

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

[*CB-CDA 2018-196*]

**Collective Administration in Relation to
Rights Under Sections 3, 15, 18 and 21**

Copyright Act, section 70.15

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE
COLLECTED BY SODRAC FOR THE
REPRODUCTION, IN CANADA, OF MUSICAL
WORKS EMBEDDED INTO
CINEMATOGRAPHIC WORKS FOR THE
PURPOSE OF DISTRIBUTING COPIES OF
THESE CINEMATOGRAPHIC WORKS FOR
PRIVATE USE OR FOR THEATRICAL
EXHIBITION

[SODRAC Tariff 5]

DECISION OF THE BOARD

[Redetermination (2009-2012)]
[Examination (2013-2016)]

Reasons delivered by:

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

Date of the Decision

September 28, 2018

[*CB-CDA 2018-196*]

**Gestion collective relative aux droits visés
aux articles 3, 15, 18 et 21**

Loi sur le droit d'auteur, article 70.15

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR
PAR LA SODRAC POUR LA REPRODUCTION,
AU CANADA, D'ŒUVRES MUSICALES
INCORPORÉES À DES ŒUVRES
CINÉMATOGRAPHIQUES EN VUE DE LA
DISTRIBUTION DE COPIES DE CES ŒUVRES
CINÉMATOGRAPHIQUES POUR USAGE
PRIVÉ OU EN SALLE

[Tarif 5 de la SODRAC]

DÉCISION DE LA COMMISSION

[Réexamen (2009-2012)]
[Examen (2013-2016)]

Motifs exprimés par :

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

Date de la décision

Le 28 septembre 2018

Reasons for the decision

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] The present decision mainly pertains to the certification of a tariff for the reproduction of musical works onto physical copies of an audiovisual work, such as DVDs, destined to consumers.

[1] La présente décision concerne principalement l'homologation d'un tarif pour la reproduction d'œuvres musicales dans des copies physiques d'œuvres audiovisuelles destinées aux consommateurs, telles que des DVD.

[2] Pursuant to subsection 70.13(1) of the *Copyright Act*¹ (the "Act"), the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) filed its proposed Tariff 5 for the reproduction, in Canada, of musical works embedded into cinematographic works for the purpose of distributing copies of these cinematographic works for private use or for theatrical exhibition for the years 2009 to 2012 (filed on March 28, 2008), 2013 (filed on March 20, 2012), 2014 (filed on March 28, 2013), 2015 (filed on March 31, 2014), and 2016 (filed on March 31, 2015). The proposed tariffs were published in the *Canada Gazette*.

[2] Au titre du paragraphe 70.13(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*¹ (la « Loi »), la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) a déposé son projet de tarif 5 pour la reproduction, au Canada, d'œuvres musicales incorporées à des œuvres cinématographiques en vue de la distribution de copies de ces œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle pour les années 2009 à 2012 (déposé le 28 mars 2008), 2013 (déposé le 20 mars 2012), 2014 (déposé le 28 mars 2013), 2015 (déposé le 31 mars 2014) et 2016 (déposé le 31 mars 2015). Les projets de tarif ont été publiés dans la *Gazette du Canada*.

[3] For the years 2009-2012, the Canadian Association of Film Distributors and Exporters (CAFDE), the Motion Picture Theatre Associations of Canada (MPTAC) and the Canadian Motion Picture Distributors Association (now Motion Picture Association – Canada) (MPA-C) filed timely objections to the proposal. MPTAC later withdrew its objection. MPA-C also withdrew its objection but filed extensive comments, as allowed by the Board's Directive on Procedure.

[3] Pour les années allant de 2009 à 2012, l'Association canadienne des distributeurs et exportateurs de films (ACDEF), la Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada (MPTAC) et l'Association canadienne des distributeurs de films (maintenant Association cinématographique – Canada) (MPA-C) se sont opposées dans les délais prescrits au projet. La MPTAC a plus tard retiré son opposition. La MPA-C a également retiré son opposition, mais a déposé des observations détaillées, comme le permet la directive sur la procédure de la Commission.

[4] CAFDE also filed timely objections for the years 2013 and 2014, MPA-C for 2013 to 2016, Québecor Media Inc. (QMI) for 2016 and the Canadian Association of Broadcasters (CAB) for 2015 and 2016. CAB and QMI withdrew their objection respectively in October 2015 and in March 2016. Upon request, MPA-C was granted intervenor status with limited rights for the

[4] L'ACDEF s'est également opposée dans les délais prescrits pour les années 2013 et 2014, la MPA-C pour les années allant de 2013 à 2016, Québecor Média Inc. (QMI) pour 2016 et l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) pour les années 2015 et 2016. L'ACR et QMI ont retiré leurs oppositions respectivement en octobre 2015 et mars 2016. Sur demande, la MPA-C s'est vue accorder le statut d'intervenante

years 2013-2016.

[5] On November 2, 2012, the Board certified SODRAC Tariff 5 for 2009-2012. On December 20, 2012, on request from CAFDE to reopen the decision for the purpose of correcting the Board's error in implementing the CAFDE DVD royalty proposal, the Board issued an interim decision by which the application of SODRAC Tariff 5 for 2009-2012 was suspended. The Board proceeded to a redetermination of the tariff and on July 5, 2013, certified SODRAC Tariff 5 for 2009-2012 for the second time.

[6] On October 20, 2014, the Federal Court of Appeal set aside the Board's decisions of November 2, 2012, and July 5, 2013, and referred the matter back to the Board for redetermination.

[7] On October 13, 2015, the Board ordered that the redetermination of SODRAC Tariff 5 for 2009-2012 be consolidated with the examination for the years 2013-2014.

[8] Following consultations with the parties, the Board ordered on November 10, 2015, the consolidation of the examination of SODRAC Tariff 5 for 2009-2014 with the examination for 2015-2016. It also set a hearing to begin on June 21, 2016.

[9] In May 2016, SODRAC and CAFDE filed with the Board a request for certification of a settlement tariff (the "Settlement Tariff") for the years 2009 to 2016 as well as a request to postpone the hearing *sine die*. The latter request was granted by the Board. In May 2017, the Board provided MPA-C with an opportunity to provide comments on the Settlement Tariff. In response, MPA-C indicated that it would not be submitting any such comments.

[10] Royalties under the Settlement Tariff are the greater of 1.2 per cent of revenues or

avec droits limités pour les années allant de 2013 à 2016.

[5] Le 2 novembre 2012, la Commission a homologué le tarif 5 de la SODRAC pour les années allant de 2009 à 2012. Le 20 décembre 2012, saisie d'une requête de l'ACDEF visant à rouvrir la décision dans le but de corriger l'erreur de la Commission dans sa mise en œuvre de la proposition de redevance sur les DVD présentée par l'ACDEF, la Commission a rendu une décision provisoire afin de suspendre l'application du tarif 5 de la SODRAC pour les années allant de 2009 à 2012. La Commission a alors procédé au réexamen du tarif et, le 5 juillet 2013, a homologué une seconde fois le tarif 5 de la SODRAC pour les années allant de 2009 à 2012.

[6] Le 20 octobre 2014, la Cour d'appel fédérale a annulé les décisions de la Commission du 2 novembre 2012 et du 5 juillet 2013, et renvoyé le dossier à la Commission pour réexamen.

[7] Le 13 octobre 2015, la Commission a ordonné que le réexamen du tarif 5 de la SODRAC pour les années allant de 2009 à 2012 soit joint à l'examen pour les années 2013 et 2014.

[8] Après consultation des parties, la Commission a ordonné, le 10 novembre 2015, que l'examen du tarif 5 de la SODRAC pour les années allant de 2009 à 2014 soit joint à l'examen pour les années 2015 et 2016. Elle a également fixé l'audience au 21 juin 2016.

[9] En mai 2016, la SODRAC et l'ACDEF ont présenté à la Commission une requête pour l'homologation d'un tarif négocié (la Convention de tarif) pour les années allant de 2009 à 2016 ainsi qu'une requête visant à reporter l'audience *sine die*. La Commission a fait droit à cette dernière requête. En mai 2017, la Commission a invité la MPA-C à formuler ses commentaires sur la Convention de tarif. En réponse, celle-ci a indiqué qu'elle n'en présenterait aucun.

[10] Les redevances dues au titre de la Convention de tarif sont représentées par le plus élevé des deux

8¢ per copy for the selling or renting of DVDs of audiovisual works for private use. Royalties under the Settlement Tariff are different from SODRAC's proposed rates for 2009-2016 as published in the *Canada Gazette* for those years. In particular, rates under the Settlement Tariff exceed the proposed rates in 2014-2016, in some circumstances. For example, a distributor that uses no more than 10 minutes of music may pay 6.58¢ per copy according to the 2016 proposed rates, but has to pay at least 8¢ per copy for the selling or renting of DVDs of audiovisual works according to the Settlement Tariff. The existence of these circumstances raised issues that required further examination by the Board.

[11] As such, the Board asked the parties to provide additional information with a view to assessing the potential effect of the Settlement Tariff on other players in this specific market. The parties were asked to provide information on the market's structure, the players, the royalties generated, the governance and membership of the trade association, the nature and extent of consultations that took place in relation to the Settlement Tariff, as well as all agreements between SODRAC and distributors covering the subject matter of SODRAC Tariff 5 for the period of 2009-2016. CAFDE and SODRAC were also asked to provide their position on fairness issues in regards of distributors not represented by CAFDE, who may prefer SODRAC's proposed rates over the Settlement Tariff.²

[12] On October 5, 2017, SODRAC provided its response on a highly confidential basis. Upon further request by the Board, SODRAC also provided a public version of its submissions.

[13] SODRAC identified distributors which are not CAFDE members. Among those non-

montants suivants : 1,2 pour cent des revenus ou 8 ¢ par copie pour la vente ou la location de DVD d'œuvres audiovisuelles pour usage privé. Les redevances au titre de la Convention de tarif sont différentes des taux proposés par la SODRAC pour les années allant de 2009 à 2016, tels qu'ils ont été publiés dans la *Gazette du Canada* pour ces années-là. En particulier, les taux prévus dans la Convention de tarif sont supérieurs aux taux proposés pour les années allant de 2014 à 2016 dans certaines circonstances. Par exemple, un distributeur qui n'utilise pas plus de 10 minutes de musique pourrait payer 6,58 ¢ par copie selon les taux proposés pour 2016, mais aurait à payer au moins 8 ¢ par copie pour la vente ou la location de DVD d'œuvres audiovisuelles selon la Convention de tarif. Cette situation a soulevé des questions qui ont nécessité un examen plus approfondi par la Commission.

[11] La Commission a donc demandé aux parties de lui fournir des renseignements supplémentaires en vue d'évaluer l'effet potentiel de la Convention de tarif sur les autres acteurs de ce marché particulier. Elle a invité les parties à lui fournir des renseignements sur la structure du marché, les acteurs, les redevances générées, la gouvernance et les membres de l'association commerciale, la nature et l'ampleur des consultations menées relativement à la Convention de tarif, ainsi que toutes les ententes conclues entre la SODRAC et les distributeurs concernant l'objet visé par le tarif 5 de la SODRAC pour la période allant de 2009 à 2016. L'ACDEF et la SODRAC ont également été invitées à faire valoir leur point de vue sur des questions d'équité concernant les distributeurs non représentés par l'ACDEF qui pourraient préférer les tarifs proposés par la SODRAC à ceux prévus par la Convention de tarif.²

[12] Le 5 octobre 2017, la SODRAC a communiqué sa réponse sous le sceau de la confidentialité. En réponse à une nouvelle demande de la Commission, la SODRAC a également fourni une version publique de ses observations.

[13] La SODRAC a identifié les distributeurs non membres de l'ACDEF. Parmi ceux-ci, la

members, SODRAC identified 2 subcategories: (i) those who have reached an agreement with SODRAC, and (ii) those with whom SODRAC wishes to reach an agreement.

[14] Regarding subcategory (i), the information provided by SODRAC was not sufficient to establish unequivocally that the agreements in existence covered the entire tariff term (2009-2016).

[15] Regarding subcategory (ii), because the tariff structure adopted in the Settlement Tariff was different from the proposed tariffs published in the *Canada Gazette* and, as such, was not subject to submissions by certain potential users, the Board was of the view that it had to consult more broadly to determine whether the Settlement Tariff took into account the interest of the targeted industry as a whole.

[16] In order to carry out this broader consultation, the Board asked SODRAC to provide the contact information of non-CAFDE distributors who do and who do not have agreements with SODRAC.

[17] In its letter dated December 22, 2017, SODRAC identified the distributors which are not CAFDE members and which did not have an agreement with SODRAC for the tariff term.

[18] Subsequently, in its Notice 2018-017, the Board asked for comments from these distributors on the Settlement Tariff, and more specifically, on the appropriateness of certifying SODRAC Tariff 5 as per the Settlement Tariff. These distributors were also provided with the file's relevant Board Notices, the Settlement Tariff and the parties' public responses to the Board's prior requests for additional information.

[19] None of these distributors filed

SODRAC a précisé qu'ils se classaient en deux sous-catégories : i) ceux qui avaient conclu une entente avec la SODRAC et ii) ceux avec qui la SODRAC souhaitait conclure une entente.

[14] En ce qui concerne la sous-catégorie i), les renseignements fournis par la SODRAC n'étaient pas suffisants pour établir de façon non équivoque que les ententes déjà conclues s'appliquaient à toute la durée prévue par ce tarif (2009 à 2016).

[15] En ce qui concerne la sous-catégorie ii), comme la structure tarifaire retenue dans la Convention de tarif était différente des projets de tarif publiés dans la *Gazette du Canada* et qu'elle n'avait donc pas fait l'objet d'observations de la part de certains utilisateurs potentiels, la Commission a estimé qu'elle devait mener des consultations plus larges pour déterminer si la Convention de tarif tenait compte des intérêts de l'ensemble de l'industrie visée.

[16] Pour mener ces consultations plus vastes, la Commission a demandé à la SODRAC de lui fournir les coordonnées des distributeurs non membres de l'ACDEF qui avaient une entente avec la SODRAC et celles des distributeurs qui n'avaient pas d'entente avec la SODRAC.

[17] Dans sa lettre du 22 décembre 2017, la SODRAC a identifié les distributeurs qui n'étaient pas membres de l'ACDEF et qui n'avaient pas conclu d'entente avec la SODRAC pour la période visée par le tarif.

[18] Par la suite, dans son Avis 2018-017, la Commission a invité les distributeurs en question à formuler leurs commentaires sur la Convention de tarif et, plus précisément, sur le bien-fondé de l'homologation du tarif 5 de la SODRAC sur la base de la Convention de tarif. Les distributeurs en question ont également reçu copie des avis pertinents de la Commission, ainsi que la Convention de tarif et les réponses publiques données par les parties aux demandes antérieures de renseignements supplémentaires de la Commission.

[19] Aucun des distributeurs n'a présenté

submissions in response to the Board's request for comments.

[20] On June 29, 2018, SODRAC filed a motion to amend the Settlement Tariff's transitional provision so that defaulting payors would incur late payment interests from January 1, 2009, instead of the agreed upon date of June 30, 2016. SODRAC explained that this was aimed at a particular user who had stopped making payments under the applicable tariff since 2009. CAFDE opposed this request on July 20, 2018, and SODRAC replied on July 24, 2018.

II. ANALYSIS

[21] Any tariff proposal, whether agreed to by the parties of record or not, must also take into consideration the interest of non-signatories or non-parties.

[22] In this respect, the Board's *Re: Sound Tariff 5* decision provides a useful framework when carrying out such an assessment for the purpose of certifying tariffs pursuant to agreements:

Before certifying a tariff based on agreements, it is generally advisable to consider (a) the extent to which the parties to the agreements can represent the interests of all prospective users and (b) whether relevant comments or arguments made by former parties and non-parties have been addressed. These are not hard and fast rules: prospective users who did not file a timely objection no longer have a right to air their views before the Board. Yet because tariffs are both prospective and of general application, some account must be taken of the interests of those who are not before us and who will be affected by our decision, especially with tariffs of first impression.³

[23] As far as this particular file is concerned, the Board's motives for

d'observations en réponse à la demande de la Commission en vue d'obtenir des commentaires.

[20] Le 29 juin 2018, la SODRAC a déposé une requête visant à modifier les dispositions transitoires de la Convention de tarif afin que des payeurs en défaut soient soumis à des intérêts pour paiement tardifs à partir du 1^{er} janvier 2009 au lieu de la date convenue du 30 juin 2016. La SODRAC a expliqué que cette mesure visait un utilisateur particulier qui avait cessé depuis 2009 d'effectuer les paiements prévus par le tarif applicable. L'ACDEF s'est opposée à cette requête le 20 juillet 2018 et la SODRAC a répliqué le 24 juillet 2018.

II. ANALYSE

[21] Tout projet de tarif, qu'il soit convenu ou non par les parties inscrites au dossier, doit également tenir compte de l'intérêt des non-signataires ou des non-parties.

[22] À cet égard, la décision *Tarif 5 de Ré: Sonne* rendue par la Commission propose un cadre utile pour effectuer une telle évaluation en vue d'homologuer un tarif conformément à une entente :

Avant d'homologuer un tarif qui reflète des ententes, il est habituellement préférable d'examiner : a) la mesure dans laquelle les parties aux ententes peuvent s'exprimer au nom de tous les utilisateurs et b) si les prétentions mises de l'avant par d'anciennes parties ou des tiers utilisateurs ont été prises en compte. Il ne s'agit pas de règles rigides : l'utilisateur éventuel qui ne s'oppose pas dans les délais prévus n'a plus voix au chapitre. Cela dit, puisqu'un tarif est une norme prospective d'application générale, il faut tenir compte, dans une certaine mesure, des intérêts de ceux qui ne sont pas devant nous et qui seront touchés par notre décision, surtout lorsque des tarifs inédits sont en cause.³

[23] En ce qui concerne le présent dossier, les raisons pour lesquelles la Commission a consulté

consulting with non-members of CAFDE were consistent with this *Re:Sound Tariff 5* framework, as it appears from its Notice 2017-164, which provided that:

Given that the SODRAC-CAFDE agreement is according to SODRAC [TRANSLATION] “initially specifically for the benefit of CAFDE members” and that non-CAFDE distributors have reached agreements that include “per-minute rates” for a term different from the tariff term, the Board is of the view that procedural fairness requires that non-CAFDE distributors be consulted on the SODRAC-CAFDE agreement, which – if certified as a tariff – would otherwise bind them without affording them the opportunity to being heard.

[24] With this objective in mind, the Board obtained and analysed additional information to allow a careful examination of the potential impact of the Settlement Tariff on the DVD distribution industry as a whole, if it were to be certified as requested by the parties.

[25] The information so provided by the parties showed that while CAFDE members are the main users in terms of the royalties paid under this tariff, accounting for over 60 per cent of the total royalties paid, they are not representative of the whole industry: CAFDE members account for 48 per cent of all distributors (Group 1), non-CAFDE distributors with an agreement with SODRAC account for 30 per cent of all distributors (Group 2), and non-CAFDE distributors that do not have an agreement with SODRAC account for 22 per cent of all distributors (Group 3).⁴

[26] The information also showed that all members of Group 1 and 2 are SODRAC

des personnes qui n'étaient pas membres de l'ACDEF étaient conformes au cadre établi dans la décision *Tarif 5 de Ré:Sonne*, comme le démontre son Avis 2017-164, qui prévoyait ce qui suit :

Étant donné que l'entente SODRAC-ACDEF est « à l'origine spécifiquement pour le bénéfice des membres de l'ACDEF » et que des distributeurs non membres de l'ACDEF ont conclu des ententes qui prévoient une structure « de taux au minutage » pour une durée différente du tarif, la Commission est d'avis que l'équité procédurale requiert que les distributeurs non membres de l'ACDEF soient consultés au sujet de l'entente SODRAC-ACDEF puisqu'autrement, si le tarif était homologué selon les modalités de l'entente, celle-ci s'imposerait à eux sans qu'ils aient eu l'opportunité de se faire entendre.

[24] Compte tenu de cet objectif, la Commission a obtenu et analysé des renseignements supplémentaires pour être en mesure de procéder à un examen attentif des conséquences éventuelles de la Convention de tarif sur l'industrie de la distribution de DVD dans l'ensemble, si le tarif devait être homologué conformément à la demande des parties.

[25] Les renseignements fournis par les parties ont démontré que, même si les membres de l'ACDEF sont les principaux utilisateurs en ce qui concerne les redevances versées conformément au tarif, représentant plus de 60 pour cent de la totalité des redevances versées, ils ne représentent pas l'ensemble de l'industrie. Les membres de l'ACDEF représentent 48 pour cent de l'ensemble des distributeurs (Groupe 1), les distributeurs qui ne sont pas membres de l'ACDEF et qui ont conclu une entente avec la SODRAC représentent 30 pour cent de tous les distributeurs (Groupe 2) et les distributeurs qui ne sont pas membres de l'ACDEF et qui n'ont pas conclu d'entente avec la SODRAC représentent 22 pour cent de tous les distributeurs (Groupe 3).⁴

[26] Les renseignements fournis ont également démontré que tous les membres du Groupe 1 et du

licensees for a contractual term that includes the entire tariff period.

[27] Furthermore, the information provided confirmed that the DVD distribution industry was not homogenous in terms of its actual SODRAC licensing practices. More specifically, a review of the various SODRAC licences showed that rate structures branch off into 2 main categories: a rate based on the amount of music used in an audiovisual work (“Per minute rate”) and a rate based on the greater of revenues or number of copies distributed (“Per revenue or Per copy rate”), whichever leads to the highest royalties.

[28] Distributors may rationally prefer a given structure depending on the amount of music used in their products. Large uses of music would tend to favor the per-revenue or per-copy rate, while, under a certain threshold of music used, some users may find it more advantageous to adopt a per-minute rate.

[29] Therefore, certifying a given rate structure may result in requiring certain users to pay more than they would under other rate structures.

[30] However, because Group 1 and Group 2 members have licence agreements with SODRAC that pre-empt the effect of any certified tariff, as per s. 70.191 of the *Act*, they are indifferent to the certification of a per minute or per revenue or per copy rate. The main concern is therefore Group 3, which may be adversely affected by one of the rate structures if certified.

[31] None of Group 3 members provided comments in response to the Board’s request. As such, it is reasonable to infer that Group 3 members are also indifferent to the Settlement Tariff or did not want to

Groupe 2 sont titulaires de licences de la SODRAC pour une période contractuelle qui englobe la totalité de la période visée par le tarif.

[27] De plus, les renseignements fournis ont confirmé que l’industrie de la distribution de DVD n’était pas homogène pour ce qui était des pratiques réelles de la SODRAC en matière d’octroi de licences. Plus précisément, un examen des diverses licences délivrées par la SODRAC a révélé que les structures tarifaires se scindent en deux grandes catégories : un taux fondé sur la quantité de musique utilisée pour une œuvre audiovisuelle (« taux à la minute ») et un taux calculé en fonction des revenus ou du nombre de copies distribuées (le taux fondé sur les revenus ou le taux à la copie), selon l’approche menant au montant de redevances le plus élevé.

[28] Les distributeurs peuvent logiquement préférer une structure donnée en fonction de la quantité de musique utilisée dans leurs produits. En cas d’utilisation intensive de musique, on aura tendance à favoriser le taux calculé en fonction des revenus ou du nombre de copies, tandis qu’en deçà d’un certain seuil de musique utilisée, certains utilisateurs trouveront plus avantageux de choisir la catégorie du taux à la minute.

[29] Par conséquent, l’homologation d’une structure tarifaire donnée peut obliger certains utilisateurs à payer davantage qu’ils ne le feraient selon d’autres structures tarifaires.

[30] Toutefois, étant donné que les membres du Groupe 1 et du Groupe 2 ont conclu avec la SODRAC des ententes de licence qui, en vertu de l’article 70.191 de la *Loi*, prévalent sur tout tarif homologué, l’homologation d’un taux à la minute, à la copie ou en fonction des revenus leur est indifférente. La préoccupation la plus importante concerne donc le Groupe 3, qui peut être défavorablement touché par l’une des structures tarifaires si elle était homologuée.

[31] Aucun des membres du Groupe 3 n’a formulé d’observations en réponse à la demande de la Commission. Il est donc raisonnable de conclure que la Convention de tarif importe peu pour les membres du Groupe 3 ou que ceux-ci n’ont pas

comment.

[32] In *Netflix v. SOCAN*,⁵ the Federal Court of Appeal approved generally of the *Re:Sound 5* framework, but refined it in cases where the subject matter of the settlement agreement differs from the published proposed tariffs, stating that:

where, as here, a settlement agreement deals with subject matter that did not appear in the published proposed royalties and where none of the parties at the negotiating table are adversely affected by the change, as is the case here, it seems to me that procedural fairness requires that a representative number of the affected segment of the industry be given the opportunity, if it so chooses, to make its comments and point of view known and dealt with by the Board.

[33] In the present case, where the rate base and structure of the Settlement Agreement and those of the Proposed Tariffs differ for some periods, the same procedural fairness concerns arise. As mentioned above, the Group 3 members which may be affected by such differences were consulted but did not provide comments. As such, the Board has discharged its duties with respect to procedural fairness as explained by the Federal Court of Appeal in the *Netflix* decision.

III. CONCLUSION AND DISPOSITION

[34] The fact that CAFDE members are not fully representative of the gamut of relevant users could have raised procedural fairness issues since the Settlement Tariff had not been subject to a proper publication process. Without such a process, non-members cannot assess whether the Settlement Tariff – if certified – would be contrary to their best interest.

[35] However, the Board was apprised of the

voulu formuler d'observations.

[32] Dans l'arrêt *Netflix c. SOCAN*,⁵ la Cour d'appel fédérale a souscrit dans l'ensemble au cadre établi dans la décision *Tarif 5 de Ré:Sonne*, mais en a précisé la portée dans les cas où l'objet de l'entente de règlement porterait sur une question différente de celle du projet de tarif publié. La Cour a formulé les observations suivantes :

Quand une entente de règlement porte sur une question qui ne figurait pas dans le projet de redevances publié, comme c'est le cas en l'espèce, et quand aucune des parties à la table de négociation n'est lésée par le changement, comme c'est aussi le cas en l'espèce, il me semble que l'équité procédurale exige qu'on donne à un membre représentatif du segment lésé de l'industrie la possibilité, s'il le désire, de formuler ses observations et son point de vue pour que la Commission en dispose.

[33] En l'espèce, lorsque la base tarifaire et la structure de la Convention de tarif sont différentes des tarifs proposés pour certaines périodes, les mêmes questions d'équité procédurale se posent. Comme nous l'avons déjà expliqué, les membres du Groupe 3 qui peuvent être affectés par ces différences ont été consultés, mais n'ont pas formulé de commentaires. La Commission s'est donc acquittée de ses obligations en matière d'équité procédurale, comme l'a expliqué la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Netflix*.

III. CONCLUSION ET DISPOSITIF

[34] Le fait que les membres de l'ACDEF ne représentent pas entièrement l'ensemble des utilisateurs concernés aurait pu soulever des questions d'équité procédurale puisque la Convention de tarif n'a pas fait l'objet d'un processus de publication approprié. Sans un tel processus, les non-membres ne sont pas en mesure d'apprécier si la Convention de tarif irait à l'encontre de leur intérêt supérieur, advenant le cas où elle serait homologuée.

[35] Toutefois, la Commission a appris qu'un

fact that a group of non-members of CAFDE were already licensed by SODRAC for the duration of the Settlement Tariff. This group is subject to their own licensing framework, distinct from any certified tariff, and as such, is not affected by it. As a result, no procedural fairness issue arises as far as these licensees are concerned.

[36] As far as industry players that do not have a SODRAC licence for the duration of the Settlement Tariff are concerned, the Board contacted all such distributors known to SODRAC to afford them the opportunity to comment on the Settlement Tariff and raise their concerns, if any.

[37] Considering that none have come forward or otherwise commented on the Settlement Tariff, the potential cause for breach of procedural fairness is alleviated.

[38] Accordingly, the Board certifies SODRAC Tariff 5 for the years 2009 to 2016 in accordance with the terms and conditions set out in the Settlement Tariff, with two modifications described below. The Board wishes to underscore the fact that the certified rate is warranted under the factual circumstances that are specific to this tariff term. Particular attention to the market's actual or anticipated characteristics under the next tariff term will likely be required when determining the appropriate rate.

[39] Section 18 of the Settlement Tariff provides that SODRAC may, upon a 30-day notice in writing, terminate the licence of a distributor who does not comply with this tariff. We strike out this section as it pertains to language of an individual contractual licence rather than a tariff. This also touches upon copyright liability and provisions in the *Act* governing remedies against tariff users. As such, it is a compliance and enforcement issue rather than a tariff certification issue.

groupe de non-membres de l'ACDEF était déjà titulaire de licences de la SODRAC pour la durée de la Convention de tarif. Ce groupe est assujéti à son propre cadre de licences, distinct de tout tarif homologué, et n'est donc pas touché par celui-ci. Par conséquent, aucune question d'équité procédurale ne se pose dans le cas de ces titulaires de licences.

[36] En ce qui concerne les acteurs de l'industrie qui ne sont pas titulaires d'une licence de la SODRAC pour la durée de la Convention de tarif, la Commission a communiqué avec tous les distributeurs connus de la SODRAC pour leur donner l'occasion de formuler des observations au sujet de la Convention de tarif et d'exprimer, le cas échéant, leurs préoccupations.

[37] Étant donné qu'aucun d'entre eux ne s'est manifesté ou n'a autrement formulé d'observations sur la Convention de tarif, tout risque de manquement à l'équité procédurale est atténué.

[38] Par conséquent, la Commission homologue le tarif 5 de la SODRAC pour les années 2009 à 2016 selon les modalités de la Convention de tarif, avec deux modifications décrites ci-dessous. La Commission tient à souligner le fait que le taux homologué est justifié dans les circonstances factuelles propres à cette période visée par le tarif. Il faudra probablement porter une attention particulière aux caractéristiques concrètes ou prévues du marché lors de la prochaine période tarifaire lorsqu'il s'agira d'établir le taux approprié.

[39] L'article 18 de la Convention de tarif prévoit que la SODRAC peut, sur avis écrit de 30 jours, mettre fin à la licence d'un distributeur qui ne se conforme pas au tarif. Nous radions cet article qui relève davantage d'un contrat de licence individuelle que d'un tarif. Il touche aussi au domaine de la responsabilité et des dispositions de la *Loi* applicables aux recours contre les utilisateurs régis par un tarif. Partant, il s'agit d'une question de conformité et de mise à exécution du tarif plutôt qu'une question d'homologation.

[40] Finally, we need to deal with the following transitional issues. In *CBC Radio 2011*, the Board wrote that “[t]he practice of using interest factors should be generalized.”⁶ In *Access Copyright (Governments), 2015*, the Board further clarified this statement: “[t]he term ‘generalized’ implies that there need to be special circumstances for interest factors not to be applied.”⁷ One example of special circumstances occurs when the Board certifies a tariff pursuant to an agreement among some or all of the users and the proposing collective, as we do here.

[41] We do not include interest factors in this tariff for the following reasons. First, when SODRAC and CAFDE jointly filed their request to certify, there was no mention of interest factors to be applied to retroactive adjustments. Nor was there any table of interest factors in Tariff 5 as certified for the years 2009-2012, either in 2012 or in 2013. In addition, the form of the tariff we certify today is almost identical to the interim tariff that has prevailed, for the vast majority of the period from January 1, 2009 to date. In our view, a typical distributor would have few, if any retroactive adjustments to make to SODRAC and such adjustments would likely be quantitatively small. While the fact that adjustments are likely to be small does not, on its own, dictate that we should not apply interest factors to retroactive payments, it gives us comfort that the decision not to do so will be of little practical consequence.

[42] Regarding the transitional provisions for which SODRAC requested a modification, we change the due date for royalty payments provided in the Settlement Tariff but not as requested. Since the applicable interim tariff is enforceable,⁸ and provides for interest on late payments, it would be inappropriate to address past defaults in the final tariff. This is in line with the Board’s positions on tariff compliance and enforcement issues, which it

[40] Enfin, nous devons aborder les questions transitoires suivantes. Dans la décision *Radio de la SRC 2011*, la Commission écrit qu’« [i]l faut étendre l’utilisation des facteurs d’intérêt. »⁶ Dans la décision *Access Copyright (gouvernements) 2015*, la Commission a précisé davantage cette affirmation : « le mot « étendre » sous-entend qu’il doit y avoir des circonstances spéciales pour que l’on n’applique pas de facteurs d’intérêt. »⁷ On trouve un exemple de circonstances spéciales lorsque la Commission homologue un tarif conformément à l’entente intervenue entre la totalité ou une partie des utilisateurs et la société de gestion qui présente la proposition, comme c’est le cas en l’espèce.

[41] Nous n’incluons pas de facteurs d’intérêt dans le présent tarif pour les motifs qui suivent. En premier lieu, lorsque la SODRAC et l’ACDEF ont déposé conjointement leur demande d’homologation, elles n’ont pas demandé que des facteurs d’intérêt soient appliqués à des rajustements rétroactifs. Il n’existait pas non plus de tableau de facteurs d’intérêt dans le tarif 5 tel qu’homologué pour les années allant de 2009 à 2012, ni en 2012 ni en 2013. De plus, le type de tarif que nous homologuons aujourd’hui est presque identique au tarif provisoire qui a prévalu pour la plus grande partie de la période depuis le 1^{er} janvier 2009 jusqu’à maintenant. À notre avis, le distributeur typique aurait peu, voire aucun, rajustement rétroactif à faire à la SODRAC et ces rajustements seraient probablement très modestes. Même si le fait que les rajustements soient probablement modestes ne nous oblige pas à lui seul à ne pas appliquer des facteurs d’intérêt à des versements rétroactifs, nous sommes rassurés par le fait que la décision de ne pas les appliquer aura peu de conséquences pratiques.

[42] En ce qui concerne les dispositions transitoires visées par la requête pour modifications de la SODRAC, nous modifions la date d’échéance prévue à la Convention de tarif pour les paiements de redevances, mais pas tel que demandé. Puisque le tarif provisoire applicable est obligatoire,⁸ et qu’il prévoit des intérêts pour paiements tardifs, il serait inapproprié de remédier aux paiements en défaut dans un tarif final. Cela est en adéquation avec les

deemed outside its jurisdiction.⁹ Certifying a June 30, 2016, due date would be tantamount to modifying the operation of or enforcing retroactively the interim tariff. We include transitional provisions with deadline dates (i.e., December 14, 2018) set after the certification date as users could not comply with tariff obligations set for the past. Users may however be subject to different obligations under the Settlement Tariff.

positions passées de la Commission au sujet de la conformité à un tarif et sa mise à exécution, qu'elle a jugé ne pas relever de sa compétence.⁹ Homologuer une date d'échéance au 30 juin 2016 reviendrait à appliquer rétroactivement le tarif provisoire ou en modifier le fonctionnement. Nous incluons des dispositions transitoires avec des échéances postérieures (soit le 14 décembre 2018) à la date d'homologation, étant donné que les utilisateurs ne peuvent remplir leurs obligations prévues pour le passé. Les utilisateurs pourraient toutefois être assujettis à différentes obligations au titre de la Convention de tarif.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.
2. See Notices 2017-095 and 2017-164.
3. *Re:Sound Tariff 5 – Use of Music to Accompany Live Events (Parts A to G), 2008-2012* (May 25, 2012) Copyright Board Decision at para 10 [*Re:Sound Tariff 5*]. See also *Netflix, Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2015 FCA 289 at paras 45 and following. [*Netflix*]
4. SODRAC estimates that Group 3 accounts for 8.36 per cent of royalties payable.
5. *Netflix*, *supra* note 3 at para 49.
6. *SOCAN-Re:Sound CBC Radio Tariff, 2006-2011* (July 8 2011) Copyright Board Decision at para 131.
7. *Access Copyright Provincial and Territorial Governments Tariff, 2005-2014* (May 22, 2015) Copyright Board Decision at para 522.
8. *Canadian Copyright Licensing Agency v. York University*, 2017 FC 669 at paras 188 ff.
9. See: *Re:Sound Tariff 3.A – Background Music Suppliers (2010-2013)* and *Re:Sound Tariff 3.B – Background Music (2010-2015)* (September 1, 2017) Copyright Board Decision at para 85; *Statement of Royalties to Be Collected by SOCAN (2011-2013), Re:Sound (2012-2014), CSI (2012-2013), Connect/SOPROQ (2012-2017) and Artisti (2012-2014) in Respect of Commercial Radio Stations* (April 21, 2016) Copyright Board Decision at para 405. See also *Private Copying Tariff Enforcement, 2001-2003*

NOTES

1. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C., 1985, ch. C-42.
2. Voir les Avis 2017-095 et 2017-164.
3. *Tarif 5 de Ré:Sonne – Utilisation de musique pour accompagner des événements en direct, 2008-2012 (Parties A à G)*, (25 mai 2012) décision de la Commission du droit d'auteur au para 10 [*Tarif 5 de Ré:Sonne*]. Voir également *Netflix, Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2015 CAF 289 aux para 45 et s. [*Netflix*]
4. La SODRAC estime que le Groupe 3 est responsable de 8,36 pour cent des redevances payables.
5. *Netflix*, *supra* note 3 au para 49.
6. *Tarif SOCAN-Ré:Sonne à l'égard de la Radio de la SRC, 2006-2011* (8 juillet 2011) décision de la Commission du droit d'auteur au para 131.
7. *Access Copyright (gouvernements provinciaux et territoriaux), 2005-2014* (22 mai 2015) décision de la Commission du droit d'auteur au para 522.
8. *Canadian Copyright Licensing Agency c. Université York*, 2017 CF 669 aux para 188 et s.
9. Voir : *Tarif 3.A de Ré:Sonne – Fournisseurs de musique de fond (2010-2013)* et *Tarif 3.B de Ré:Sonne – Musique de fond (2010-2015)* (1^{er} septembre 2017) décision de la Commission du droit d'auteur au para 85; *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN (2011-2013), Ré:Sonne (2012-2014), CSI (2012-2013), Connect/SOPROQ (2012-2017) et Artisti (2012-2014) à l'égard des stations de radio commerciale* (21 avril 2016) décision de la Commission du droit d'auteur au para 405. Voir aussi *Mise à exécution du tarif de la copie privée*,

(January 19, 2004) Copyright Board
Decision, to the effect that the Board does
not have jurisdiction to order compliance
with the tariff.

2001-2003 (19 janvier 2004) décision de la
Commission du droit d'auteur, selon laquelle
la Commission n'est pas compétente pour
ordonner l'application du tarif.