

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

**Collective Administration of Performing
Rights and of Communication Rights**

**Gestion collective du droit d'exécution et du
droit de communication**

Copyright Act, section 66.51

Loi sur le droit d'auteur, article 66.51

File: Public Performance of Musical Works

Dossier : Exécution publique d'œuvres musicales

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED FOR THE PERFORMANCE IN
PUBLIC OR THE COMMUNICATION TO
THE PUBLIC BY TELECOMMUNICATION,
IN CANADA, OF MUSICAL WORKS

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR
POUR L'EXÉCUTION EN PUBLIC OU LA
COMMUNICATION AU PUBLIC PAR
TÉLÉCOMMUNICATION, AU CANADA,
D'ŒUVRES MUSICALES

[SOCAN Tariffs 22.4 (2007-2008) and 22.D
(2009-2011) - Audiovisual Webcasts;
SOCAN Tariffs 22.7 (2007-2008) and 22.G
(2009-2011) - Audiovisual User-Generated
Content]

[Tarifs 22.4 (2007-2008) et 22.D (2009-2011) de
la SOCAN - Diffusions Web audiovisuelles;
Tarifs 22.7 (2007-2008) et 22.G (2009-2011) de la
SOCAN - Contenu audiovisuel généré par
utilisateurs]

(Application for Interim Tariff)

(Demande de tarif provisoire)

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mrs. Jacinthe Théberge

M. le juge William J. Vancise
M^e Claude Majeau
M^e Jacinthe Théberge

Date of the Decision

Date de la décision

February 17, 2012

Le 17 février 2012

Ottawa, February 17, 2012

Ottawa, le 17 février 2012

File: Public Performance of Musical Works

Dossier : Exécution publique d'œuvres musicales

Reasons for the Decision

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) has filed proposed tariffs for the use of its repertoire in audiovisual webcasts and user-generated content transmitted over the Internet. Tariff 22.D¹ targets the use of musical works included in movies and television programs. Tariff 22.G² targets the use of musical works in user-generated content.

[1] La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé un projet de tarifs pour l'utilisation de son répertoire dans les diffusions Web audiovisuelles et le contenu généré par utilisateurs transmis sur Internet. Le tarif 22.D¹ vise l'utilisation d'œuvres musicales incorporées dans des films et des émissions de télévision. Le tarif 22.G² vise l'utilisation d'œuvres musicales dans le contenu généré par utilisateurs.

[2] The Board has consolidated the examination of these proposed tariffs. A hearing is set to begin on June 19, 2012.

[2] La Commission a regroupé l'examen de ces projets de tarifs. L'audience doit commencer le 19 juin 2012.

[3] On June 13, 2011, SOCAN applied pursuant to section 66.51 of the *Copyright Act*³ (the "Act"), for an interim tariff for the years 2007 to 2012 in connection with Tariffs 22.D and 22.G.

[3] Le 13 juin 2011, la SOCAN a demandé à la Commission, conformément à l'article 66.51 de la *Loi sur le droit d'auteur*³ (la « Loi »), d'adopter un tarif provisoire pour les années 2007 à 2012 relativement aux tarifs 22.D et 22.G.

[4] The interim tariff for audiovisual webcasts would be "payable by a site or service that communicates audiovisual programming similar to that of a broadcaster that is subject to Tariff 2.A (Commercial Television Stations) and Tariff 17 (Transmission of Pay, Specialty and Other Television Services by Distribution Undertakings) for each of the years 2007 to 2011."⁴ Generally speaking, the royalty rate would be set at 1.9 per cent of subscription or advertising revenues of the site or service.

[4] Le tarif provisoire applicable aux webdiffusions audiovisuelles serait [TRADUCTION] « payable par un site ou un service qui communique une programmation audiovisuelle semblable à celle d'un radiodiffuseur assujéti au tarif 2.A (Stations de télévision commerciales) ou 17 (Transmission de services de télévision payante, services spécialisés et autres services de télévision par des entreprises de distribution) pour chacune des années 2007 à 2011 ». ⁴ En règle générale, le taux de redevance serait établi à 1,9 pour cent des revenus publicitaires et d'abonnement du site ou du service.

[5] The interim tariff for user-generated content would be "payable by a user-generated content site, including but not limited to, YouTube, Facebook, MySpace and Vimeo, for each of the years 2007 to 2012."⁵ The royalty rate would be set at 6.8 per cent in the case of music videos and at 1.9 per cent in the case of other audiovisual

[5] Le tarif provisoire applicable au contenu généré par utilisateurs serait [TRADUCTION] « payable par un site de contenu généré par utilisateurs, y compris YouTube, Facebook, MySpace et Vimeo, pour chacune des années 2007 à 2012 ». ⁵ Le taux de redevance serait établi à 6,8 pour cent dans le cas des vidéoclips et à 1,9 pour cent dans le cas de tout autre

content. These rates would apply against revenues from advertisements associated with the site's music videos and other audiovisual content.

[6] The facts upon which SOCAN relies can be summarised as follows. Audiovisual webcasting services and user-generated content sites use significant amounts of music, most or all of which is in the repertoire of SOCAN. These services and sites are immensely popular. The amount of content they offer is unprecedented. They generate vast amounts of revenues, some of which are heavily dependent on the use of protected music. No tariff is in place for these uses. SOCAN anticipates that the Board will not likely issue a decision on the matter until the beginning or middle of 2013.

[7] SOCAN argues that in the absence of a tariff, this lengthy delay causes an unfair prejudice to both its members and users. Rights holders are uncertain as to the royalty payments they can reasonably expect to collect; users do not know the extent of the liability for which they should accrue. It would be unfair and prejudicial to SOCAN and its members to allow large and sophisticated entities such as Netflix, Apple and YouTube to continue their significant use of its repertoire without the payment of any compensation whatsoever over such a long period of time.

[8] An interim decision would also fill a legal vacuum, a void SOCAN argues is the result of the Board's decision in *SOCAN 22.B-G*.⁶ In that decision, the Board refused to certify a tariff which would have applied to user-generated content sites. In addition, Tariff 22.D, as certified, targets audiovisual webcasts provided by commercial television broadcasters, pay and specialty television and other television services. It does not apply to services such as Netflix and Sony.

[9] The Services,⁷ Apple Inc., Cineplex Entertainment LP and YouTube (collectively "the Objectors") oppose SOCAN's application for an

contenu audiovisuel. Ces taux seraient appliqués au regard des revenus publicitaires afférents aux vidéoclips et à tout autre contenu audiovisuel du site.

[6] Les faits invoqués par la SOCAN peuvent être résumés comme suit. Les services de webdiffusion audiovisuelle et les sites de contenu généré par utilisateurs font usage d'une quantité appréciable de musique, laquelle provient en totalité ou presque du répertoire de la SOCAN. Ces services et ces sites sont très populaires. La quantité de contenu offert est sans précédent. Ils génèrent des recettes considérables, dont certaines sont largement attribuables à l'usage de musique protégée. Il n'y a aucun tarif homologué à cet égard. La SOCAN prévoit que la Commission ne rendra probablement pas de décision avant le début ou le milieu de l'année 2013.

[7] La SOCAN soutient qu'en l'absence de tarif, un délai aussi long cause un préjudice injuste à ses membres ainsi qu'aux utilisateurs. Les titulaires de droits ne sont pas certains des versements de redevances auxquels ils peuvent raisonnablement s'attendre; les utilisateurs ne connaissent pas l'étendue de leur obligation à cet égard. Il serait injuste et préjudiciable pour la SOCAN et ses membres de permettre à des entreprises de pointe de l'envergure de Netflix, Apple et YouTube de continuer à puiser autant dans son répertoire sans verser de compensation pendant une période aussi longue.

[8] Une décision provisoire servirait également à combler le vide juridique qui découle, selon la SOCAN, de la décision *SOCAN 22.B-G*.⁶ Dans cette décision, la Commission a refusé d'homologuer un tarif applicable aux sites de contenu généré par utilisateurs. De plus, le tarif 22.D, tel qu'homologué, s'applique aux webdiffusions audiovisuelles offertes par les télédiffuseurs commerciaux, les services de télévision payante et services spécialisés, et les autres services de télévision. Il ne s'applique pas aux services tels Netflix et Sony.

[9] Les Services,⁷ Apple Inc., Cineplex Entertainment LP et YouTube (collectivement « les opposantes ») contestent la demande de tarif

interim tariff.⁸ The Objectors generally argue that SOCAN has failed to comply with the test for granting interim relief. The prospective targets of tariffs 22.D and 22.G are for the most part well-known to SOCAN and can be assumed, absent evidence to the contrary, to have the resources to pay the final tariff once set.

[10] Moreover, there exists significant legal uncertainty regarding the Board's authority to certify all or part of the tariff. The Supreme Court of Canada has recently held proceedings to examine the issue of whether a download is a communication to the public by telecommunication. If it is not, then SOCAN's proposed tariffs cannot be applied in the manner proposed in the main application. This militates in favour of denial of the interim tariff.

[11] Finally, the Objectors argue that the interim tariff proposed by SOCAN is a use-based tariff, whereas the current certified tariffs are structured on a user-based model. It would be inappropriate to impose a use-based tariff now, without a full inquiry into whether such a change is warranted.

II. ANALYSIS

[12] The Board has, over the years, issued a number of interim decisions, reflecting the purpose of interim orders as articulated by the Supreme Court of Canada in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*.⁹ In that decision, Mr. Justice Gonthier speaking for the Court, stated:

Traditionally, such interim rate orders dealing in an interlocutory manner with issues which remain to be decided in a final decision are granted for the purpose of relieving the applicant from the deleterious effects caused by the length of the proceedings. Such decisions are made in an

provisoire de la SOCAN.⁸ Elles soutiennent, de façon générale, que la SOCAN n'a pas répondu au critère qui lui aurait permis d'obtenir une mesure provisoire. Les cibles éventuelles visées par les tarifs 22.D et 22.G sont pour la plupart bien connues de la SOCAN et on peut présumer, en l'absence d'une preuve contraire, qu'elles ont les ressources nécessaires pour payer le tarif final une fois qu'il aura été fixé.

[10] De plus, il existe une grande incertitude juridique quant au pouvoir de la Commission d'homologuer le tarif, en totalité ou en partie. La Cour suprême du Canada a récemment été saisie de la question de savoir si le téléchargement constitue une communication au public par télécommunication. Dans la négative, les tarifs proposés par la SOCAN ne pourraient pas s'appliquer de la façon proposée dans la demande principale. Cela favorise le rejet du tarif provisoire.

[11] Enfin, les opposantes font valoir que le tarif provisoire proposé par la SOCAN est fondé sur l'utilisation, alors que les tarifs homologués en vigueur sont élaborés selon un modèle visant les utilisateurs. Il ne conviendrait pas d'imposer maintenant un tarif fondé sur l'utilisation, sans déterminer véritablement si un tel changement est justifié.

II. ANALYSE

[12] Au fil des ans, la Commission a rendu plusieurs décisions provisoires répondant à l'objet des ordonnances provisoires énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*.⁹ S'exprimant au nom de la Cour, le juge Gonthier a dit ce qui suit :

Traditionnellement, les ordonnances tarifaires provisoires qui traitent de manière interlocutoire de questions devant faire l'objet d'une décision finale sont accordées pour éviter que le requérant ne subisse les effets néfastes de la longueur des procédures. Ces décisions sont prises rapidement à partir

expeditious manner on the basis of evidence which would often be insufficient for the purposes of the final decision. The fact that an order does not make any decision on the merits of an issue to be settled in a final decision and the fact that its purpose is to provide temporary relief against the deleterious effects of the duration of the proceedings are essential characteristics of an interim rate order.

[13] The Board has stated on a number of occasions that the best way to achieve the purposes of an interim decision is to maintain the *status quo* while preventing a legal vacuum.¹⁰

[14] While maintaining the *status quo* is not the only factor to be taken into account, it does remain an important consideration. One must look at the last tariff certified by the Board in order to determine the nature of the *status quo* in this instance. In this regard, Tariffs 22.D and 22.G do not provide for the payment of royalties for audiovisual webcasts¹¹ or for user-generated content. As a result, the fundamental issue that must be answered is whether we should grant an interim tariff which applies to audiovisual webcasts and user-generated content where no such tariff presently exists.

[15] Several reasons militate against such a departure. First, SOCAN proposes that its interim tariff target uses, whereas the currently certified tariffs are user-based. In *SOCAN 22.B-G*, the Board held that a user-based structure was more easily adaptable to the constantly evolving Internet environment. In addition, the Board determined that at that time, it was difficult to match the uses that SOCAN described to what actually occurs over the Internet, which favoured a user-based tariff. SOCAN may well lead evidence to convince the Board that the future tariff should be structured in the manner that it proposes. Until then, absent any evidence to the contrary, there is no reason to depart from the existing tariff structure.

d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale. Le fait qu'une ordonnance ne porte pas sur le fond d'une question devant être traitée dans une décision finale et le fait qu'elle ait pour objet d'accorder un redressement temporaire contre les effets néfastes de la longueur des procédures constituent des caractéristiques fondamentales d'une ordonnance tarifaire provisoire.

[13] La Commission a dit à plusieurs reprises que la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique.¹⁰

[14] Bien que le maintien du *statu quo* ne soit pas le seul facteur à prendre en compte, il demeure un élément important. Pour déterminer la nature du *statu quo* en l'espèce, il faut examiner le dernier tarif homologué par la Commission. À cet égard, les tarifs 22.D et 22.G ne prévoient pas le paiement de redevances pour les diffusions Web audiovisuelles,¹¹ ni pour le contenu généré par utilisateurs. Par conséquent, la question fondamentale est de savoir si nous devons consentir à un tarif provisoire qui s'applique aux diffusions Web audiovisuelles et au contenu généré par utilisateurs lorsqu'un tel tarif n'existe pas actuellement.

[15] Plusieurs raisons militent contre un tel changement. Premièrement, la SOCAN propose que son tarif provisoire vise les utilisations, alors que les tarifs homologués actuels visent les utilisateurs. Dans la décision *SOCAN 22.B-G*, la Commission a conclu qu'un modèle visant les utilisateurs pouvait s'adapter plus facilement à l'évolution constante de l'environnement Internet. De plus, la Commission a déterminé qu'à cette époque, il était difficile de mettre en rapport les utilisations définies par la SOCAN avec ce qui se passe réellement sur Internet, ce qui favorisait un tarif visant les utilisateurs. La SOCAN pourrait bien produire une preuve afin de convaincre la Commission que le futur tarif devrait être structuré comme elle le propose. Jusque-là, en l'absence d'une preuve contraire, rien ne justifie de s'écarter du modèle de tarif existant.

[16] Second, the proposed interim tariff specifically targets the sites and services that provide user-generated content. In contrast, the proposed Tariff 22.D seeks to collect royalties *for* communications of musical works originating from such sites and services, without identifying the payers. To adopt in an interim tariff a structure that significantly departs from SOCAN's proposed final tariff makes no sense, particularly in light of the fact that there is an ongoing debate as to who are the proper payers of the tariff. In this respect, some Objectors will no doubt rely on paragraph 2.4(1)(b) of the *Act*, to argue that since they only provide the means of telecommunication necessary for another person to communicate, they are not themselves engaged in that communication.

[17] Third, SOCAN has generally suggested interim rates of 1.9 per cent of the revenues of the sites or services. SOCAN arrives at this rate by drawing parallels with other certified tariffs such as Tariffs 22.A, 2.A and 17. Other than these references, SOCAN has provided no economic rationale for the rates that it has proposed. The Board has previously stated that it would tend to ask for evidence if an interim tariff application seeks to modify the *status quo*. As SOCAN seeks to modify the *status quo*, it would be difficult, if not impossible, to establish a rate, even an interim one, in the absence of any evidence regarding the value of these uses.

[18] Fourth, there are a number of other issues that will undoubtedly arise in the context of the main application that militate against an interim decision. For instance, is SOCAN entitled to a tariff? If so, who should pay it? What is the appropriate rate base? These issues are complex and go to the fundamental structure of any tariff, interim or final. They cannot be addressed without some evidentiary basis. As such, these issues are best addressed in the context of the main application, not in an application for an interim tariff.

[16] Deuxièmement, le tarif provisoire proposé vise nommément les sites et les services qui offrent un contenu généré par utilisateurs. En revanche, le projet de tarif 22.D cherche à percevoir des redevances *relatives à la* communication d'œuvres musicales à partir de ces sites et services, sans identifier les payeurs. Il n'est pas logique d'adopter, dans le cadre d'un tarif provisoire, un modèle qui s'écarte considérablement du tarif final proposé par la SOCAN, surtout que le débat subsiste toujours quant à savoir qui devrait être assujéti à ce tarif. À cet égard, il ne fait aucun doute que certains opposants se fonderont sur l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi* pour faire valoir que, puisqu'ils ne font que fournir à un tiers le moyen de télécommunication nécessaire pour que celui-ci effectue une communication au public, ils n'effectuent pas eux-mêmes cette communication.

[17] Troisièmement, la SOCAN a généralement proposé un taux provisoire de 1,9 pour cent des revenus des sites ou des services. La SOCAN est arrivée à ce taux en établissant des parallèles avec d'autres tarifs homologués comme les tarifs 22.A, 2.A et 17. Autrement, la SOCAN n'a fourni aucune justification économique pour le taux proposé. La Commission a déjà précisé qu'elle pourrait demander des éléments de preuve si un tarif provisoire vise à faire modifier le *statu quo*. Puisque la SOCAN cherche à faire modifier le *statu quo*, il serait difficile, voire impossible, d'établir un taux, même provisoire, en l'absence d'éléments de preuve concernant la valeur de ces utilisations.

[18] Quatrièmement, plusieurs autres questions, lesquelles seront sans aucun doute soulevées dans le cadre de la demande principale, militent contre une décision provisoire. Par exemple, la SOCAN a-t-elle droit à un tarif? Dans l'affirmative, qui devrait le payer? Quelle est l'assiette tarifaire adéquate? Il s'agit de questions complexes qui touchent à la structure fondamentale de tout tarif, provisoire ou final. Il est impossible d'y répondre sans un quelconque fondement probatoire. Par conséquent, il est préférable de le faire dans le cadre de la demande principale, non dans le cadre d'une demande de tarif provisoire.

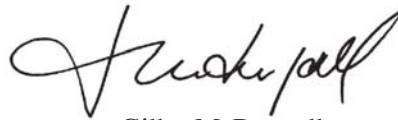
[19] Finally, largely for the reasons advanced by the Objectors, we conclude that there are no deleterious effects that cannot be remedied through the issuance of the final tariff. For one thing, the delay at issue runs from 2007 to 2012 and the matter will proceed in a few months. In the event that SOCAN makes its case and that a tariff is certified in accordance with the terms it proposed, SOCAN will receive the quantum of royalties to which its members are entitled on a retroactive basis.

[19] Finalement, en grande partie pour les motifs invoqués par les opposantes, nous concluons qu'il n'existe pas d'effets nuisibles auxquels il ne peut être remédié par la fixation du tarif final. Tout d'abord, la période en cause s'étend de 2007 à 2012 et l'affaire sera instruite dans quelques mois. Si la SOCAN établit le bien-fondé de sa demande et que le tarif est homologué suivant les modalités qu'elle propose, elle recevra rétroactivement les redevances auxquelles ont droit ses membres.

[20] The application for an interim tariff is denied.

[20] La demande de tarif provisoire est rejetée.

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. Labelled 22.4 for 2007 and 2008.
2. Labelled 22.7 for 2007 and 2008.
3. R.S.C. 1985, c. C-42.
4. *Application by SOCAN for an interim tariff for internet uses of music covered by SOCAN proposed tariffs 22.D and 22.G for the years 2007-2012*, 13 June 2011, at 11. In its application, SOCAN wrote that the interim tariff for audiovisual webcasts was being payable for the years 2007 to 2011. It should rather have been for the years 2007 to 2012.
5. *Ibid* at 13.
6. *SOCAN Tariffs 22.B to 22.G, Internet – Other Uses of Music, 1996-2006* ([24 October 2008](#)) Copyright Board Decision. [SOCAN 22.B-G]
7. The Services Coalition is comprised of Rogers Communications Inc., Telus Communications Company, Shaw Communications Inc, Quebecor Media inc. and Yahoo! Canada.
8. The Canadian Broadcasting Corporation filed a reply, advising the Board that it would not be submitting comments in response to SOCAN's request.
9. *Bell Canada v. Canada (CRTC)*, [1989] 1 S.C.R. 1722 at 1754.
10. *SODRAC v. MusiquePlus inc.* ([22 November 1999](#)) Copyright Board Decision; *SODRAC v. Les chaînes Télé Astral and Teletoon Inc.* ([14 December 2009](#)) Copyright Board

NOTES

1. Désigné comme tarif 22.4 pour 2007 et 2008.
2. Désigné comme tarif 22.7 pour 2007 et 2008.
3. L.R.C. 1985, ch. C-42.
4. *Demande présentée par la SOCAN en vue de la fixation d'un tarif provisoire pour les utilisations Internet de musique assujetties aux tarifs proposés 22.D et 22.G pour les années 2007 à 2012*, 13 juin 2011, à la p. 11. Dans sa demande, la SOCAN a écrit que le tarif provisoire applicable aux diffusions Web audiovisuelles était payable pour les années 2007 à 2011. Elle aurait plutôt dû indiquer les années 2007 à 2012.
5. *Ibid* à la p. 13.
6. *Tarifs 22.B à 22.G de la SOCAN, Internet – Autres utilisations de musique, 1996-2006* ([24 octobre 2008](#)) Décision de la Commission du droit d'auteur. [SOCAN 22.B-G]
7. La coalition des Services comprend Rogers Communications inc., Société Telus Communications, *Shaw Communications Inc.*, Quebecor Media inc. et Yahoo! Canada.
8. La Société Radio-Canada a déposé une réponse dans laquelle elle informait la Commission qu'elle n'avait pas l'intention de produire des observations en réponse à la demande de la SOCAN.
9. *Bell Canada c. Canada (CRTC)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 à la p. 1754.
10. *SODRAC c. MusiquePlus inc.* ([22 novembre 1999](#)) décision de la Commission du droit d'auteur; *SODRAC c. Les chaînes Télé Astral et Teletoon Inc.*

Interim Decision; *Access Copyright - Post-Secondary Educational Institutions 2011-2013* ([16 March 2011](#)) Copyright Board Decision; *SODRAC v. ARTV* ([5 January 2012](#)) Copyright Board Interim Decision.

11. Unless such a webcast is provided by a broadcaster that is subject to Tariff 2.A (Commercial Television Stations) or 17 (Transmission of Pay, Specialty and Other Television Services by Distribution Undertakings), by the CBC, by the Ontario Educational Communications Authority or by the *Société de télédiffusion du Québec*.

([14 décembre 2009](#)) décision provisoire de la Commission du droit d'auteur; *Access Copyright - Établissements d'enseignement postsecondaires 2011-2013* ([16 mars 2011](#)) décision de la Commission du droit d'auteur; *SODRAC c. ARTV* ([5 janvier 2012](#)) décision provisoire de la Commission du droit d'auteur.

11. À moins que la diffusion Web ne soit pas offerte par un radiodiffuseur assujéti au tarif 2.A (Stations de télévision commerciales) ou 17 (Transmission de services de télévision payante, services spécialisés et autres services de télévision par des entreprises de distribution), par la SRC, par l'Office de la télécommunication éducative de l'Ontario ou par la Société de télédiffusion du Québec.