

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

[*CB-CDA 2017-008*]

[*CB-CDA 2017-008*]

**Collective Administration of Performing
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)

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY 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 Tariff No. 22.D.1 – Internet –
Online Audiovisual Services (2007-2013)]

[Tarif n° 22.D.1 de la SOCAN – Internet –
Services audiovisuels en ligne (2007-2013)]

**DECISION OF THE BOARD
[Redetermination]**

**DÉCISION DE LA COMMISSION
[Réexamen]**

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

The Honourable Robert A. Blair
Mr. Claude Majeau
Mr. J. Nelson Landry

L'honorable Robert A. Blair
M^e Claude Majeau
M^e J. Nelson Landry

Date of the Decision

Date de la décision

January 27, 2017

Le 27 janvier 2017

Reasons for the Decision

I. INTRODUCTION

[1] On July 18, 2014, the Board rendered a decision certifying *SOCAN Tariff No. 22.D.1 – Internet – Online Audiovisual Service (2007-2013)*. This tariff targets interactive online audiovisual services that deliver webcasts of audiovisual works to end users.

[2] In its decision, the Board determined there was insufficient evidence to challenge the fairness of the minimum fee it certified for services that offer free trials. Due to its failure to participate in the opposition process and on the delays which would necessarily occur if it were allowed to participate at a late stage of the proceedings, Netflix had not been allowed to introduce new evidence or make submissions in this respect.

[3] The panel which rendered the Board's decision comprised the Honourable William J. Vancise, Mr. Claude Majeau and Mr. J. Nelson Landry.

[4] On August 15, 2014, Netflix filed an application for judicial review before the Federal Court of Appeal (the "Court") to set aside paragraph 3(b) of *Tariff 22.D.1 (2007-2013)*, which deals with royalties for free trial subscriptions.

[5] Netflix based its application on the ground – among others – that, essentially, it had been denied the right to be heard on paragraph 3(b) of *Tariff 22.D.1*, a provision which did not appear in the proposed versions of the tariff that were published in the *Canada Gazette* pursuant to paragraph 67.1(5) of the *Copyright Act*.¹

[6] On December 17, 2015, the Court rendered its decision. It granted Netflix's

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

[1] Le 18 juillet 2014, la Commission a rendu une décision homologuant le *Tarif n° 22.D.1 de la SOCAN – Internet – Services audiovisuels en ligne (2007-2013)*. Ce tarif vise les services audiovisuels en ligne interactifs qui transmettent des diffusions Web d'œuvres audiovisuelles à des utilisateurs.

[2] Dans sa décision, la Commission a conclu que la preuve était insuffisante pour mettre en doute l'équité de la redevance minimale qu'elle a homologuée pour les services qui offrent des essais gratuits. En raison du fait qu'elle n'avait pas participé au processus d'opposition ainsi que des délais qui se produiraient nécessairement s'il lui était permis d'intervenir à une étape tardive de l'instance, *Netflix* n'avait pas été autorisée à produire de nouveaux éléments de preuve ou à présenter des observations à ce sujet.

[3] La formation qui a rendu la décision de la Commission était constituée de l'honorable William J. Vancise, de M^e Claude Majeau et de M^e J. Nelson Landry.

[4] Le 15 août 2014, *Netflix* a déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale (la « Cour ») en vue de faire annuler l'alinéa 3b) du *Tarif 22.D.1 (2007-2013)*, qui porte sur les redevances relatives aux abonnements d'essai gratuits.

[5] Dans le cadre de sa demande, *Netflix* a notamment fait valoir qu'elle avait essentiellement été privée de son droit d'être entendue au sujet de l'alinéa 3b) du *Tarif 22.D.1*, une disposition qui ne figurait pas dans les versions des projets de tarif qui ont été publiés dans la *Gazette du Canada* en vertu du paragraphe 67.1(5) de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹

[6] Le 17 décembre 2015, la Cour a rendu sa décision. Elle a accueilli la demande de *Netflix*

application and set aside the Board's decision insofar as it pertains to royalties payable for the offering of free trial subscriptions. The Court returned the matter to "a differently constituted panel of the Board for redetermination."²

[7] The Court found that a breach of duty of fairness had occurred as a result of the Board's refusal to allow Netflix to put forward its position. The Court indicated that although Netflix had not availed itself in a timely fashion of the 60-day window to participate in the opposition process and, as result, did not have the right to be heard, "the industry affected by the provision at issue enjoyed that right and therefore [Netflix] should have the opportunity to be heard and put its case forward."³

[8] The Court went on to state the following:

[43] Since tariffs certified by the Board are of general application, the interests that must be considered are those of an industry as opposed to those of an individual or an entity. This is a relevant factor that must be taken into account when determining whether a breach of the duty of procedural fairness has occurred.

[44] Another factor that must necessarily be considered is that through section 67.1 of the *Copyright Act* Parliament established an opposition mechanism allowing affected parties to be heard. That right cannot be lost or denied whenever the Board certifies a tariff which contains subject matter that did not appear in the tariff publicly advertised. There can be no doubt that the notice publicly given to the industry by way of the *Canada Gazette* is crucial to the decision to object or not to a proposed tariff.⁴

[9] On July 21, 2016, the Board set out a

et annulé la décision de la Commission dans la mesure où elle porte sur les redevances payables pour l'offre d'abonnements d'essai gratuits. La Cour a renvoyé l'affaire à « une autre formation différemment [constituée] de la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision ».²

[7] La Cour a conclu qu'il y avait eu manquement au devoir d'équité procédurale en raison du refus de la Commission de permettre à *Netflix* de faire valoir ses arguments. La Cour a indiqué que, même si *Netflix* ne s'était pas prévalu en temps utile du délai de 60 jours pour participer au processus d'opposition et que, de ce fait, elle n'avait pas eu le droit d'être entendue, « l'industrie touchée par la disposition en cause jouissait de ce droit et [Netflix] devait avoir la possibilité d'être entendue et de présenter ses arguments ».³

[8] Et la Cour d'ajouter les précisions suivantes :

[43] Étant donné que les tarifs homologués par la Commission sont d'application générale, les intérêts qui doivent être pris en considération sont ceux d'une industrie, par opposition à ceux d'un particulier ou d'une entité. Il s'agit d'un facteur pertinent dont il faut tenir compte quand on recherche s'il y a eu atteinte au devoir d'équité procédurale.

[44] Un autre facteur dont il faut nécessairement tenir compte est le fait qu'en adoptant l'article 67.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur fédéral a établi un mécanisme d'opposition afin de permettre aux parties visées de se faire entendre. Ce droit ne peut pas être perdu ni refusé chaque fois que la Commission homologue un tarif qui contient un sujet qui ne se trouvait pas dans le tarif mis à la disposition du public. Il n'y a pas de doute que l'avis donné publiquement à l'industrie par l'entremise de la *Gazette du Canada* est crucial en ce qui concerne la décision de s'opposer ou non à un projet de tarif.⁴

[9] Le 21 juillet 2016, la Commission a

process to redetermine the royalties for free trials in accordance with the Court's decision. Parties were asked to provide submissions on the nature of the redetermination process, the composition of the panel, the nature of the evidence that would be needed to redetermine the issue, the schedule of the proceedings, and any other issue perceived as relevant to the file.

[10] In respect of the second issue, the composition of the panel, the Board indicated that it was of the preliminary view that a panel constituted of the currently appointed members would be appropriate in this matter. Since the Court's decision, the composition of the Board has been altered with the replacement of the Honourable William J. Vancise by the Honourable Robert A. Blair, as Chairman.

[11] Final submissions by all parties were to be filed no later than Friday, September 2, 2016.

[12] On August 22, 2016, SOCAN and Netflix requested an extension of time to October 31, 2016, to respond to the Board's notice. This would allow them to engage in discussions with each other regarding a potential resolution of the free trial issue, which would avoid a contested redetermination, and to negotiate and draft its terms and to consult with the other parties.

[13] The same day, the Board granted the extension, providing that final submissions by all parties were to be filed no later than Monday, November 14, 2016.

[14] On October 31, 2016, the Board was informed that SOCAN and Netflix had engaged in negotiations and had agreed, with the consent of Cineplex Entertainment LP, on proposed wording to replace paragraph 3(b) in the certified tariff as follows:

(b) For a service that offers subscriptions to end-users: 1.7% for the years 2007-2010 and 1.9% for the years 2011-2013 of the

enclenché un processus visant à réexaminer les redevances relatives aux essais gratuits conformément à la décision de la Cour. Les parties ont été invitées à présenter des observations sur la nature du processus de réexamen, la constitution de la formation, la nature de la preuve nécessaire pour rendre une nouvelle décision, le calendrier de l'instance et toute autre question jugée pertinente.

[10] En ce qui concerne la deuxième question, à savoir la constitution de la formation, la Commission a indiqué qu'elle estimait à première vue qu'une formation constituée des membres actuellement en place serait appropriée en l'espèce. Depuis la décision de la Cour, la constitution de la Commission a été modifiée par le remplacement de l'honorable William J. Vancise par l'honorable Robert A. Blair, à titre de président.

[11] Les observations finales de toutes les parties devaient être déposées au plus tard le vendredi 2 septembre 2016.

[12] Le 22 août 2016, la SOCAN et *Netflix* ont demandé une prorogation du délai pour répondre à l'avis de la Commission jusqu'au 31 octobre 2016. Cela devait leur permettre d'engager des discussions entre elles concernant une résolution éventuelle de la question des essais gratuits, ce qui permettrait d'éviter un réexamen contesté, d'en négocier et rédiger les modalités et de consulter les autres parties.

[13] Le même jour, la Commission a accordé la prorogation, à la condition que les observations finales de toutes les parties soient déposées au plus tard le lundi 14 novembre 2016.

[14] Le 31 octobre 2016, la Commission a été informée que la SOCAN et *Netflix* avaient entrepris des négociations et s'étaient entendues, avec le consentement de *Cineplex Entertainment LP*, pour remplacer l'alinéa 3b) du tarif homologué par le projet de libellé suivant :

[TRADUCTION] b) pour un service qui offre des abonnements aux utilisateurs : 1,7 %

amounts paid by subscribers, subject to a minimum monthly fee of 6.8¢ for the years 2007-2010 and 7.5¢ for the years 2011-2013 per subscriber. In the case of a single, initial free trial of no more than one month's duration in any 12 month period offered to induce a prospective subscriber to enter into a paid subscription, there shall be no royalty fee payable; ("Settlement proposal").

[15] SOCAN and Netflix further indicated that a hearing would not be necessary and asked the Board to certify *Tariff 22.D.1* (2007-2013), as amended above in respect of paragraph 3(b).

[16] On November 7, 2016, counsel for Bell Canada, Yahoo! Canada, Rogers Communications, and Quebecor Media Inc. (collectively "the Services") notified the Board that the Services did not object to the wording proposed by SOCAN and Netflix.

[17] The same day, both the Canadian Association of Broadcasters and Facebook notified the Board that they took no position in respect of the Settlement proposal.

II. ANALYSIS

Composition of the Panel for Redetermination

[18] None of the parties provided comments on the Board's preliminary view that a panel constituted of the currently appointed members would be appropriate in this matter.

[19] It is the Board's opinion that the notion of a "differently constituted panel" includes any panel where the constituting members are not all the same rather than the more restricted view that it is limited to a panel composed entirely of different members. More specific language is generally used by the courts when

(années 2007 à 2010) et 1,9 % (années 2011 à 2013) des montants versés par les abonnés, sujet à un minimum mensuel de 6,8 ¢ (années 2007 à 2010) et de 7,5 ¢ (années 2011 à 2013) par abonné. Dans le cas d'un unique et premier essai gratuit d'une durée d'au plus un mois inclus dans toute période de 12 mois destiné à inciter un abonné potentiel à souscrire à un abonnement payant, aucun paiement de redevance n'est dû; (« proposition de règlement »).

[15] La SOCAN et *Netflix* ont en outre indiqué qu'il ne serait pas nécessaire de tenir une audience et ont demandé à la Commission d'homologuer le *Tarif 22.D.1* (2007-2013), tel qu'il est modifié ci-dessus en ce qui a trait à l'alinéa 3b).

[16] Le 7 novembre 2016, l'avocat de Bell Canada, *Yahoo! Canada*, *Rogers Communications* et Québecor Média inc. (collectivement appelés « les services ») a avisé la Commission que les services ne s'opposaient pas au libellé proposé par la SOCAN et *Netflix*.

[17] Le même jour, l'Association canadienne des radiodiffuseurs et *Facebook* ont avisé la Commission qu'ils ne prenaient pas position à l'égard de la proposition de règlement.

II. ANALYSE

Constitution de la formation aux fins du réexamen

[18] Aucune des parties n'a formulé d'observations sur l'opinion préliminaire de la Commission selon laquelle une formation constituée des membres actuellement en place serait appropriée en l'espèce.

[19] La Commission estime que la notion de « formation différemment constituée » comprend toute formation dont les membres ne sont pas tous les mêmes, contrairement à l'interprétation plus restrictive selon laquelle cette notion se limite à une formation entièrement constituée de nouveaux membres.

a completely different panel is required.⁵

[20] In any event, the doctrine of necessity⁶ would operate in these circumstances to permit a panel constituted of currently appointed members to redetermine the case even if the Chairman is the only one who did not participate in the original decision, in our opinion. Necessity also stems from the fact that the Board is the only decision maker statutorily mandated to make the redetermination decision and is presently comprised of only three members.

Settlement Proposal

[21] The Settlement proposal's only differences with the initially certified tariff is an additional minimum fee per subscriber and a new clause whereby any single free trial month within a 12-month subscription is royalty-free (see the Annex comparing the initially certified wording and the wording of the settlement proposal).

[22] As indicated above, all parties were given the opportunity to comment on the Settlement proposal and none opposed it. Furthermore, for the period covered, the Board is of the view that the Settlement proposal now takes into account the interests of all relevant potential users, including online audiovisual services which offer free trials such as Netflix.

II. TARIFF WORDING

[23] Paragraph 3(b) under the Settlement proposal refers to a free trial of no more than one month's duration. The Board's understanding is that the reference is to a calendar month, which may in effect range from 28 to 31 days. To remove any ambiguity and ensure clarity, the tariff ought to explicitly provide that the free trial duration

Les tribunaux emploient généralement des termes plus précis lorsqu'une formation entièrement différente est exigée.⁵

[20] Quoi qu'il en soit, à notre avis, la doctrine de la nécessité⁶ s'appliquerait dans les présentes circonstances pour permettre à une formation constituée de membres actuellement en fonction de rendre une nouvelle décision même si le président est le seul à ne pas avoir participé à la décision initiale. La nécessité découle également du fait que la Commission est le seul décideur chargé par la loi de rendre la décision de réexamen et qu'elle ne se compose actuellement que de trois membres.

Proposition de règlement

[21] Les seules différences qui existent entre la proposition de règlement et le tarif initialement homologué ont trait à une redevance minimale supplémentaire par abonné et à une nouvelle disposition selon laquelle les essais gratuits uniques d'une durée d'un mois inclus dans toute période d'abonnement de 12 mois ne sont assujettis à aucune redevance (voir l'annexe pour une comparaison entre le libellé initialement homologué et le libellé de la proposition de règlement).

[22] Tel que précédemment indiqué, toutes les parties ont eu la possibilité de formuler des observations sur la proposition de règlement et aucune ne s'y est opposée. De plus, pour la période visée, la Commission estime que la proposition de règlement tient maintenant compte des intérêts de tous les utilisateurs éventuels concernés, y compris les services audiovisuels en ligne qui offrent des essais gratuits comme *Netflix*.

II. LIBELLÉ DU TARIF

[23] L'alinéa 3b) figurant dans la proposition de règlement stipule un essai gratuit d'une durée d'au plus un mois. La Commission croit comprendre qu'il s'agit d'un mois civil, qui peut en fait compter de 28 à 31 jours. Pour écarter toute ambiguïté et par souci de clarté, le tarif doit prévoir expressément que l'essai gratuit peut être d'une durée d'au plus 31 jours

can be for a period of up to 31 days (see the Annex comparing the wording of the settlement proposal and the Board's certified wording).

[24] Accordingly, the Board replaces paragraph 3(b) of the initially certified tariff with the following, and certifies the tariff accordingly:

3(b) For a service that offers subscriptions to end-users: 1.7% for the years 2007-2010 and 1.9% for the years 2011-2013 of the amounts paid by subscribers, subject to a minimum monthly fee of 6.8¢ for the years 2007-2010 and 7.5¢ for the years 2011-2013 per subscriber. In the case of a single, initial free trial of up to 31 days in any 12-month period offered to induce a prospective subscriber to enter into a paid subscription, there shall be no royalty fee payable;

(voir l'annexe pour une comparaison entre le libellé de la proposition de règlement et le libellé homologué par la Commission).

[24] Par conséquent, la Commission remplace l'alinéa 3b) du tarif initialement homologué par l'alinéa 3b) suivant, et homologue le tarif en conséquence :

3b) pour un service qui offre des abonnements aux utilisateurs : 1,7 % (années 2007 à 2010) et 1,9 % (années 2011 à 2013) des montants versés par les abonnés, sujet à un minimum mensuel de 6,8 ¢ (années 2007 à 2010) et de 7,5 ¢ (années 2011 à 2013) par abonné. Dans le cas d'un unique et premier essai gratuit d'une durée d'au plus 31 jours inclus dans toute période de 12 mois destiné à inciter un abonné potentiel à souscrire à un abonnement payant, aucun paiement de redevance n'est dû;

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.
2. *Netflix, Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2015 FCA 289 at para 53.
3. *Ibid* at para 42.
4. *Ibid* at paras 43-44.
5. See *Dulmage v. Ontario (Police Complaints Commissioner)* (1994) 21 OR (3d) 356, 1994 CanLII 8773 (ON SCDC); see e.g. *Canadian Association of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2006 FCA 337 at para 24.
6. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 SCR 3 at para 6.

NOTES

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.
2. *Netflix, Inc. c. Société Canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2015 CAF 289 au para 53.
3. *Ibid* au para 42.
4. *Ibid* aux para 43-44.
5. Voir *Dulmage v. Ontario (Police Complaints Commissioner)* (1994) 21 OR (3^e) 356, 1994 CanLII 8773 (ON SCDC); voir par ex *Association canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2006 CAF 337 au para 24.
6. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 RCS 3 au para 6.

Annex / Annexe

Initially certified wording	Wording of the settlement proposal	Certified wording
<p>3(b) For a service that offers subscriptions to end users: 1.7% for the years 2007-2010, and 1.9% for the years 2011-2013, of the amounts paid by subscribers. In the case of free trials, a minimum monthly fee of 6.8¢ for the years 2007-2010 and 7.5¢ for the years 2011-2013 per free trial subscriber shall apply;</p>	<p>3(b) For a service that offers subscriptions to end-users: 1.7% for the years 2007-2010 and 1.9% for the years 2011-2013 of the amounts paid by subscribers, subject to a minimum monthly fee of 6.8¢ for the years 2007-2010 and 7.5¢ for the years 2011-2013 per subscriber. In the case of a single, initial free trial of no more than one month's duration in any 12 month period offered to induce a prospective subscriber to enter into a paid subscription, there shall be no royalty fee payable;</p>	<p>3(b) For a service that offers subscriptions to end-users: 1.7% for the years 2007-2010 and 1.9% for the years 2011-2013 of the amounts paid by subscribers, subject to a minimum monthly fee of 6.8¢ for the years 2007-2010 and 7.5¢ for the years 2011-2013 per subscriber. In the case of a single, initial free trial of no more than one month's duration <u>up to 31 days</u> in any 12-month period offered to induce a prospective subscriber to enter into a paid subscription, there shall be no royalty fee payable;</p>
Libellé initialement homologué	Libellé de la proposition de règlement	Libellé homologué
<p>3b) pour un service qui offre des abonnements aux utilisateurs : 1,7 % (années 2007 à 2010) et 1,9 % (années 2011 à 2013) des montants versés par les abonnés; dans le cas d'abonnements d'essai gratuits, un minimum mensuel de 6,8 ¢ (années 2007 à 2010) et de 7,5 ¢ (années 2011 à 2013) par abonné au service gratuit s'applique;</p>	<p>[TRANSLATION] 3b) pour un service qui offre des abonnements aux utilisateurs : 1,7 % (années 2007 à 2010) et 1,9 % (années 2011 à 2013) des montants versés par les abonnés, sujet à un minimum mensuel de 6,8 ¢ (années 2007 à 2010) et de 7,5 ¢ (années 2011 à 2013) par abonné. Dans le cas d'un unique et premier essai gratuit d'une durée d'au plus un mois inclus dans toute période de 12 mois destiné à inciter un abonné potentiel à souscrire à un abonnement payant, aucun paiement de redevance n'est dû;</p>	<p>3b) pour un service qui offre des abonnements aux utilisateurs : 1,7 % (années 2007 à 2010) et 1,9 % (années 2011 à 2013) des montants versés par les abonnés, sujet à un minimum mensuel de 6,8 ¢ (années 2007 à 2010) et de 7,5 ¢ (années 2011 à 2013) par abonné. Dans le cas d'un unique et premier essai gratuit d'une durée d'au plus un mois <u>31 jours</u> inclus dans toute période de 12 mois destiné à inciter un abonné potentiel à souscrire à un abonnement payant, aucun paiement de redevance n'est dû;</p>