

[157] Le tarif 7 n'est pas un point de référence approprié pour les centres de conditionnement. Les modèles d'affaires sont très différents : un nombre important de titulaires d'une licence accordée au titre du tarif 7 paient la redevance minimale, étant donné qu'ils n'imposent aucun droit d'accès aux patinoires. Par ailleurs, les deux activités n'ont pas du tout la même importance sur le plan économique.

Un tarif fondé sur le tarif 18 de la SOCAN (Musique enregistrée utilisée aux fins de danse)

[158] Ré:Sonne a fait valoir que la musique est au moins tout aussi inhérente à la danse qu'au conditionnement physique; c'est pourquoi la valeur attribuée à la musique pour le tarif 6.B pourrait servir à fixer les taux du tarif 6.A. Nous avons récemment rejeté cet argument :

[25] Implicitement, Ré:Sonne affirme que les industries de l'activité physique et de la danse sont très similaires. Selon nous,

differences. First, the business models are different. In the fitness sector, the largest portion of revenue comes from monthly membership and (where these are charged separately) class fees. In the dance sector, the largest portion of revenue comes from admission fees and food and beverage sales. Fitness clubs have members whereas dance clubs have patrons.

[26] Second, the use of music is different. In a dance venue, the use of music is both ubiquitous and necessary. In a fitness centre, the use of music is partial and optional. It is partial since there may be some rooms in which music is not played, such as the class room when a yoga class is given, or the change rooms. It is optional by reason that if the fitness centre does not offer any classes and has a workout area, it could satisfy the demands of some members by having television screens or docking stations for personal music players.³¹

[159] The option under consideration here is a reversal of Re:Sound's argument. That is, we consider the possibility of using dance as a proxy for fitness, not fitness as a proxy for dance.

[160] Ignoring the fact that we have already explained the differences between these industries, there is an additional source of problems we encounter in adapting SOCAN 18 to Re:Sound 6.B. The structure of SOCAN 18 requires payments which relate to the number of days per year the venue is open. Most fitness centres are open all year round, seven days per week, thus making the nuances in SOCAN 18 irrelevant. For

plusieurs différences les distinguent. D'abord, leurs modèles d'affaires sont différents. Dans l'industrie de l'activité physique, la plus grande portion des revenus provient des abonnements mensuels et des frais de classes (lorsque ces services sont vendus séparément). Dans l'industrie de la danse, la majorité des revenus est tirée du prix d'entrée et de la vente d'aliments et de boissons. Les clubs d'activité physique ont des *membres* alors que les clubs de danse ont des *clients*.

[26] Ensuite, leur utilisation de musique est différente. Dans une aire de danse, la musique est généralisée autant que nécessaire. Dans un centre d'activité physique, l'utilisation de musique est partielle et optionnelle. Elle est partielle en ce sens qu'on ne joue pas nécessairement de la musique dans toutes les pièces, comme celle où se donne un cours de yoga ou les vestiaires. Elle est optionnelle en ce sens que si un centre d'activité physique n'offre pas de cours et dispose d'une aire ouverte d'entraînement, il pourrait répondre aux demandes de certains de ses membres en mettant à leur disposition des écrans de télévision ou des stations d'accueil pour les lecteurs de musique.³¹

[159] La solution envisagée ici est à l'opposé de l'argument de Ré:Sonne : nous envisageons la possibilité d'utiliser la danse comme point de référence pour le conditionnement physique, et non le conditionnement physique comme point de référence pour la danse.

[160] À part le fait que nous avons déjà expliqué les différences qui existent entre ces industries, nous nous sommes heurtés à une autre source de problèmes en voulant adapter le tarif 18 de la SOCAN au tarif 6.B de Ré:Sonne. La structure du premier impose des paiements qui sont fonction du nombre de jours par année où l'établissement est ouvert. La plupart des centres de conditionnement physique sont ouverts toute

both of these reasons, we find SOCAN 18 inappropriate as a proxy for Re:Sound 6.B.

No Tariff

[161] In an earlier decision pertaining to SOCAN's Tariffs with respect to other uses of music on the Internet (Tariffs 22.B to 22.G, 1996-2006), the Board declined to certify a SOCAN Internet tariff for certain uses in the absence of proper and reliable evidence.³² The Federal Court of Appeal upheld this decision (the "Other Sites" decision).³³ Do the facts in Re:Sound 6.B sufficiently match those in the other sites decision to justify declining to certify a tariff in this instance?

[162] The fact that evidence exists in the matter under consideration does not mean it is reliable. The Board has rejected the expert evidence of Re:Sound and the Objectors as unreliable. The Board has not rejected the factual evidence filed by the parties. As such, this makes it difficult to claim that there is no evidence whatsoever, a necessary criterion in the Other Sites decision.

[163] There are several other differences relative to the Other Sites decision. First, it cannot be readily argued that the amounts involved would necessarily be modest. According to Re:Sound, the Canadian fitness club industry annual revenues are estimated at \$2 billion. Second, the tariff period has not even expired. The vast majority of the companies engaged in the fitness business have been doing so since at least 2008. Third, the Board knows who the tariff is targeting.

l'année, sept jours sur sept, de sorte que les nuances faites pour le tarif 18 ne sont pas pertinentes. Pour ces deux raisons, nous estimons que le tarif 18 ne saurait servir de point de référence pour l'établissement du tarif 6.B de Ré:Sonne.

Aucun tarif

[161] Dans une décision antérieure portant sur les tarifs de la SOCAN à l'égard des autres utilisations de musique sur Internet (Tarifs 22.B à 22.G, 1996-2006), la Commission a refusé d'homologuer un tarif SOCAN (Internet) pour certaines utilisations en l'absence d'une preuve suffisante et sérieuse.³² La Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision (décision sur les « Autres sites »).³³ Les faits applicables à l'établissement du tarif 6.B de Ré:Sonne correspondent-ils suffisamment à ceux de la décision sur les Autres sites pour justifier le refus d'homologuer un tarif en l'espèce?

[162] Ce n'est pas parce que le dossier à l'étude est étayé par une preuve que celle-ci est fiable. La Commission a rejeté les témoignages d'experts de Ré:Sonne et des Opposantes au motif qu'ils ne l'étaient pas. La Commission n'a pas rejeté la preuve factuelle déposée par les parties. Par conséquent, il est difficile de prétendre qu'il n'existe absolument aucune preuve, un critère nécessaire dans la décision sur les Autres sites.

[163] La décision sur les Autres sites présente plusieurs autres différences. Premièrement, on ne saurait soutenir d'emblée que les montants en jeu seraient nécessairement modestes. Selon Ré:Sonne, les revenus annuels estimés de l'industrie canadienne du conditionnement physique sont de 2 milliards de dollars. Deuxièmement, la période couverte par le tarif n'est même pas terminée. La grande majorité des entreprises du secteur du conditionnement physique fonctionnent de cette manière depuis au moins 2008. Troisièmement, la Commission sait qui vise le tarif.

[164] The facts in this instance do not fit those of the Other Sites decision cited by reason that there is some evidence on which we can base a tariff and accordingly, we must certify a tariff.

4. The Re:Sound Tariff for Fitness Classes: A Transitional Measure

[165] We are certain of the following: that Re:Sound is entitled to a tariff for the use of sound recordings in fitness classes; that we are required to certify one; that we do not have any usable evidence relating to the value of that tariff; and, that our most logical and obvious proxy, SOCAN 19, is unusable for the reasons stated.

[166] Our preferred course of action is to set a flat fee for all users. The advantage of the flat fee is that compliance monitoring becomes easy; if a fitness centre is using Re:Sound repertoire, it must pay the flat fee.

[167] There is an obvious objection to flat fees: they may overcharge some users and undercharge some users. We note, by contrast, that the Board's minimum fees are always flat fees. Furthermore, we believe that this tariff will be transitional. We expect Re:Sound to submit better evidence next time the Board hears the matter, allowing the panel latitude to set a tariff more permanent in nature. Nevertheless, the tariff we certify is fair under the present circumstances.

[168] It remains to fix the flat fee. Based on some of the agreements we mentioned in paragraph 146, we compute an average of the amounts paid to SOCAN. The Board sometimes hesitates to use agreements as the basis of a certified tariff,

[164] Les faits applicables à l'établissement du présent tarif ne s'apparentent pas à ceux de la décision sur les Autres sites parce qu'il existe certains éléments de preuve pouvant servir de fondement à un tarif; nous devons donc homologuer un tarif.

4. Tarif de Ré:Sonne pour les cours de conditionnement physique : mesure transitoire

[165] Nous sommes certains de ceci : Ré:Sonne a droit à un tarif pour l'utilisation d'enregistrements sonores dans les cours de conditionnement; nous devons en homologuer un; nous n'avons aucune preuve utile concernant la valeur de ce tarif; et notre modèle de référence le plus logique et le plus évident, SOCAN 19, est inutilisable pour les raisons susmentionnées.

[166] Nous préconisons l'établissement d'une redevance fixe pour tous les utilisateurs. L'avantage d'une redevance fixe est qu'il est très facile de veiller au respect du tarif : si un centre de conditionnement utilise le répertoire de Ré:Sonne, il doit payer la redevance fixe.

[167] La redevance fixe présente un inconvénient manifeste : elle peut faire payer un montant excessif à certains utilisateurs et un montant insuffisant à d'autres. Mentionnons qu'en revanche, la redevance minimale établie par la Commission est toujours une redevance fixe. De plus, nous croyons que le présent tarif sera transitoire. Nous nous attendons à ce que Ré:Sonne présente une preuve plus complète la prochaine fois qu'elle se présentera devant la Commission, ce qui donnera à la formation la latitude nécessaire pour fixer un tarif de nature plus permanente. Néanmoins, le tarif que nous homologuons est juste dans les circonstances actuelles.

[168] Il nous reste à fixer la redevance fixe. En nous fondant sur les ententes mentionnées au paragraphe 146, nous calculons la moyenne des montants payés à la SOCAN. La Commission est parfois réticente à homologuer un tarif qui repose

however, in this case the agreements entered into by SOCAN are the best indication of the current state of affairs in the market. Without commenting on whether or not the agreements are fair, we note that they are a fact of life for industry participants.

[169] The average obtained from the agreements we use is \$288.90.³⁴ We adjust this figure for Re:Sound's repertoire share, 36.6 per cent, and obtain the flat fee, \$105.74. We certify Re:Sound Tariff 6.B as a flat fee of \$105.74 per venue using recorded music in fitness classes. This is in addition to the royalties payable under Re:Sound 3 for the use of background music in workout areas.

[170] We note that some centres, particularly those paying the minimum fee of \$64 to SOCAN, will pay more to Re:Sound than to SOCAN. We also note that some large users may pay more for their use of background music than for foreground music. We consider both of these situations somewhat problematic, but the tariff we certify is the best we can do under the circumstances.

[171] A tariff requiring payment to Re:Sound to use its sound recordings in excess of the required payments to SOCAN to use the musical works fixed in the same sound recordings is not *per se* unfair. This can emerge naturally if Re:Sound proposes a higher rate than SOCAN collects at the time and presents strong economic evidence to support its position. In such a situation, a tariff that prevented users from paying more to Re:Sound than to SOCAN would be unfair to Re:Sound's rights holders.

sur des ententes, mais, en l'espèce, les ententes conclues par la SOCAN sont la meilleure indication de la situation actuelle sur le marché. Sans nous prononcer sur le caractère équitable des ententes, nous estimons qu'elles représentent une réalité pour les intervenants de l'industrie.

[169] La moyenne obtenue en vertu des ententes que nous retenons est de 288,90 \$.³⁴ Nous ajustons ce résultat en fonction de la part du répertoire de Ré:Sonne, soit 36,6 pour cent, et obtenons une redevance fixe de 105,74 \$. Nous homologuons, au titre du tarif 6.B de Ré:Sonne, une redevance fixe de 105,74 \$ par établissement pour l'utilisation de musique enregistrée pour les cours de conditionnement. Ce montant s'ajoute aux redevances exigibles en vertu de Ré:Sonne 3 pour l'utilisation de musique de fond dans les aires d'entraînement.

[170] Nous remarquons que certains centres, particulièrement ceux payant la redevance minimale de 64 \$ à la SOCAN, paieront plus à Ré:Sonne qu'à la SOCAN. Nous remarquons également que certains grands utilisateurs pourraient payer davantage pour l'utilisation de musique de fond que pour l'utilisation de musique de premier plan. Nous considérons que ces deux situations sont problématiques, mais le tarif que nous homologuons est le plus juste dans les circonstances.

[171] L'homologation d'un tarif exigeant un paiement pour l'utilisation des enregistrements sonores faisant partie du répertoire de Ré:Sonne qui excède le paiement exigé par la SOCAN pour l'utilisation des œuvres musicales composant les mêmes enregistrements sonores n'est pas injuste en soi. Cela peut se produire si Ré:Sonne propose un taux plus élevé que ce que perçoit la SOCAN à ce moment et qu'elle présente des éléments de preuve économique solides pour étayer sa position. Dans une telle situation, un tarif homologué qui empêcherait les utilisateurs de payer plus à Ré:Sonne qu'à la SOCAN serait injuste pour les titulaires de droits de Ré:Sonne.

[172] We note that our decision comes after a lengthy and difficult process made no easier by the lack of reliable and relevant evidence. Our preference is to set tariffs based on strong economic evidence presented by the parties. In this case we were not able to do so. As stated above, in our opinion the 2008-2012 tariff for fitness classes is transitional. The next time we examine Re:Sound Tariff 6.B, it would be preferable to also have SOCAN 19 before us. We would then be able to consider all of the relevant economic evidence and set both of these tariffs simultaneously.

5. Dance Instruction, Skating and Other Physical Activities

[173] The proposed tariff targets other forms of physical activity than fitness. However, little or no attention was paid to anything else during the proceedings. To set royalties for skating, dance instruction and other physical activities, we use the best information available to us.

[174] For the reasons already stated at paragraphs 165 and 166, we set the royalties for dance instruction in the same way we set the royalties for fitness classes.

[175] According to the agreements we mentioned in paragraph 146, the royalties paid for dance instruction are essentially the minimum set out in SOCAN 19. This is what we use as starting point. Adjusting the SOCAN 19 minimum of \$64.00 to Re:Sound's repertoire share of 36.6 per cent yields \$23.42. This is what we certify as the flat yearly fee, per venue, for dance instruction. This rate will also apply to all other physical activities targeted in the tariff for which no specific rate is set: given the complete absence of evidence as to

[172] Mentionnons que notre décision a été prise à la suite d'un processus long et ardu qui a été rendu encore plus difficile en raison du manque de preuve fiable et pertinente. Nous préférons de loin fixer des tarifs en fonction de preuves économiques solides présentées par les parties. Dans la présente affaire, nous n'avons pas été en mesure de le faire. Tel que mentionné précédemment, le tarif 2008-2012 pour les cours de conditionnement est transitoire. La prochaine fois que nous examinerons le tarif 6.B de Ré:Sonne, il serait préférable d'avoir devant nous SOCAN 19 en même temps. Nous serions alors en mesure d'examiner tous les éléments de preuve économiques pertinents et de fixer ces tarifs simultanément.

5. Enseignement de danse, patinage et autres formes d'activité physique

[173] Le projet de tarif vise d'autres formes d'activité physique que le conditionnement physique. Toutefois, on s'est peu ou pas penché sur autre chose durant l'audience. Pour établir les redevances pour le patinage, l'enseignement de danse et autres formes d'activité physique, nous utilisons les meilleures données dont nous disposons.

[174] Pour les motifs déjà exprimés aux paragraphes 165 et 166, nous établissons les redevances pour l'enseignement de danse de la même façon que pour les cours de conditionnement physique.

[175] Les ententes mentionnées au paragraphe 146 confirment que pour l'essentiel, les redevances versées pour l'enseignement de danse sont le minimum que prévoit SOCAN 19. C'est ce que nous utilisons comme point de départ. En ajustant 64 \$ (le minimum de SOCAN 19) pour refléter la part de repertoire de Ré:Sonne (36,6 pour cent), on obtient 23,42 \$. C'est le montant que nous homologuons comme redevance annuelle forfaitaire par établissement pour l'enseignement de danse. Cette redevance s'appliquera aussi aux

the music uses that may occur in these instances, we conclude that their value is minimal.

[176] SOCAN Tariff 7 targets skating, nothing else. The Board has found repeatedly that, absent any evidence to the contrary and all other things being equal, a sound recording should trigger the same royalties as a musical work. We agree: consequently, SOCAN Tariff 7 is a suitable proxy for setting the Re:Sound royalties for skating activities. The royalties in SOCAN tariff 7 are 1.2 per cent of gross receipts from admissions, exclusive of sales and amusement taxes, subject to a minimum annual fee of \$104.31. An adjustment to reflect Re:Sound's repertoire share of 36.6 per cent yields a rate of 0.44 per cent and a minimum of \$38.18. These are the royalties we certify.

[177] The tariff expressly provides that background uses of recorded music are subject to Re:Sound 3 only with respect to fitness centres. We know that background music is played in these centres; we have no reason to believe that this occurs in other fitness venues. We leave it to Re:Sound to provide the required evidence when either this tariff or Re:Sound 3 is under review.

[178] To the extent possible, the Board tries to include an estimate of the quantum of royalties for its tariffs. In the present case, however, we would need to make too many assumptions, and would only be able to arrive at a fairly inaccurate estimate. We prefer to refrain from providing such an estimate.

autres activités physiques assujetties au tarif et pour lesquelles nous n'avons pas prévu d'autre taux : vu l'absence complète de preuve sur les utilisations de musique dans le cadre de ces activités, nous concluons que la valeur de ces utilisations est minimale.

[176] Le tarif 7 de la SOCAN vise le patinage, rien de plus. La Commission a maintes fois conclu qu'en l'absence de preuve à l'effet contraire et toutes choses égales par ailleurs, un enregistrement sonore devrait générer les mêmes redevances qu'une œuvre musicale. Nous sommes d'accord : le tarif 7 de la SOCAN convient donc comme prix de référence pour établir les redevances de Ré:Sonne pour les activités de patinage. Les redevances établies dans le tarif 7 de la SOCAN sont de 1,2 pour cent des recettes brutes d'entrée à l'exclusion des taxes de vente et d'amusement, sous réserve d'une redevance annuelle minimale de 104,31 \$. En ajustant ces taux pour refléter la part de répertoire de Ré:Sonne (36,6 pour cent), on obtient un taux de 0,44 pour cent et un minimum de 38,18 \$. Ce sont les redevances que nous homologuons.

[177] Le tarif stipule expressément que l'utilisation d'enregistrements sonores comme musique de fond est assujettie à Ré:Sonne 3 uniquement à l'égard des centres de conditionnement. Nous savons qu'on joue de la musique de fond dans ces centres de conditionnement; rien ne nous porte à croire qu'on utilise ce genre de musique dans les autres établissements où se pratique l'activité physique. Il reviendra à Ré:Sonne de fournir de la preuve à cet effet lorsque le présent tarif ou Ré:Sonne 3 feront l'objet d'un nouvel examen.

[178] Dans la mesure du possible, la Commission essaie de fournir une estimation des redevances totales générées par ses tarifs. Dans la présente instance toutefois, il nous faudrait faire un trop grand nombre d'hypothèses, et qui ne nous permettraient de fournir qu'une estimation très imprécise. Nous préférons nous en abstenir.

VI. TARIFF WORDING

[179] The content of the tariff is largely explained above. Only two comments on its wording are warranted.

[180] Paragraph 3(2)(a) provides that fitness centres that pay royalties pursuant to Re:Sound 3 will file a single report and pay all royalties at the same date, thereby reducing somewhat the administrative burden of the tariff.

[181] Paragraph 8(2)(a) allows Re:Sound to share information received pursuant to the tariff with SOCAN in connection with the collection of royalties or the enforcement of a tariff. The reasons for this are found in a recent decision of the Board.³⁵ There is no need to repeat them here.

[182] Otherwise, the wording reflects boilerplate accounting and reporting provisions found in other Re:Sound tariff.

VII. TRANSITIONAL PROVISIONS

[183] The tariff contains transitional provisions made necessary because the tariff takes effect on January 1, 2008, while it is being certified much later.

[184] A table sets out multiplying interest factors to be used on sums retroactively owed in a given year or quarter. As we explained recently:

[131] In our opinion, the practice of using interest factors should be generalized. This tariff is being certified more than four years after it takes effect. It increases the royalties payable. Collectives cannot distribute funds they have not collected. Rights holders cannot spend or invest royalties they have not received. These are opportunity costs; their

VI. LIBELLÉ DU TARIF

[179] L'essentiel de ce que contient le tarif a déjà été expliqué. Deux commentaires sur le libellé nous semblent nécessaires.

[180] L'alinéa 3(2)a prévoit que le centre de conditionnement qui verse des redevances conformément à Ré:Sonne 3 dépose un seul rapport et paie toutes ses redevances en même temps, ce qui réduit un peu le fardeau administratif du tarif.

[181] L'alinéa 8(2)a permet à Ré:Sonne de partager les renseignements qui lui sont transmis en application du tarif avec la SOCAN, à des fins de perception de redevances et d'application d'un tarif. Les raisons qui motivent cette mesure se trouvent dans une décision récente de la Commission.³⁵ Il n'est pas nécessaire de les reprendre ici.

[182] Sinon, le libellé reprend les exigences habituelles de tenue de livres et de rapport qu'on retrouve dans d'autres tarifs de Ré:Sonne.

VII. DISPOSITIONS TRANSITOIRES

[183] Le tarif contient certaines dispositions transitoires qui sont nécessaires parce que le tarif prend effet le 1^{er} janvier 2008 bien qu'il soit homologué beaucoup plus tard.

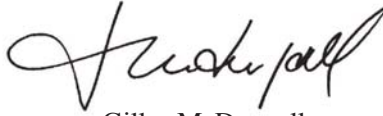
[184] Un tableau fournit les facteurs d'intérêt multiplicatifs qui seront appliqués aux sommes dues rétroactivement à l'égard d'une année ou d'un trimestre. Comme nous l'avons expliqué récemment :

[131] À notre avis, il faut étendre l'utilisation des facteurs d'intérêts. Le présent tarif prend effet plus de quatre années avant qu'il soit homologué. Il augmente les redevances. Une société de gestion ne peut répartir les sommes qu'elle n'a pas perçues. Un titulaire de droits ne peut dépenser ou investir les redevances qu'il n'a pas reçues. Il s'agit de coûts

loss must be accounted for. This reasoning applies equally to tariffs of first impression and to variations to existing tariffs.³⁶

d'opportunité; leur perte doit être prise en compte. Cette logique est tout autant applicable au changement apporté à un tarif existant qu'à un tarif inédit.³⁶

Le secrétaire général,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gilles McDougall', written in a cursive style.

Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. R.S.C. 1985, c. C-42.
2. Re:Sound was previously the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC).
3. *Re:Sound Tariff 6.A - Use of Recorded Music to Accompany Dance, 2008-2012* (15 July 2011) Copyright Board [Decision](#). [*Re:Sound 6.A (2011)*]
4. Apparently, Dr. McHale developed his equations with only membership revenues in mind: see Exhibit Re:Sound-6 at para. 24. The report's conclusion, however, is that: "the preferred estimate of the equitable tariff [...] is 16 percent of their total revenue": *ibid.* at para. 68. This variation is of no consequence, as will become clear.
5. Les Mills' operations are in New Zealand. Subsection 21(3) of the New Zealand **Copyright Act 1994 No 143**, provides that the person who commissions the making of sound recording is the first owner of any copyright in the recording.
6. Essentially, the Canadian *Act* applies to works originating from a country that is a party to the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* and to sound recordings originating from a country that is a party to the *Rome International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations*. Several countries that are parties to the Berne Convention are not parties to the Rome Convention, most notably the United States.

NOTES

1. L.R.C. 1985, ch. C-42.
2. Auparavant la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV).
3. *Ré:Sonne - Tarif 6.A (Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités de danse) pour les années 2008 à 2012* (15 juillet 2011) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur. [*Ré:Sonne 6.A (2011)*]
4. Apparemment, M. McHale n'a tenu compte que des revenus d'abonnement dans ses équations (voir la pièce Re:Sound-6, par. 24). Pourtant, sa conclusion est la suivante : [TRADUCTION] « l'estimation privilégiée du tarif équitable [...] correspond à 16 pour cent du revenu total » (*ibid.*, par. 68). Cette variation n'a aucune conséquence, comme nous le verrons plus loin.
5. Les Mills exerce ses activités en Nouvelle-Zélande. Le paragraphe 21(3) de la loi néo-zélandaise sur le droit d'auteur (**Copyright Act 1994 No 143**) stipule qu'une personne qui commande la production d'un enregistrement sonore est le premier titulaire des droits sur cet enregistrement.
6. Essentiellement, la *Loi* canadienne s'applique aux œuvres provenant d'un pays partie à la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* et aux enregistrements sonores provenant d'un pays partie à la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, conclue à Rome. Plusieurs signataires de la Convention de Berne ne sont pas partie à la Convention de Rome, notamment les États-Unis.

7. *NRCC - Tariff I.A (Commercial Radio) for the Years 1998 to 2002* (13 August 1999) Copyright Board [Decision](#) at 17.
 8. S.C. 1997, c. 24.
 9. Exhibit Re:Sound-80 at para. 29.
 10. A sound recording joins the public domain fifty years after the year during which it was fixed: *Act*, ss. 23(1)(b), 23(2).
 11. Titles that are found twice are counted twice, just as titles played multiple times on radio would be counted multiple times.
 12. Thus, we do not agree with Dr. Hanemann that non-use values are necessarily zero in this case: Exhibit GL/FIC-13, at para. 68.
 13. Under certain circumstances, the deliberate introduction of bias may be justified. This is not one of them.
 14. For the original proof, see: J. L. W. V. Jensen (1905), "Sur les fonctions convexes et les inégalités entre les valeurs moyennes", *Acta Mathematica*, Vol. 30 at pp. 175-93.
 15. Exhibit GL/FIC-16 at paras. 54-8. Ramsey pricing is a method of setting prices for a monopolist that produces multiple goods. Collective societies can be treated as monopolists in the SOCAN regime, and the subject matter of each tariff may be said to be a separate good.
 16. The Ramsey problem is the technical term used for the maximization of social welfare whose solution is the set of Ramsey prices.
7. *SCGDV - Tarif I.A (Radio commerciale) pour les années 1998 à 2002* (13 août 1999) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur à la p. 17.
 8. L.C. 1997, ch. 24.
 9. Pièce Re:Sound-80, para. 29.
 10. L'enregistrement sonore rejoint le domaine public cinquante ans après la fin de l'année de sa fixation : *Loi*, aa. 23(1)b) et 23(2).
 11. Les pistes trouvées deux fois sont comptées deux fois, comme les pistes diffusées plusieurs fois à la radio sont comptées plusieurs fois.
 12. Par conséquent, nous ne sommes pas d'accord avec M. Hanemann pour dire que les caractéristiques non utilisées ne valent nécessairement rien : Pièce GL/FIC-13, para. 68.
 13. Dans certaines circonstances, il peut être justifié d'introduire délibérément un biais. Ce n'est pas le cas ici.
 14. J. L. W. V. Jensen, 1905, « Sur les fonctions convexes et les inégalités entre les valeurs moyennes », *Acta Mathematica*, vol. 30 aux pp. 175-193.
 15. Pièce GL/FIC-16, para. 54-8. La tarification de Ramsey est une méthode de fixation des prix pour un monopoleur qui fabrique plusieurs produits. Il est raisonnable de traiter les sociétés de gestion assujetties au régime SOCAN comme des monopoleurs et l'objet de chaque tarif comme un produit distinct.
 16. Le problème de Ramsey est un terme technique utilisé pour la maximisation du bien-être collectif dont la solution est la tarification de Ramsey.

17. For example, the Board has to date valued all retransmission viewing equally, irrespective of viewers' purchasing power, which explains why, in the United States, retransmission viewing of sports attracts per-viewer royalties that are many times more than retransmission viewing of children's programming: see *Retransmission of Distant Radio and Television Signals, in Canada, for the Years 1998, 1999 and 2000* (25 February 2000) Copyright Board [decision](#) at 22.
 18. We suspect it is low: *Satellite Radio Services Tariff (SOCAN: 2005-2009; NRCC: 2007-2010; CSI: 2006-2009)* (8 April 2009) Copyright Board [Decision](#) at fn. 58.
 19. Gary Parsons, Chairman of the Board of Directors, XM Satellite Radio Inc., testified that the recording capability of portable satellite radio devices allows subscribers "to enjoy XM even when they cannot receive a satellite signal, such as at the gym [...]": Subcommittee on Commerce, Trade, and Consumer Protection, Committee on Energy and Commerce, U.S. House of Representatives, May 3, 2006.
 20. GL/FIC Binders 3 and 4, Tab 5, filename: Excel File.xls.
 21. *SOCAN - Tariff 16 (Background Music Suppliers) for the Years 2007 to 2009* (19 June 2009) Copyright Board [Decision](#) at para. 24.
 22. *NRCC Tariff 3 (Use and Supply of Background Music) for the Years*
17. Par exemple, à ce jour, la Commission a accordé une valeur égale à toute écoute d'un signal éloigné de télévision, quel que soit le pouvoir d'achat des spectateurs, ce qui explique pourquoi, aux États-Unis, les redevances par téléspectateur sont beaucoup plus élevées pour la retransmission des émissions de sports que pour la retransmission des émissions pour enfants : *Retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, au Canada, pour les années 1998, 1999 et 2000* (25 février 2000) [décision](#) de la Commission à la p. 22.
 18. Nous supposons que ce taux est faible : *Tarif pour les services de radio par satellite (SOCAN : 2005-2009; SCGDV : 2007-2010; CSI : 2006-2009)* (8 avril 2009) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur, note de bas de page n° 58.
 19. Gary Parsons, président du conseil d'administration de XM Satellite Radio Inc., a témoigné que les abonnés peuvent enregistrer de la programmation avec leur dispositif portatif de radio par satellite et [TRADUCTION] « profiter ainsi de XM même s'ils ne reçoivent pas de signal satellite, comme lorsqu'ils sont au centre de conditionnement physique [...] ». (Sous-comité, *Commerce, Trade, and Consumer Protection* du *Committee on Energy and Commerce* de la Chambre des représentants des États-Unis, 3 mai 2006.)
 20. Cartables GL/FIC n^{os} 3 et 4, onglet n^o 5, nom de fichier « Excel File.xls ».
 21. *SOCAN - Tarif 16 (Fournisseurs de musique de fond) pour les années 2007 à 2009* (19 juin 2009) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur au para. 24.
 22. *SCGDV - Tarif 3 (Utilisation et distribution de musique de fond) pour les*

2003-2009 (20 October 2006) Copyright Board [Decision](#) at para. 79.

années 2003 à 2009 (20 octobre 2006) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur au para. 79.

23. Exhibit Re:Sound-1, at para. 74.
 24. Since beginning its consideration of Re:Sound Tariff 6.B, the Board has received 2009 data from SOCAN relating to Tariff 19. However, since the questions posed to SOCAN used 2007 figures, it is more consistent to retain those figures in this decision and we do not adjust, accordingly.
 25. SOCAN explained that payments that appear to be less than the minimum fee take into account credits on the licensees account, as well as partial payments. This is hardly sufficient to explain a difference of this magnitude.
 26. Exhibit Re:Sound-1 at fn. 38.
 27. *Ibid.* at para. 101.
 28. Response of SOCAN, July 26, 2011 at 1.
 29. Phonographic Performance Corporation of Australia (ACN 000680 704) under section 154(1) of the *Copyright Act 1968*, [2010] AcopyT 1.
 30. *Fitness Australia Ltd v. Copyright Tribunal*, [2010] FCAFC 148.
 31. *Re:Sound 6.A (2011)*, *Supra* note 3.
 32. *SOCAN - Tariffs 22.B to 22.G (1996-2006) Internet - Other Uses of Music* (24 October 2008) Copyright Board [Decision](#) at paras. 112-117.
23. Pièce Re:Sound-1, para. 74.
 24. Depuis qu'elle a commencé à examiner le tarif 6.B de Ré:Sonne, la Commission a reçu des données de 2009 de la SOCAN portant sur le tarif 19. Toutefois, étant donné que les questions posées à la SOCAN s'appuyaient sur les données de 2007, il est plus pertinent d'utiliser ces dernières dans la présente décision; nous ne les ajustons donc pas.
 25. La SOCAN a expliqué que les paiements qui semblent moindres que la redevance minimale tiennent compte des crédits sur les comptes des titulaires de licence, ainsi que des paiements partiels. Cette explication n'est guère suffisante pour justifier une telle différence.
 26. Pièce Re:Sound-1, note de bas de page n° 38.
 27. *Ibid.* au para. 101.
 28. Réponse de la SOCAN, 26 juillet 2011 à la p. 1.
 29. *Phonographic Performance Corporation of Australia* (ACN 000680 704) under section 154(1) of the *Copyright Act 1968*, [2010] AcopyT 1.
 30. *Fitness Australia Ltd c. Copyright Tribunal*, [2010] FCAFC 148.
 31. *Ré:Sonne 6.A (2011)*, *supra* note 3.
 32. *SOCAN - Tarifs 22.B à 22.G (Internet - Autres utilisations de musique) pour les années 1996 à 2006* (24 octobre 2008) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur aux paras. 112-117.

- | | |
|---|---|
| 33. <i>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada</i> , 2010 FCA 139 at paras. 25-30. | 33. <i>Société canadienne des auteurs compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada</i> , 2010 CAF 139 aux paras. 25-30. |
| 34. Since the agreements are confidential, we provided our calculations to the parties in a separate, confidential addendum. | 34. Comme les ententes sont confidentielles, nous avons fourni nos calculs aux parties dans un addenda distinct et confidentiel. |
| 35. <i>Re:Sound Tariff 5 - Use of Music to Accompany Live Events (Parts A to G)</i> , 2008-2012 (25 May 2012) Copyright Board Decision at paras. 36-52. | 35. <i>Tarif 5 de Ré:Sonne - Utilisation de musique pour accompagner des événements en direct (Parties A à G)</i> , 2008-2012 (25 mai 2012) décision de la Commission du droit d'auteur aux paras. 36-52. |
| 36. <i>SOCAN-Re:Sound CBC Radio Tariff, 2006-2011</i> (8 July 2011) Copyright Board Decision . | 36. <i>Tarif SOCAN-Ré:Sonne à l'égard de la radio de la SRC, 2006-2011</i> (8 juillet 2011) décision de la Commission du droit d'auteur. |