



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

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

*Copyright Act, subsection 68(3)*

*Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 68(3)*

File: Public Performance of Sound Recordings

Dossier : Exécution publique d'enregistrements  
sonores

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE  
COLLECTED FOR THE PERFORMANCE IN  
PUBLIC OR THE COMMUNICATION TO  
THE PUBLIC BY TELECOMMUNICATION,  
IN CANADA, OF PUBLISHED SOUND  
RECORDINGS EMBODYING MUSICAL  
WORKS AND PERFORMERS'  
PERFORMANCES OF SUCH WORKS

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR  
POUR L'EXÉCUTION EN PUBLIC OU LA  
COMMUNICATION AU PUBLIC PAR  
TÉLÉCOMMUNICATION, AU CANADA,  
D'ENREGISTREMENTS SONORES  
PUBLIÉS CONSTITUÉS D'ŒUVRES  
MUSICALES ET DE PRESTATIONS DE  
TELLES ŒUVRES

[Re:Sound Tariff No. 6.B – Use of Recorded  
Music to Accompany Fitness Activities, 2008-  
2012]

[Tarif n° 6.B de Ré:Sonne – Utilisation de  
musique enregistrée pour accompagner des  
activités de conditionnement physique,  
2008-2012]

**DECISION OF THE BOARD**  
[Redetermination]

**DÉCISION DE LA COMMISSION**  
[Réexamen]

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

The Honourable William J. Vancise  
Mr. Claude Majeau  
Mrs. Jacinthe Théberge

L'honorable William J. Vancise  
M<sup>c</sup> Claude Majeau  
M<sup>c</sup> Jacinthe Théberge

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

March 27, 2015

Le 27 mars 2015

**File: Public Performance of Sound Recordings**

**Dossier : Exécution publique d'enregistrements sonores**

**Reasons for the decision**

**Motifs de la décision**

**I. INTRODUCTION**

**I. INTRODUCTION**

[1] On July 6, 2012, the Board certified Re:Sound Tariff No. 6.B (Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities), 2008-2012 (the “*Tariff 6.B*”).<sup>1</sup> *Tariff 6.B* targets most forms of physical activities including, but not limited to, activities in fitness centres, fitness classes and group exercises, dance instruction and skating. *Tariff 6.B* requires fitness centres to pay an annual flat fee to Re:Sound for each venue where recorded music in Re:Sound’s repertoire is used in conjunction with physical activities.

[1] Le 6 juillet 2012, la Commission homologuait le *Tarif n° 6.B de Ré:Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012* (le « *Tarif 6.B* »).<sup>1</sup> Le *Tarif 6.B* vise la plupart des formes d’activités physiques, notamment les activités dans les centres de conditionnement physique, les cours de conditionnement physique et les exercices de groupe, l’enseignement de la danse et le patinage. En vertu du *Tarif 6.B*, les centres de conditionnement physique sont tenus de payer à Ré:Sonne une redevance annuelle fixe pour chaque établissement où l’on utilise de la musique enregistrée de son répertoire pour accompagner des activités physiques.

[2] In its decision, the Board found the expert evidence filed by Re:Sound and the Objectors unreliable and rejected the royalties proposed by the Parties.<sup>2</sup> The Board also rejected the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) Tariff 19 (Fitness Activities and Dance Instruction) as an appropriate benchmark. However, since the evidence demonstrated that Re:Sound was entitled to a tariff, the Board decided to base royalty rates for some of the targeted activities on an average of the payments made by fitness centres under confidential licensing agreements with SOCAN (the “SOCAN Agreements”). The Board used only some of the SOCAN agreements pertaining to the largest fitness centres and dance class providers, which were provided by SOCAN to the Board at its request. Copies of the SOCAN Agreements were not provided to the Parties and were not discussed during the hearing.

[2] Dans sa décision, la Commission a conclu que la preuve d’expert déposée par Ré:Sonne et les opposants n’était pas fiable et a rejeté les redevances proposées par les parties.<sup>2</sup> La Commission a aussi rejeté le Tarif 19 (Exercices physiques et cours de danse) de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») comme point de référence approprié. Cependant, comme la preuve démontrait que Ré:Sonne avait droit à un tarif, la Commission a décidé d’établir des taux de redevances pour certaines des activités visées en fonction d’une moyenne des paiements effectués par les centres de conditionnement physique aux termes d’ententes de licence confidentielles avec la SOCAN (les « Ententes SOCAN »). La Commission a utilisé seulement certaines des ententes SOCAN concernant les plus importants centres de conditionnement physique et fournisseurs de cours de danse, ententes que la SOCAN avait fournies à la Commission à sa demande. La Commission n’a pas fourni de copies des Ententes SOCAN aux parties et ces dernières n’ont pas fait l’objet de débats à l’audience.

[3] On August 7, 2012, Re:Sound filed an application for judicial review before the Federal Court of Appeal (FCA) to set aside *Tariff 6.B* and remit the matter to the Board for a redetermination of the proposed statement of royalties. The application was opposed by the Fitness Industry Council of Canada (FIC) and Goodlife Fitness Centres Inc. (Goodlife), the two objectors to Re:Sound's proposed *Tariff 6.B*.

[4] Re:Sound's application was made on the grounds that the Board committed three errors in certifying *Tariff 6.B*. First, Re:Sound argued that the Board breached its duty of procedural fairness by basing the tariff on a ground that was not considered during the hearing and on evidence that Re:Sound did not have the opportunity to address. Second, Re:Sound argued that the Board erred in law in interpreting the *Copyright Act* (the "Act") finding that royalties under section 19 of the *Act* should be based only on the percentage of the number of sound recordings for which the performer or maker has authorized Re:Sound to collect royalties on their behalf. Third, Re:Sound argued that the Board established an unreasonably low quantum of royalties payable to Re:Sound under *Tariff 6.B*.

[5] On February 24, 2014, the FCA rendered its decision.<sup>3</sup> It granted Re:Sound's application in part and set aside the decision of the Board approving *Tariff 6.B* for breach of the duty of fairness, in so far as it applies to royalties for the performance in public of recorded music to accompany fitness classes, dance instruction and other physical activities.

[6] The Court found that a breach of duty of fairness had occurred as a result of the Board basing its decision on a ground that could not

[3] Le 7 août 2012, Ré:Sonne a déposé devant la Cour d'appel fédérale (CAF) une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'annulation du *Tarif 6.B* et le renvoi de l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision concernant le projet de tarif des redevances. La demande a été contestée par le Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada (CSCP) et *Goodlife Fitness Centres Inc. (Goodlife)*, les deux opposants au *Tarif 6.B* proposé par Ré:Sonne.

[4] La demande de Ré:Sonne était fondée sur le fait que la Commission avait commis trois erreurs en homologuant le *Tarif 6.B*. Premièrement, Ré:Sonne alléguait que la Commission avait manqué à son obligation d'équité procédurale lorsqu'elle avait établi le tarif en s'appuyant sur un motif qui n'avait pas été examiné à l'audience et sur un élément de preuve à propos duquel Ré:Sonne n'avait pas eu l'occasion de commenter. Deuxièmement, Ré:Sonne soutenait que la Commission avait commis une erreur de droit dans son interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* ») lorsqu'elle avait conclu que les redevances visées à l'article 19 de la *Loi* devaient être calculées seulement en fonction du pourcentage du nombre d'enregistrements sonores pour lesquels les artistes-interprètes ou les producteurs avaient autorisé Ré:Sonne à percevoir des redevances pour leur compte. Troisièmement, Ré:Sonne alléguait que la Commission avait fixé le montant des redevances payables à Ré:Sonne au titre du *Tarif 6.B* à un niveau déraisonnablement bas.

[5] Le 24 février 2014, la CAF a rendu sa décision.<sup>3</sup> Elle a accueilli en partie la demande de Ré:Sonne et annulé la décision par laquelle la Commission avait approuvé le *Tarif 6.B* au motif que la Commission avait manqué à son obligation d'équité en ce qui concerne les redevances relatives à l'exécution en public de musique enregistrée pour accompagner les cours de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques.

[6] La CAF a conclu que la Commission avait manqué à son obligation d'équité en s'appuyant, pour rendre sa décision, sur un

reasonably have been anticipated by those affected and that they did not have an opportunity to address. Specifically, that ground was the discounted amounts paid to SOCAN under individual licensing agreements by users to which SOCAN Tariff 19 applied, which were not discussed during the hearing. The Parties did not have an opportunity to make submissions on whether the SOCAN Agreements relied upon by the Board were an appropriate proxy for the value of recorded music in the context of fitness classes and dance instruction.

[7] The Court remitted the matter for redetermination by the Board after the Parties have had an opportunity to address the appropriateness of the ground on which the Board based its decision.

[8] Elements of *Tariff 6.B* related to fitness classes, dance instruction, and other physical activities for which no specific rate has been set have therefore to be redetermined and certified. The FCA decision left *Tariff 6.B* untouched as it relates to the use of recorded music as background music in fitness areas and for skating. The language of the Court clearly conveys that it granted the application only with respect to the use of the SOCAN Agreements as a basis for setting royalties. The royalties based on the SOCAN Agreements are for the performance in public of recorded music to accompany fitness classes, dance instruction, and other physical activities. This last group of physical activities excludes the performance in public of recorded music as background music in fitness areas and for skating for which specific rates were set.<sup>4</sup> Furthermore, those rates were not in any way based on the SOCAN Agreements.<sup>5</sup>

motif auquel les parties touchées n'auraient pu raisonnablement s'attendre et sur lequel elles n'avaient pas eu l'occasion de commenter. Plus précisément, ce motif était les montants ajustés à la baisse versés à la SOCAN par les utilisateurs assujettis au Tarif 19 de la SOCAN aux termes d'ententes de licence individuelles, qui n'ont fait l'objet d'aucun débat à l'audience. Les parties n'ont pas eu l'occasion de présenter leurs prétentions sur la question de savoir s'il était approprié pour la Commission d'utiliser les Ententes SOCAN comme point de référence pour établir la valeur de la musique enregistrée utilisée dans le contexte de cours de conditionnement physique et de l'enseignement de la danse.

[7] La CAF a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision une fois que les parties auront eu l'occasion de traiter de la question de la pertinence du motif sur lequel la Commission s'est fondée pour rendre sa décision.

[8] Les éléments du *Tarif 6.B* relatifs aux cours de conditionnement physique, à l'enseignement de la danse et aux autres activités physiques sans taux particulier doivent donc faire l'objet d'un réexamen et être homologués. La décision de la CAF a maintenu le *Tarif 6.B* en ce qui concerne l'utilisation de musique enregistrée comme musique de fond dans les aires de conditionnement physique et pour le patinage. Les termes employés par la CAF expriment clairement qu'elle a accueilli la demande seulement à l'égard de l'utilisation des Ententes SOCAN comme fondement pour établir les redevances. Les redevances fondées sur les Ententes SOCAN concernent l'exécution en public de musique enregistrée pour accompagner les cours de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques. Ce dernier groupe d'activités physiques exclut l'utilisation en public de musique enregistrée comme musique de fond dans les aires de conditionnement physique et pour le patinage, utilisations pour lesquelles des taux particuliers ont été fixés.<sup>4</sup> En outre, ces taux n'étaient aucunement fondés sur les Ententes SOCAN.<sup>5</sup>

[9] The Court also ruled, given its remittance for redetermination, that it was not necessary to consider Re:Sound's allegation that royalty rates, for the use of recorded music during fitness classes, dance instructions and other physical activities, were unreasonably low.

[10] On March 7, 2014, Re:Sound informed the Board that it had reached an agreement with FIC and Goodlife on the rates and terms of a tariff to replace *Tariff 6.B*. The agreement (the "*Settlement Tariff*") was filed by Re:Sound on March 21, 2014. Re:Sound, in concert with FIC and Goodlife, asked that the Board certify the *Settlement Tariff* as proposed. We address the Parties' request later in these reasons. The rates and terms of the *Settlement Tariff* differ significantly from *Tariff 6.B*, differences which will be explained in the analysis section.

[11] On March 12, 2014, Re:Sound asked that the Board issue, pursuant to section 66.51 of the *Act*, an interim decision maintaining the same rates and the same terms as *Tariff 6.B*. FIC and Goodlife did not oppose the application. On April 17, 2014, the Board granted Re:Sound's application for an interim decision and issued an interim tariff with the same terms as *Tariff 6.B*, except for provisions relating to skating, which remained as final.<sup>6</sup>

[12] On April 7, 2014, the Board, in accordance with the FCA's instructions, provided to the Parties copies of the SOCAN Agreements it received from SOCAN and upon which the Board had based its July 6, 2012 decision. The Board also provided the Parties the SOCAN agreements it considered but did not use as a basis for its decision. The Board invited the Parties to comment on the appropriateness of using these agreements as a basis for establishing the royalty rates for the performance in public of recorded music to accompany fitness classes, dance instruction and other physical activities.

[9] La Cour a aussi statué que, comme elle renvoyait l'affaire pour réexamen, il n'était pas nécessaire pour elle d'examiner l'allégation de Ré:Sonne selon laquelle les taux de redevances, pour l'utilisation de musique enregistrée pendant les cours de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques, étaient déraisonnablement bas.

[10] Le 7 mars 2014, Ré:Sonne a informé la Commission qu'elle était parvenue à une entente avec le CSCP et *Goodlife* concernant les taux et les modalités d'un tarif remplaçant le *Tarif 6.B*. L'entente (la « *Convention de Tarif* ») a été déposée par Ré:Sonne le 21 mars 2014. Ré:Sonne, de concert avec le CSCP et *Goodlife*, a demandé que la Commission homologue la *Convention de Tarif* telle qu'elle était proposée. La demande des parties est abordée plus loin dans les présents motifs. Les taux et les modalités de la *Convention de Tarif* sont très différents de ceux du *Tarif 6.B*; ces différences seront expliquées dans l'analyse.

[11] Le 12 mars 2014, Ré:Sonne a demandé que la Commission rende, conformément à l'article 66.51 de la *Loi*, une décision provisoire comportant les mêmes taux et les mêmes modalités que ceux prévus dans le *Tarif 6.B*. Le CSCP et *Goodlife* n'ont pas contesté la demande. Le 17 avril 2014, la Commission a accueilli la demande de décision provisoire de Ré:Sonne et établi un tarif provisoire comportant les mêmes modalités que le *Tarif 6.B*, sauf les dispositions relatives au patinage, qui sont demeurées définitives.<sup>6</sup>

[12] Le 7 avril 2014, conformément aux directives de la CAF, la Commission a remis aux parties des copies des Ententes SOCAN qu'elle avait reçues de la SOCAN et sur lesquelles elle s'était fondée pour rendre sa décision du 6 juillet 2012. La Commission a aussi fourni aux parties les ententes SOCAN qu'elle avait examinées, mais sur lesquelles elle ne s'était pas fondée pour rendre sa décision. La Commission a invité les parties à présenter des observations au sujet de la pertinence de l'utilisation de ces ententes comme fondement pour établir les taux de redevances relatifs à l'exécution en public de musique enregistrée pour accompagner les cours

de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques.

[13] On May 23, 2014, the Parties filed their submissions on the appropriateness of the SOCAN Agreements. FIC and *Goodlife's* joint submission incorporated by reference their respective position before the FCA during the judicial review proceedings and commented on the suitability of the *Settlement Tariff* filed with the Board on March 21, 2014. Re:Sound's submission raised several issues with the SOCAN Agreements, compared them with the *Settlement Tariff* and commented on the Board's jurisdiction to consider the *Settlement Tariff*. All Parties asked the Board to certify the *Settlement Tariff* as proposed.

[13] Le 23 mai 2014, les parties ont déposé leurs prétentions sur la pertinence des Ententes SOCAN. Les prétentions conjointes du CSCP et de *Goodlife* intégraient par renvoi leur position respective devant la CAF au cours de la procédure de contrôle judiciaire et comportaient des prétentions au sujet de l'à-propos de la *Convention de Tarif* déposée à la Commission le 21 mars 2014. Dans ses prétentions, Ré:Sonne a soulevé plusieurs questions concernant les Ententes SOCAN, les a comparées avec la *Convention de Tarif* et a traité de la question de la compétence de la Commission pour examiner la *Convention de Tarif*. Toutes les parties ont demandé à la Commission d'homologuer la *Convention de Tarif* telle qu'elle était proposée.

[14] In its Notice of June 2, 2014, the Board invited the Parties to provide additional comments on the issue of the Board's jurisdiction to consider and certify the *Settlement Tariff*. FIC and *Goodlife* affirmed their support for the Board's jurisdiction to do so in their submissions dated June 9, 2014. Re:Sound did not provide further comments on that issue as it had already addressed the issue in its previous submissions.

[14] Dans un Avis daté du 2 juin 2014, la Commission a invité les parties à fournir d'autres prétentions sur la question de la compétence de la Commission pour examiner et homologuer la *Convention de Tarif*. Dans leurs prétentions datées du 9 juin 2014, le CSCP et *Goodlife* ont confirmé que, selon eux, la Commission avait la compétence nécessaire. Ré:Sonne n'a pas fourni d'autres prétentions sur la question, ayant déjà abordé la question dans ses prétentions précédentes.

[15] The Parties, through a Notice of the Board dated November 21, 2014, were invited to comment on the Board's preliminary view that the February 24, 2014 decision of the FCA upheld *Tariff 6.B* as it applies to background music. On December 5, 2014, FIC and *Goodlife* confirmed that they deferred to the Board's discretion on this question. Re:Sound, while arguing that background music was not upheld by the decision of the FCA, deferred as well to the Board's discretion on that issue.

[15] Par un Avis de la Commission daté du 21 novembre 2014, les parties ont été invitées à présenter des observations au sujet de l'avis préliminaire de la Commission selon lequel la décision du 24 février 2014 de la CAF maintenait le *Tarif 6.B* en ce qui concerne la musique de fond. Le 5 décembre 2014, le CSCP et *Goodlife* ont confirmé qu'ils s'en remettaient à la Commission sur cette question. Ré:Sonne, tout en soutenant que, dans la décision de la CAF, le tarif n'avait pas été maintenu en ce qui concerne la musique de fond, s'en est aussi remise à la Commission sur cette question.

## II. ANALYSIS

### *Jurisdiction of the Board*

[16] In its February 24, 2014 judgment, the FCA

## II. ANALYSE

### *Compétence de la Commission*

[16] Dans sa décision du 24 février 2014, la

said:

[81] Since the tariff set by the Board was based entirely on a methodology not raised as an issue at any point in the decision-making process, *Tariff 6.B* cannot stand. The matter must be remitted to the Board for redetermination of the royalties payable for the use of recordings of musical works in fitness classes after it has disclosed to the parties any information that it alone has on the ground on which it based its decision and has provided the Parties with an opportunity to address it.

[...]

[128] For all of the above reasons, I would allow Re:Sound's application for judicial review and set aside the decision of the Board approving *Tariff 6.B* for breach of the duty of fairness, in so far as it applies to royalties for the performance in public of recorded music to accompany fitness classes, dance instruction, and other physical activities for which no specific rate has been set. I would also remit the matter to the Board for redetermination after the parties have had an opportunity in accordance with the duty of fairness to address the appropriateness of the ground on which the Board based its decision. [Our emphasis]

[17] The FCA remitted the case to the Board with the directions it deemed appropriate pursuant to sections 28(2) and 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*. Therefore, the Board initiated this proceeding to permit the Parties to address the appropriateness of the ground on which the Board based its decision. Such instructions directly affect the Board's jurisdiction for the redetermination process.

CAF a mentionné ce qui suit :

[81] Puisque la Commission a fixé le *Tarif 6.B* entièrement en fonction d'une méthode jamais examinée au cours du processus décisionnel, ce tarif ne peut être confirmé. L'affaire doit être renvoyée à la Commission, pour qu'elle décide à nouveau des redevances à payer pour l'utilisation d'enregistrements d'œuvres musicales lors de cours de conditionnement physique, après avoir communiqué aux parties tous les renseignements qu'elle seule possède sur lesquels elle a fondé sa décision et leur avoir donné la possibilité de formuler des observations à cet égard.

[...]

[128] Par tous les motifs exposés, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire de Ré:Sonnet et j'annulerais, en raison du manquement à l'obligation d'équité, la décision de la Commission d'homologuer le *Tarif 6.B*, dans la mesure où il s'applique aux redevances payables pour l'exécution en public de musique enregistrée pour accompagner les cours de conditionnement physique, l'enseignement de danse et d'autres activités physiques sans taux particulier. Je renverrais aussi l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision après que les parties auront eu l'occasion, conformément à l'obligation d'équité, de formuler des observations sur l'à-propos du motif sur lequel la Commission a fondé sa décision. [Nos soulignés]

[17] La CAF a renvoyé l'affaire à la Commission en lui donnant les directives qu'elle estimait appropriées en vertu du paragraphe 28(2) et de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Commission a donc initié la présente instance pour permettre aux parties de traiter de la pertinence du motif sur lequel la Commission a fondé sa décision. De telles directives ont une incidence directe sur la compétence de la Commission dans le processus de réexamen.

[18] The Board's findings on all other issues, such as the reasonableness and reliability of the expert evidence originally put forth by the Parties and the rates certified by the Board for skating and for background music in fitness areas, were not disturbed by the FCA decision. Those findings remain and the resulting conclusions will not be revisited.

[19] The status of the *Settlement Tariff* filed with the Board after the FCA remitted the case to the Board for redetermination following its decision on the application for judicial review has to be considered taking into account established legal principles.

[20] In *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*,<sup>7</sup> Justice Rothstein set out the basic obligation to comply with a Court's direction as a matter of *stare decisis* and legal duty.

“The principle of *stare decisis* is, of course, well known to lawyers and judges. Lower courts must follow the law as interpreted by a higher coordinate court. They cannot refuse to follow it: *Re Canada Temperance Act, Re Constitutional Questions, Re Consolidated Rules of Practice*, 1939 CanLII 58 (ON CA), [1939] 4 D.L.R. 14 at 33 (Ont. C.A.), *aff'd reflex*, [1946] 2 D.L.R. 1 (S.C.C.); *Woods Manufacturing Co. v. Canada (Attorney General)*, 1951 CanLII 36 (SCC), [1951] S.C.R. 504 at 515. This principle applies equally to tribunals having to follow the directions of a higher court as in this case. On redetermination, the duty of a tribunal is to follow the directions of the reviewing court.”<sup>8</sup>

[21] This principle was also recently confirmed by the Supreme Court of Canada in *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*<sup>9</sup>

[18] Les décisions de la Commission sur toutes les autres questions, comme le caractère raisonnable et la fiabilité de la preuve d'expert présentée initialement par les parties et les taux homologués par la Commission pour le patinage et pour la musique de fond dans les aires de conditionnement physique, n'ont pas été modifiées par la décision de la CAF. Ces décisions demeurent et les conclusions qui en découlent ne seront pas revues.

[19] Le statut de la *Convention de Tarif* déposée auprès de la Commission après que la CAF eut renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision à la suite de la demande de contrôle judiciaire doit être évalué en fonction des principes juridiques établis.

[20] Dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*,<sup>7</sup> le juge Rothstein s'est exprimé sur l'obligation fondamentale de se conformer aux directives d'une cour de justice, en raison du principe du *stare decisis* et parce qu'il s'agit d'une obligation juridique.

« Le principe du *stare decisis* est évidemment bien connu des avocats et des juges. Les tribunaux inférieurs doivent suivre le droit tel qu'il est interprété par une juridiction supérieure de même ordre de juridiction. Ils ne peuvent refuser de le faire : *Canada Temperance Act (The), Re*, 1939 CanLII 58 (ON CA), [1939] O.R. 570 (C.A.), à la page 581, *conf. par* [1946] 2 D.L.R. 1 (S.C.C.); *Woods v. The King*, 1951 CanLII 36 (SCC), [1951] R.C.S. 504, à la page 515. Ce principe s'étend à l'obligation pour les tribunaux administratifs de suivre les directives qui leur sont données par une juridiction supérieure, comme en l'espèce. Lors du réexamen, le tribunal administratif a l'obligation de suivre les directives de la cour de révision. »<sup>8</sup>

[21] Ce principe a aussi récemment été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*<sup>9</sup>



[22] This redetermination is not a *de novo* proceeding, and as such, the scope of arguments and evidence is limited. Any deviation from the instructions from the FCA on the issue(s) to be redetermined by the Board could raise jurisdictional issues. Therefore, we reviewed and considered the file and the written submissions made by the Parties that were relevant to the redetermination of this matter, pursuant to the direction of the FCA.

[23] Re:Sound provided submissions on the Board's jurisdiction to consider the *Settlement Tariff*, which were endorsed by FIC and Goodlife. Re:Sound argued that the *Settlement Tariff* did not constitute new evidence but rather a resolution reached by all Parties that the Board had the jurisdiction to consider in its redetermination. Furthermore, Re:Sound argued that the FCA decision imposed no limitation on the information and factors the Board may consider as part of its redetermination. While we do not completely agree with the reasoning of the Parties, we will, for reasons set out below, consider the *Settlement Tariff* in our redetermination.

#### ***Composition of the panel for redetermination***

[24] The redetermination must be undertaken according to the directions of the Federal Court of Appeal and is, therefore, limited in scope. Where a reviewing court deems a complete redetermination necessary, it clearly indicates it and explains why it so concludes. It has not done so here. The directions of the Court did not state that a differently constituted panel of the Board proceed with the redetermination. Such directives are often provided in cases where the reviewing court finds an appearance of bias. This was not the case here.

[25] The administrative law principle that “*he who hears must decide*” applies in this instance. As a result, we find that the original panel that

[22] Le présent réexamen ne s'inscrit pas dans le contexte d'un processus *de novo*. L'étendue des arguments et de la preuve est donc limitée. Tout écart par rapport aux directives de la CAF concernant la ou les questions devant faire l'objet d'une nouvelle décision de la Commission pourrait soulever des questions de compétence. Nous avons donc examiné et pris en considération le dossier et les prétentions écrites des parties qui étaient pertinentes pour le réexamen dans la présente affaire, suivant les directives de la CAF.

[23] Ré:Sonne a présenté des prétentions au sujet du pouvoir de la Commission d'examiner la *Convention de Tarif*, qui ont été appuyées par le CSCP et *Goodlife*. Ré:Sonne a fait valoir que la *Convention de Tarif* ne constituait pas un nouvel élément de preuve, mais plutôt une entente convenue par toutes les parties, et que la Commission avait compétence pour en tenir compte dans le cadre de son réexamen. De plus, Ré:Sonne a soutenu que la décision de la CAF n'imposait pas de restrictions quant aux renseignements et aux facteurs que la Commission pouvait prendre en considération dans le cadre de son réexamen. Nous ne souscrivons pas complètement au raisonnement des parties, mais, pour les motifs exposés ci-dessous, nous tiendrons compte de la *Convention de Tarif* dans notre réexamen.

#### ***Composition de la formation pour le réexamen***

[24] Le réexamen doit être effectué conformément aux directives de la CAF et sa portée est donc limitée. Lorsqu'un tribunal de révision juge qu'un réexamen complet est nécessaire, il le dit clairement et explique les raisons pour lesquelles il tire pareille conclusion. Il ne l'a pas fait en l'espèce. Les directives de la CAF ne précisent pas que le réexamen doit être effectué par une formation constituée d'autres membres de la Commission. De telles directives sont souvent données dans les affaires où le tribunal de révision juge qu'il y a apparence de partialité. Cela n'était pas le cas en l'espèce.

[25] Le principe de droit administratif selon lequel « *celui qui entend doit trancher* » s'applique en l'espèce. Par conséquent, nous

rendered the July 6, 2012 decision is seized of the matter and it is the panel that undertook the redetermination at hand.

***Parties' submissions on the issue raised by the FCA's decision***

**Re:Sound**

[26] Re:Sound's comments, submitted on May 23, 2014, on the appropriateness to use of the SOCAN Agreements can be summarized as follows:

1. The SOCAN Agreements are not representative of either the Canadian fitness industry or the participants in this proceeding. Only two agreements apply to fitness venues and one of these agreements does not apply to fitness classes.
2. The SOCAN Agreements are discounted to account for administrative efficiencies resulting from licensing multiple users through a single licence. If SOCAN Tariff 19's rate of \$2.14 times the average number of participants per week per room is the formula applied to the agreements, then the implicit average number of participants per week per room is much lower than what evidence suggests.
3. The Board's methodology in setting the flat fees as the average of the rates under the SOCAN Agreements is flawed as it does not account for the relative representativeness of each fitness chain or their market share.
4. Setting a flat fee for dance instruction smaller than the rate for fitness classes is inconsistent with Re:Sound's evidence in this proceeding that recorded music is integral to dance classes. Furthermore, many of the SOCAN Agreements indicate that the fee applies per instructor and not per venue as the Board concluded.
5. The SOCAN Agreements represent confidential, non-precedential, private agreements with individual users for

concluons que la formation initiale qui a rendu la décision du 6 juillet 2012 est saisie de l'affaire, et il s'agit de la formation qui a effectué le réexamen en l'espèce.

***Prétentions des parties sur la question soulevée par la décision de la CAF***

**Ré:Sonne**

[26] Les observations de Ré:Sonne, déposées le 23 mai 2014, concernant la pertinence de l'utilisation des Ententes SOCAN peuvent être résumées ainsi :

1. Les Ententes SOCAN ne sont pas représentatives du secteur canadien du conditionnement physique ni des parties à l'instance. Seulement deux ententes s'appliquent aux établissements de conditionnement physique, et une de ces ententes ne s'applique pas aux cours de conditionnement physique.
2. Les montants prévus dans les Ententes SOCAN sont ajustés à la baisse pour tenir compte des économies administratives découlant de l'octroi d'une seule licence pour de nombreux utilisateurs. Si le taux du Tarif 19 de la SOCAN de 2,14 \$ multiplié par le nombre moyen de participants par semaine par salle est la formule appliquée aux ententes, alors le nombre moyen implicite de participants par semaine par salle est bien plus bas que ce que la preuve porte à croire.
3. La méthodologie de la Commission pour établir les redevances fixes, soit l'utilisation de la moyenne de taux prévus dans les Ententes SOCAN, est déficiente, car elle ne tient pas compte de la représentativité relative de chacune des chaînes de centres de conditionnement physique ou de leur part du marché.
4. L'établissement, pour l'enseignement de la danse, d'une redevance fixe moins élevée que le taux pour les cours de conditionnement physique est incompatible

efficiency and enforceability reasons and do not reflect the value of music with some agreements providing that they do not constitute an admission to the value of music.

6. The tariff's flat fees for fitness classes, dance instruction and other physical activities do not reflect the different types of fitness venues (size, number of classes, etc.) and their use of music.
7. The rates set in the SOCAN Agreements reflect data compiled for the year 2007.
8. Many of the SOCAN Agreements are undated, unsigned, expired or in an unusual form (email or letter).

[27] Some of Re:Sound's comments were related to and included information designated as confidential within the SOCAN Agreements, and as such we cannot make specific reference to them in this decision. We have however considered them.

[28] The Board was aware of most of the issues raised in Re:Sound's comments and, in fact, referred to a number of those in its reasons for the July 6, 2012 decision. Also, some comments (points 1, 7 and 8 above) relate to agreements that were considered but rejected by the Board as grounds for its decision.

avec la preuve de Ré:Sonne en l'espèce, selon laquelle la musique enregistrée fait partie intégrante des cours de danse. De plus, un grand nombre des Ententes SOCAN stipulent que la redevance s'applique par instructeur et non par établissement, comme l'a conclu la Commission.

5. Les Ententes SOCAN représentent des ententes privées, confidentielles, n'ayant pas valeur de précédent et qui ont été conclues avec des utilisateurs individuels pour des raisons d'efficacité et d'applicabilité. Elles ne reflètent pas la valeur de la musique. Certaines ententes stipulent d'ailleurs qu'elles ne constituent pas une admission quant à la valeur de la musique.
6. Les redevances fixes du tarif pour les cours de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques ne reflètent pas les différents types de lieux de conditionnement physique (taille, nombre de cours, etc.) et leur utilisation de musique.
7. Les taux fixés dans les Ententes SOCAN reflètent les données compilées pour l'année 2007.
8. Un grand nombre des Ententes SOCAN ne sont pas datées, ne sont pas signées, sont échues ou se présentent sous une forme inhabituelle (courriel ou lettre).

[27] Certaines des prétentions de Ré:Sonne concernaient et comprenaient des renseignements désignés comme confidentiels dans les Ententes SOCAN. Nous ne pouvons donc pas y faire référence expressément dans la présente décision. Nous les avons toutefois pris en considération.

[28] La Commission était au courant de la plupart des questions soulevées dans les prétentions de Ré:Sonne et a, en fait, référé à certaines d'entre elles dans les motifs de la décision du 6 juillet 2012. De plus, certaines prétentions (points 1, 7 et 8 ci-dessus) ont trait aux ententes qui ont été examinées mais rejetées par la Commission comme fondement de sa décision.

[29] We do however address a few of the arguments raised by Re:Sound. With respect to point 2 above, the calculations and projections of Re:Sound related to the average number of participants. While not necessarily unreasonable *per se*, they are based on assumptions that we cannot verify due to the lack of necessary information. Furthermore, having originally discarded SOCAN Tariff 19 as a suitable proxy for *Tariff 6.B*,<sup>10</sup> we cannot use it in our interpretation or evaluation of the SOCAN Agreements, although we appreciate that they may well reflect an underestimation of the average weekly attendance in fitness centres.

[30] On the other hand, we agree that some of the SOCAN Agreements were structured in such a way that a fee applies per instructor and not per venue as the Board previously concluded.

### **FIC and Goodlife**

[31] The joint submissions of FIC and Goodlife filed on May 23, 2014, on the issue of appropriateness of using the SOCAN Agreements as a basis for the Tariff, were peculiar. First, they stated that while they appreciated the opportunity to comment, they declined to do so. Then, they added that they take no position contrary to the position they took before the FCA during the judicial review proceeding, where they opposed the application for judicial review filed by Re:Sound, arguing, *inter alia*, that there were no breach of duty of fairness in the original process before the Board and that it was appropriate for the Board to use the SOCAN Agreements. Then, FIC and Goodlife urged the Board to certify the *Settlement Tariff* filed on March 21, 2014. Finally, FIC and Goodlife endorsed the submissions made by Re:Sound regarding the use of the SOCAN Agreements, which contends that the use of the SOCAN Agreements was wholly inappropriate for setting the rates in this case.

[29] Nous nous penchons toutefois sur quelques-uns des arguments soulevés par Ré:Sonne. À l'égard du point 2 ci-dessus, les calculs et projections de Ré:Sonne concernaient le nombre moyen de participants. Bien qu'ils ne soient pas déraisonnables en tant que tels, ils sont fondés sur des hypothèses que nous ne pouvons vérifier étant donné que nous ne disposons pas des renseignements nécessaires pour le faire. De plus, comme nous avons initialement écarté le Tarif 19 de la SOCAN comme point de référence approprié pour le *Tarif 6.B*,<sup>10</sup> nous ne pouvons pas l'utiliser pour interpréter ou évaluer les Ententes SOCAN, bien que nous comprenions que ces ententes pourraient très bien refléter une sous-estimation de la fréquentation hebdomadaire moyenne dans les centres de conditionnement physique.

[30] Par ailleurs, nous convenons que certaines des Ententes SOCAN étaient structurées de façon à ce que la redevance s'applique par instructeur et non par établissement, comme la Commission l'a conclu précédemment.

### **Le CSCP et Goodlife**

[31] Les observations conjointes du CSCP et de *Goodlife* déposées le 23 mai 2014, à l'égard de la question de la pertinence de l'utilisation des Ententes SOCAN comme fondement du tarif, étaient particulières. Tout d'abord, le CSCP et *Goodlife* mentionnaient que, bien qu'ils fussent reconnaissants d'avoir la possibilité de formuler des observations, ils refusaient d'en formuler. Puis, ils ajoutaient qu'ils n'adoptaient aucune position contraire à celle qu'ils avaient adoptée devant la CAF lors du contrôle judiciaire, où ils contestaient la demande de contrôle judiciaire présentée par Ré:Sonne en alléguant, notamment, qu'il n'y avait pas eu de manquement à l'obligation d'équité dans la procédure initiale devant la Commission et qu'il était approprié pour la Commission d'utiliser les Ententes SOCAN. Ensuite, le CSCP et *Goodlife* exhortaient la Commission d'homologuer la *Convention de Tarif* déposée le 21 mars 2014. Enfin, le CSCP et *Goodlife* approuvaient les observations présentées par Ré:Sonne au sujet de l'utilisation des Ententes SOCAN, dans lesquelles Ré:Sonne prétend que l'utilisation des

Ententes SOCAN était tout à fait inappropriée pour établir les taux dans la présente affaire.

[32] Given the comments filed by Re:Sound regarding the SOCAN Agreements, combined with the evidentiary shortcomings already identified in the July 6, 2012 decision, we find that maintaining a rate based on the SOCAN Agreements for the use of recordings of musical works in fitness classes, dance instruction and other physical activities, even with some adjustments, is not appropriate. We therefore reject the SOCAN Agreements as an appropriate benchmark. However, a tariff should be certified for the reasons stated in the July 6, 2012 decision, which need not be repeated here.<sup>11</sup> The Board finds itself back in the same difficult situation it was in before in this case, namely that we do not have usable evidence pertaining to the value of several activities targeted by the subject tariff. However, given the fact that we are required to set a tariff in this proceeding, we will consider the *Settlement Tariff*.

[32] Compte tenu des prétentions déposées par Ré:Sonne au sujet des Ententes SOCAN, ainsi que des lacunes dans la preuve déjà relevées dans la décision du 6 juillet 2012, nous concluons qu'il n'est pas approprié de maintenir un taux fondé sur les Ententes SOCAN pour l'utilisation d'enregistrements d'œuvres musicales dans les cours de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques, même avec certains rajustements. Nous rejetons donc les Ententes SOCAN comme point de référence approprié. Cependant, un tarif doit être homologué pour les motifs énoncés dans la décision du 6 juillet 2012, qu'il n'est pas nécessaire de répéter ici.<sup>11</sup> La Commission se retrouve dans la même situation difficile qu'auparavant, c'est-à-dire qu'elle ne dispose d'aucun élément de preuve utile concernant la valeur de plusieurs activités visées par le tarif en cause. Cependant, comme nous sommes tenus d'établir un tarif dans la présente instance, nous examinerons la *Convention de Tarif*.

[33] Notwithstanding some issues that we will address later, we take comfort in the following aspects of the *Settlement Tariff*.

[33] Malgré certaines questions que nous examinerons plus loin, nous sommes rassurés par les aspects suivants de la *Convention de Tarif*.

[34] First, all the Parties involved in the proceeding propose and support the *Settlement Tariff*. This aspect is even more important in a case such as this one where the Parties have taken quite opposite and obviously contradictory positions throughout the process.

[34] Premièrement, toutes les parties à l'instance proposent et appuient la *Convention de Tarif*. Cet aspect est encore plus important dans une affaire comme celle-ci, où les parties ont adopté des positions très différentes et manifestement contradictoires tout au long de l'instance.

[35] Second, from FIC's and Goodlife's perspective, the industry's best interests lie in the certainty, stability and finality the *Settlement Tariff* offers.<sup>12</sup> Although such certainty and stability are mostly prospective in nature in the present matter, they are important considerations.

[35] Deuxièmement, du point de vue du CSCP et de *Goodlife*, les meilleurs intérêts de l'industrie sont servis par la certitude, la stabilité et le caractère définitif que procure la *Convention de Tarif*.<sup>12</sup> Bien qu'une telle certitude et une telle stabilité soient généralement de nature prospective en l'espèce, il s'agit de considérations importantes.

[36] Third, since we have rejected the SOCAN Agreements as a basis for any rates in the tariff,

[36] Troisièmement, comme nous avons rejeté les Ententes SOCAN comme fondement des

we are in a difficult position given that Re:Sound is entitled to a tariff for the use of sound recordings in fitness and dance classes, that we are required to certify one, but that we do not have any usable evidence pertaining to the value of such tariff.

[37] The *Settlement Tariff* does however provide us with a basis for setting a tariff, which we consider fair and equitable. In the present circumstances, the exercise of the Board's inherent discretion to consider the *Settlement Tariff*, under the aforementioned situation created by the absence of reliable evidence, is both reasonable and desirable.

### ***The Settlement Tariff***

[38] The *Settlement Tariff* filed with the Board on March 21, 2014 which is agreed to and supported by all Parties must be examined to determine its use as a basis for establishing a tariff.

[39] First, it is important to set out the differences between the rates and terms of the *Settlement Tariff* and those which were contained in *Tariff 6.B*.

[40] The *Settlement Tariff* contains a list of definitions that is not part of *Tariff 6.B* for the years 2008 to 2012. The terms "dance class", "fitness activity", "fitness class", "fitness venue", "member", "skating venue", "third-party music supplier", "venue" and "year" are defined in the *Settlement Tariff*. In our opinion, the addition of these definitions is not problematic and could in fact make the administration of the tariff easier, and we include them in the tariff. However, the definitions for "fitness class" and "skating venue" contain language affecting how the tariff would apply to skating, a change that is beyond the scope of this redetermination. We therefore decline to include them as submitted.

taux du tarif, nous nous trouvons dans une position difficile, étant donné que Ré:Sonne a droit à un tarif pour l'utilisation d'enregistrements sonores dans des cours de conditionnement physique et des cours de danse, que nous sommes tenus d'en homologuer un, mais que nous ne disposons d'aucun élément de preuve utile concernant la valeur d'un tel tarif.

[37] La *Convention de Tarif* peut cependant nous servir de fondement pour l'établissement d'un tarif, ce que nous jugeons juste et équitable. Dans les circonstances, il est à la fois raisonnable et souhaitable que la Commission exerce son pouvoir discrétionnaire inhérent d'examiner la *Convention de Tarif* dans le cadre de la situation susmentionnée créée par l'absence d'éléments de preuve fiables.

### ***La Convention de Tarif***

[38] Il faut examiner la *Convention de Tarif* qui a été déposée à la Commission le 21 mars 2014 et qui est approuvée et appuyée par toutes les parties, pour décider en quoi elle peut servir de fondement à l'établissement d'un tarif.

[39] Tout d'abord, il est important d'exposer les différences entre les taux et les modalités de la *Convention de Tarif* et ceux du *Tarif 6.B*.

[40] La *Convention de Tarif* comporte une liste de définitions qui ne figure pas dans le *Tarif 6.B* pour les années 2008 à 2012. Les termes « cours de danse », « activité de conditionnement physique », « cours de conditionnement physique », « lieu de conditionnement physique », « membre », « lieu de patinage », « fournisseur tiers de musique », « lieu » et « année » sont définis dans la *Convention de Tarif*. À notre avis, l'ajout de ces définitions ne pose pas problème et pourrait en fait faciliter l'application du tarif. Nous les incluons dans le tarif. Cependant, le libellé des définitions des termes « cours de conditionnement physique » et « lieu de patinage » a une incidence sur la façon dont le tarif s'appliquerait au patinage, un changement qui excède le cadre du présent réexamen. Nous refusons donc d'inclure ces définitions telles qu'elles sont présentées.

[41] The application sections of the tariff under the *Settlement Tariff* and *Tariff 6.B* are similar but use different wording. The *Settlement Tariff* is more specific regarding the uses of recorded music it does not cover. In addition, the *Settlement Tariff* does not explicitly incorporate Re:Sound Tariff 3 (Use and Supply of Background Music). This is a significant difference because *Tariff 6.B* uses Re:Sound Tariff 3 to set the royalties for the use of recorded music in fitness areas.

[42] As noted above, in our opinion the FCA decision on Re:Sound's application for judicial review did not affect the Board's decision with respect to the use of recorded music for both skating and as background music in fitness areas. The breach of procedural fairness found by the FCA pertains solely to the rates that were based on the SOCAN Agreements, namely for the performance in public of recorded music to accompany fitness classes, dance instruction, and other physical activities for which no specific rate has been set. Both the use of recorded music for skating and as background music in fitness areas had specific rates set in *Tariff 6.B* and those rates were not based on the SOCAN Agreements. Therefore, terms of the *Settlement Tariff* dealing with such activities exceed the Board's jurisdiction in this redetermination. Even though the Board, in its interim decision dated April 17, 2014, stated that only the provisions of *Tariff 6.B* unaffected by the FCA decision were those pertaining to skating, on further analysis and consideration of that decision we find that the provisions pertaining to background music were not void either, for reasons expressed herein.

[41] Les articles relatifs à l'application de la *Convention de Tarif* et du *Tarif 6.B* sont semblables, mais leur libellé est différent. La *Convention de Tarif* est plus précise en ce qui concerne les utilisations de musique enregistrée qui ne sont pas assujetties au tarif. De plus, la *Convention de Tarif* n'intègre pas expressément le Tarif 3 de Ré:Sonne (Utilisation et distribution de musique de fond). Cela constitue une différence importante puisque le *Tarif 6.B* utilise le Tarif 3 de Ré:Sonne pour établir les redevances relatives à l'utilisation de musique enregistrée dans les aires d'activité physique.

[42] Comme nous l'avons déjà mentionné, à notre avis, la décision rendue par la CAF à l'égard de la demande de contrôle judiciaire de Ré:Sonne n'a pas changé la décision de la Commission concernant l'utilisation de musique enregistrée pour le patinage et comme musique de fond dans les aires d'activité physique. Le manquement à l'obligation d'équité procédurale auquel a conclu la CAF concerne seulement les taux calculés en fonction des Ententes SOCAN, c'est-à-dire pour l'exécution en public de musique enregistrée pour accompagner les cours de conditionnement physique, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques n'étant assujetties à aucun taux particulier. L'utilisation de musique enregistrée pour le patinage ainsi que comme musique de fond dans les aires d'activité physique était fondée sur des taux particuliers fixés dans le *Tarif 6.B* et ces taux n'étaient pas fondés sur les Ententes SOCAN. Par conséquent, les modalités de la *Convention de Tarif* ayant trait à ces activités ne relèvent pas de la compétence de la Commission dans le présent réexamen. Bien que, dans sa décision provisoire datée du 17 avril 2014, la Commission ait mentionné que les seules dispositions du *Tarif 6.B* n'ayant pas été touchées par la décision de la CAF étaient celles relatives au patinage, après avoir analysé et examiné cette décision de façon plus approfondie, nous jugeons que les dispositions relatives à la musique de fond n'ont également pas été annulées, pour les raisons mentionnées dans les présents motifs.

[43] The Parties expressly withdrew the proposed revisions to section 6 of the *Settlement Tariff* dealing with skating in light of the FCA decision to “uphold the Tariff as it applies to skating.”<sup>13</sup>

[44] The *Settlement Tariff* specifies that it is subject to the exception set out in subsection 69(2) of the *Copyright Act*. Although this is not strictly necessary, we will include it in the tariff for the purpose of clarity.

[45] In *Tariff 6.B*, royalties payable to Re:Sound are divided into four categories:

- Background Music (fitness);
- Fitness Classes;
- Skating; and,
- Dance Instruction and Other Physical Activities.

Those categories no longer exist under the *Settlement Tariff*. Instead, royalties are payable under three categories:

- Fitness venues;
- Fitness Classes and Dance Classes; and,
- Skating venues.

[46] The first category of the *Settlement Tariff*, Fitness venues, corresponds to the same activities and uses of recorded music as the first category of the certified tariff, Background Music (fitness), but it uses different rates and rate bases that are not subject to Re:Sound Tariff 3. As explained previously, changes to this category of uses are beyond the Board’s jurisdiction for this redetermination and will not be included.

[47] The second category of the *Settlement Tariff* corresponds to activities subject to the second and fourth categories found in *Tariff 6.B*, namely fitness classes, dance instruction and

[43] Les parties ont expressément retiré les révisions proposées à l’article 6 de la *Convention de Tarif* qui avaient trait au patinage, compte tenu de la décision de la CAF, qui prévoit le [TRADUCTION] « maintien du tarif en ce qui concerne le patinage. »<sup>13</sup>

[44] La *Convention de Tarif* précise que le tarif est visé par l’exception énoncée au paragraphe 69(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Bien que cela ne soit pas strictement nécessaire, nous l’incluons dans le tarif par souci de clarté.

[45] Dans le *Tarif 6.B*, les redevances payables à Ré:Sonne sont divisées en quatre catégories :

- Musique de fond (conditionnement physique);
- Cours de conditionnement physique;
- Patinage;
- Enseignement de danse et autres activités physiques.

Ces catégories n’existent plus dans la *Convention de Tarif*. Les redevances sont plutôt payables au titre de trois catégories :

- Lieu de conditionnement physique;
- Cours de conditionnement physique et cours de danse;
- Lieu de patinage.

[46] La première catégorie de la *Convention de Tarif*, Lieu de conditionnement physique, correspond aux mêmes activités et aux mêmes utilisations de musique enregistrée que la première catégorie du tarif homologué, Musique de fond (conditionnement physique), mais comporte des taux et des assiettes tarifaires différents qui ne sont pas assujettis au Tarif 3 de Ré:Sonne. Comme il a été expliqué précédemment, les changements relatifs à cette catégorie d’utilisations ne relèvent pas de la compétence de la Commission dans le cadre du présent réexamen et ne seront pas pris en considération.

[47] La deuxième catégorie de la *Convention de Tarif* correspond aux activités visées par la deuxième et la quatrième catégorie du *Tarif 6.B*, soit les cours de conditionnement physique,



skating lessons. Those three activities are not subject to the same rates as they were in *Tariff 6.B*; rather than being based on a flat fee of \$105.74 as in *Tariff 6.B*, the Fitness Classes and Dance Classes category of the *Settlement Tariff* is based on a rate per class per venue.

[48] The third category in both *Tariff 6.B* and the *Settlement Tariff* relate to skating and are identical (further to the withdrawal of the Parties).

[49] The *Settlement Tariff* does not specify royalties payable to Re:Sound for the use of recorded music during other physical activities that could otherwise be subject to the tariff, but in all likelihood, such use would fall within the definition of “fitness activity”.

[50] The *Settlement Tariff* also proposes minor changes in the administrative provisions that are acceptable and agreed upon by the Parties who would eventually have to abide by them.

[51] A Table in the Appendix shows the main differences between the royalties payable under *Tariff 6.B* and the *Settlement Tariff*. Generally, we estimate that the total royalties payable are higher under the *Settlement Tariff* than pursuant to *Tariff 6.B*. The Parties are aware of this result.<sup>14</sup>

[52] Having decided to certify the *Settlement Tariff*, with some adjustments with respect to the use of recorded music as background music and for skating, we nevertheless have some concerns about the *Settlement Tariff* that are worth mentioning.

[53] First, an agreement with terms and conditions contained in the *Settlement Tariff* could have been proposed by the Parties, prior to the issuance of the Board’s July 6, 2012 decision and ideally prior to the hearing, but was not. It

l’enseignement de la danse et les cours de patinage. Ces trois activités ne sont pas assujetties aux mêmes taux que dans le *Tarif 6.B*; plutôt que d’être fondées sur une redevance fixe de 105,74 \$, comme dans le *Tarif 6.B*, la catégorie Cours de conditionnement physique et cours de danse de la *Convention de Tarif* est fondée sur un taux par cours par lieu.

[48] La troisième catégorie du *Tarif 6.B* et la troisième catégorie de la *Convention de Tarif* concernent le patinage et sont identiques (suivant le retrait des révisions par les parties).

[49] La *Convention de Tarif* ne précise pas que des redevances sont payables à Ré:Sonne pour l’utilisation de musique enregistrée au cours d’autres activités physiques qui pourraient par ailleurs être assujetties au tarif, mais, selon toute vraisemblance, une telle utilisation serait visée par la définition d’« activité de conditionnement physique ».

[50] La *Convention de Tarif* propose aussi des changements mineurs aux dispositions administratives, ces changements étant acceptés par les parties qui y seraient éventuellement assujetties.

[51] Un tableau en annexe fait état des principales différences entre les redevances exigibles au titre du *Tarif 6.B* et celles exigibles au titre de la *Convention de Tarif*. De façon générale, nous estimons que le total des redevances exigibles est plus élevé selon la *Convention de Tarif* que le *Tarif 6.B*. Les parties en sont conscientes.<sup>14</sup>

[52] Ayant décidé d’homologuer la *Convention de Tarif*, sous réserve de certains rajustements en ce qui concerne l’utilisation de musique enregistrée comme musique de fond et pour le patinage, nous avons néanmoins certaines préoccupations concernant la *Convention de Tarif* qui sont dignes de mention.

[53] Premièrement, une entente renfermant les modalités prévues dans la *Convention de Tarif* aurait pu être proposée par les parties avant que la Commission ne rende la décision du 6 juillet 2012 et, idéalement, avant l’audience,

was filed with the Board only after the Parties had the benefit of taking into account the Board's final decision on the matter. This could be perceived as the Parties attempting to do indirectly what the law does not permit them to do directly. Also, when an agreement is submitted in the normal course, it permits the Board to understand, for example, the circumstances under which the agreement was negotiated, how the rates were calculated or what other factors impacted the agreement. Such matters are relevant, as Re:Sound acknowledged in its submissions dealing with the SOCAN Agreements.<sup>15</sup>

[54] Second, the *Settlement Tariff* is substantially different from the tariff originally proposed which is the source of this proceeding, or the certified tariff that is currently applicable on an interim basis, since 2012. We have already discussed those differences. Certifying a new tariff with different rates and formulas could create administrative and financial difficulties if Re:Sound decides to collect royalties retroactively as adjustment payments would have to be recalculated. These difficulties could be exacerbated in cases where a user was not represented by the Parties during the negotiation of the *Settlement Tariff*. As such, the balance of convenience could lead Re:Sound to refrain from retroactively collecting royalties from users who have already paid under *Tariff 6.B* and who were not represented by the Parties during the negotiations leading to the *Settlement Tariff*.

[55] Third, when certifying a tariff, the Board must take into consideration not only the parties involved in the proceeding but also eventual users who may be subject to the tariff. The record does show that the two objectors, FIC and Goodlife, represent the majority of fitness venues in Canada; together, they account for over 5,000 fitness venues with over four million members. As Re:Sound correctly pointed out,

mais cela n'a pas été fait. L'entente a été déposée à la Commission seulement après que les parties ont eu l'avantage de prendre en considération la décision définitive de la Commission sur la question. Cela pourrait être considéré comme une tentative par les parties de faire indirectement ce que la loi ne leur permet pas de faire directement. De plus, lorsqu'une entente est présentée dans le cours normal des choses, cela permet à la Commission de comprendre, par exemple, les circonstances dans lesquelles l'entente a été négociée, la façon dont les taux ont été calculés ou quels autres facteurs ont eu une incidence sur l'entente. De telles questions sont pertinentes, comme Ré:Sonne l'a admis dans ses observations au sujet des Ententes SOCAN.<sup>15</sup>

[54] Deuxièmement, la *Convention de Tarif* est très différente du tarif proposé initialement qui est à l'origine de la présente instance, ou du tarif homologué qui est actuellement en vigueur de façon provisoire, depuis 2012. Nous avons déjà traité de ces différences. L'homologation d'un nouveau tarif comportant des taux et des formules différents pourrait causer des difficultés administratives et financières si Ré:Sonne décide de percevoir les redevances rétroactivement car des paiements de rajustement devraient être recalculés. Ces difficultés pourraient être aggravées dans les cas où un utilisateur n'était pas représenté par les parties au cours de la négociation de la *Convention de Tarif*. Ainsi, la prépondérance des inconvénients pourrait amener Ré:Sonne à s'abstenir de percevoir rétroactivement les redevances auprès des utilisateurs qui ont déjà payé au titre du *Tarif 6.B* et qui n'étaient pas représentés par les parties au cours des négociations ayant mené à la *Convention de Tarif*.

[55] Troisièmement, pour homologuer un tarif, la Commission doit tenir compte non seulement des parties à l'instance, mais aussi des utilisateurs éventuels qui peuvent être assujettis au tarif. Il ressort du dossier que les deux opposants, le CSCP et *Goodlife*, représentent la majorité des établissements de conditionnement physique au Canada; ensemble, ils représentent plus de 5000 établissements de conditionnement

the Board has previously held that where a resolution on a tariff is supported by an industry association representing the vast majority of users, the Board “can take for granted that the agreement is in the interest of all users subject to the tariff.”<sup>16</sup> However, the tariff will also apply to dance instruction venues. The extent to which they are represented by FIC is unknown, but the lack of evidence prevents us from examining possible fairness issues in respect of the representativeness of these venues.

### ***Rates for fitness and dance classes***

[56] Given all the above, we certify terms and conditions reflected in the *Settlement Tariff*, with the necessary adjustments mentioned to remove any reference to the use of recorded music for background music in fitness centres and for skating. The terms and rates relating to the use of background music in fitness venues as a result of the interim decision of the Board dated April 17, 2014 are hereby rendered final.

### **III. TARIFF WORDING**

#### ***Definitions***

[57] The definitions included in the tariff are essentially the ones proposed by the parties, except for the adjustments made necessary given that the use of recorded music as background music in fitness areas and for skating were not subject to this redetermination proceeding.

#### ***Rates not subject to this redetermination***

[58] Since we were not seized of the issues of the use of recorded music as background music in fitness areas and for skating activities in the

physique et comptent plus de quatre millions de membres. Comme Ré:Sonne l’a souligné à juste titre, la Commission a déjà statué que, lorsqu’une résolution relative à un tarif est appuyée par une association de l’industrie représentant la vaste majorité des utilisateurs, la Commission « dédui[t] que l’entente sert les intérêts de tous les utilisateurs assujettis à ce tarif ». <sup>16</sup> Cependant, le tarif s’appliquera aussi aux lieux d’enseignement de la danse. On ne sait pas dans quelle mesure celles-ci sont représentées par le CSCP, mais l’absence d’éléments de preuve nous empêche d’examiner les questions d’équité qui peuvent se poser à l’égard de la représentativité de ces lieux.

### ***Taux pour les cours de conditionnement physique et les cours de danse***

[56] Compte tenu de tout ce qui précède, nous homologuons les modalités reflétées dans la *Convention de Tarif*, sous réserve des rajustements nécessaires mentionnés visant à enlever toute référence à l’utilisation de musique enregistrée comme musique de fond dans les centres de conditionnement physique et pour le patinage. Les modalités et les taux relatifs à l’utilisation de musique de fond dans les lieux de conditionnement physique découlant de la décision provisoire de la Commission datée du 17 avril 2014 sont, par conséquent, définitifs.

### **III. LIBELLÉ DU TARIF**

#### ***Définitions***

[57] Les définitions incluses dans ce tarif sont essentiellement identiques à celles proposées par les parties, à l’exception des ajustements rendus nécessaires étant donné que l’utilisation de musique enregistrée comme musique de fond dans les lieux de conditionnement physique et pour le patinage n’étaient pas assujettie au présent réexamen.

#### ***Taux non assujettis au présent réexamen***

[58] Puisque dans le cadre du présent réexamen, nous ne sommes pas saisis des questions à l’égard de l’utilisation de musique enregistrée

current redetermination, the provisions of *Tariff 6.B* dealing with those activities remain in force and are unchanged. Therefore, sections 4 and 6 in the tariff are identical to sections 2 and 4, respectively, of *Tariff 6* as certified by the Board on July 7, 2012.

***Transitional provisions***

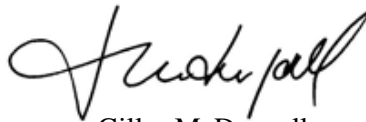
[59] The tariff contains certain transitional provisions made necessary because it replaces the tariff previously certified by the Board for the same activities, and applies retroactively. Since the royalties payable pursuant to this tariff will differ from the royalties payable pursuant to the previously certified tariff, multiplying interest factors need to be applied to the difference. As stated before, we believe the tariff will generally result in higher royalties payable. However, to account for the possibility that some users may end up owing less than under the previously certified tariff, multiplying factors will apply to both royalties owed and excess royalty payments.

comme musique de fond dans les lieux de conditionnement physique et pour le patinage, les articles du *Tarif 6.B* qui traitent de ces activités demeurent en vigueur et inchangés. Conséquemment, les articles 4 et 6 du tarif sont identiques aux articles 2 et 4, respectivement, du *Tarif 6.B* tel qu'homologué par la Commission le 7 juillet 2012.

***Dispositions transitoires***

[59] Le tarif contient certaines dispositions transitoires rendues nécessaires parce qu'il remplace le tarif homologué auparavant par la Commission pour les mêmes activités, et s'applique de manière rétroactive. Puisque les redevances exigibles en vertu de ce tarif différeront de celles exigibles en vertu du tarif homologué précédent, des facteurs d'intérêt multiplicatifs doivent être appliqués à ces différences. Comme mentionné précédemment, nous croyons que le tarif générera des redevances exigibles généralement plus élevées. Toutefois, pour tenir compte de la possibilité que certains utilisateurs paient moins qu'en vertu du tarif précédemment homologué, les facteurs d'intérêt multiplicatifs s'appliqueront autant aux redevances exigibles qu'au trop-perçu.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall  
Secretary General

## ENDNOTES

1. *Re:Sound Tariff No. 6.B (Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities) 2008-2012* (July 7, 2012).
2. *Re:Sound Tariff No. 6.B – Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities, 2008-2012* (6 July 2012) Copyright Board [Decision](#) (hereinafter the “July 6, 2012 Decision”) at para 162.
3. *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada and Goodlife Fitness Centres Inc.*, 2014 FCA 48.
4. *Supra* note 1, ss 2 and 4.
5. *Supra* note 2 at paras 128-133 for background music and para 176 for skating.
6. *Re:Sound Tariff No. 6.B – Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities, 2008-2012* (17 April 2014) Interim Copyright Board [Decision](#).
7. [2003] 3 F.C. 529.
8. *Ibid* at para 54.
9. [2013] 3 SCR 125 at para 46.
10. *Supra* note 2 at para 147.
11. *Ibid* at paras 161-165.
12. FIC and Goodlife joint submissions, submitted on May 23, 2014 at 2.
13. Parties’ joint submissions, submitted on May 23, 2014 at 4.
14. *Supra* note 12 at 2.
15. Re:Sound’s submissions, dated May 23, 2014 at 2.

## NOTES

1. *Tarif n° 6.B de Ré:Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012* (7 juillet 2012).
2. *Tarif n° 6.B de Ré:Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012* (6 juillet 2012) [décision](#) de la Commission du droit d'auteur (ci-après la « décision du 6 juillet 2012 ») au para 162.
3. *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada et Goodlife Fitness Centres Inc.*, 2014 CAF 48.
4. *Supra* note 1, arts 2 et 4.
5. *Supra* note 2 aux para 128 à 133 pour la musique de fond et au para 176 pour le patinage.
6. *Tarif n° 6.B de Ré:Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012* (17 avril 2014) [décision](#) provisoire de la Commission du droit d’auteur.
7. [2003] 3 C.F. 529.
8. *Ibid* au para 54.
9. [2013] 3 RCS 125 au para 46.
10. *Supra* note 2 au para 147.
11. *Ibid* aux paras 161 à 165.
12. Observations conjointes du CSCP et de *Goodlife*, déposées le 23 mai 2014 à la p 2.
13. Observations conjointes des parties, déposées le 23 mai 2014 à la p 4.
14. *Supra* note 12 à la p 2.
15. Observations de Ré:Sonne, datées du 23 mai 2014 à la p 2.

16. *SOCAN Various Tariffs* (29 June 2012)  
Copyright Board [Decision](#) at para 30.

16. *Divers tarifs de la SOCAN* (29 juin 2012)  
[décision](#) de la Commission du droit  
d'auteur au para 30.

**APPENDIX**

**Table: Main differences between the applicable rates for *Tariff 6.B* and the *Settlement Tariff***

<i>Tariff 6.B (2008-2012), as certified on July 7, 2012</i>		<i>Settlement Tariff, 2008-2012</i>	
<b>Use of Music/Activities</b>	<b>Royalties payable</b>	<b>Use of Music/Activities</b>	<b>Royalties payable</b>
<b>Background Music (Fitness)</b>  In areas with weight training, cardiovascular training, circuit training and other similar activities, other than fitness classes.	- 3.2% of the amount paid to subscribe to a third-party music supplier, or - 0.0831¢ per admission.	<b>Fitness venues</b>  In all areas within a fitness venue other than during a fitness or dance class, including weight training, cardiovascular training, circuit training and other fitness activities, as well as in change rooms, hallways, offices and lobby areas.	- 3.2% of the amount paid to subscribe to a third-party music supplier, or - \$50 per year if fewer than 1,000 members, \$250 if between 1,000 and 5,000 members or if membership is not tracked, \$500 if more than 5,000 members.
<b>Fitness Classes</b>  During fitness classes.	Flat fee of \$105.74 per year per venue.	<b>Fitness Classes and Dance Classes, including skating lessons</b>	Amount per class:  31.0¢ (2008) 31.9¢ (2009) 32.8¢ (2010) 33.8¢ (2011) 34.8¢ (2012)
<b>Dance Instruction and Other Physical Activities</b>	Flat fee of \$23.42 per year per venue.		
<b>Skating</b>	- 0.44% of the gross receipts from admissions, subject to a minimum of \$38.18. - Flat fee of \$38.18 per year per venue if no admission fee is charged.	<b>Skating venues, excluding skating lessons</b>	- 0.44% of the gross receipts from admissions, subject to a minimum of \$38.18. - Flat fee of \$38.18 per year per venue if no admission fee is charged.

ANNEXE

**Tableau : Principales différences entre les taux applicables selon le *Tarif 6.B* et selon la *Convention de Tarif***

<i>Tarif 6.B (2008-2012), tel qu'il a été homologué le 7 juillet 2012</i>		<i>Convention de Tarif, 2008-2012</i>	
<b>Utilisation de musique/activités</b>	<b>Redevances exigibles</b>	<b>Utilisation de musique/activités</b>	<b>Redevances exigibles</b>
<p><b>Musique de fond (conditionnement physique)</b></p> <p>Dans les aires où il y a des activités physiques comme l'entraînement aux poids, cardio-vasculaire ou en circuit, sauf durant un cours de conditionnement.</p>	<p>- 3,2 % du montant payé pour s'abonner au service d'un fournisseur tiers de musique, ou</p> <p>- 0,0831 ¢ par entrée.</p>	<p><b>Lieux de conditionnement physique</b></p> <p>Dans toutes les parties d'un lieu de conditionnement physique, sauf durant un cours de conditionnement physique ou un cours de danse, y compris les activités physiques comme l'entraînement aux poids, cardio-vasculaire ou en circuit, ainsi que dans les vestiaires, les corridors, les bureaux et le vestibule.</p>	<p>- 3,2 % du montant payé pour s'abonner au service d'un fournisseur tiers de musique, ou</p> <p>- 50 \$ par année s'il y a moins de 1000 membres, 250 \$ s'il y a entre 1000 et 5000 membres ou si le nombre de membres n'est pas compté, 500 \$ s'il y a plus de 5000 membres.</p>
<p><b>Cours de conditionnement physique</b></p> <p>Pendant les cours de conditionnement physique.</p>	<p>Redevance fixe de 105,74 \$ par année par établissement.</p>	<p><b>Cours de conditionnement physique et cours de danse, y compris les cours de patinage</b></p>	<p>Montant par cours :</p> <p>31,0 ¢ (2008)</p> <p>31,9 ¢ (2009)</p> <p>32,8 ¢ (2010)</p> <p>33,8 ¢ (2011)</p> <p>34,8 ¢ (2012)</p>
<p><b>Enseignement de danse et autres activités physiques</b></p>	<p>Redevance fixe de 23,42 \$ par année par établissement.</p>		
<p><b>Patinage</b></p>	<p>- 0,44 % des recettes brutes d'entrée, sous réserve d'une redevance minimale de 38,18 \$.</p> <p>- Redevance fixe de 38,18 \$ par année par établissement si l'on ne perçoit pas de prix d'entrée.</p>	<p><b>Lieux de patinage, à l'exclusion des cours de patinage</b></p>	<p>- 0,44 % des recettes brutes d'entrée, sous réserve d'une redevance minimale de 38,18 \$.</p> <p>- Redevance fixe de 38,18 \$ par année par lieu si l'on ne perçoit pas de prix d'entrée.</p>