

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

**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)*

File: Public Performance of Musical Works

Dossier : Exécution publique d'œuvres musicales

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

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

[SOCAN Tariffs 22.D.1 – Audiovisual webcasts  
and 22.D.2 – Audiovisual user-generated content  
for the years 2007 to 2013]

[Tarifs 22.D.1 – Diffusions Web audiovisuelles et  
22.D.2 – Contenu audiovisuel généré par les  
utilisateurs pour les années 2007 à 2013]

**DECISION OF THE BOARD**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

The Honourable William J. Vancise  
Mr. Claude Majeau  
Mr. J. Nelson Landry

L'honorable William J. Vancise  
M<sup>c</sup> Claude Majeau  
M<sup>c</sup> J. Nelson Landry

*Date of the Decision*

*Date de la décision*

July 18, 2014

Le 18 juillet 2014

Ottawa, July 18, 2014

Ottawa, le 18 juillet 2014

**File: Public Performance of Musical Works**

**Dossier : Exécution publique d'œuvres musicales**

**Reasons for the decision**

**Motifs de la décision**

**I. INTRODUCTION**

**I. INTRODUCTION**

[1] Pursuant to section 67.1(2) of the *Copyright Act* (the “*Act*”), the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed statements of royalties it proposed to collect for audiovisual webcasts (Tariffs 22.4 and 22.D, hereafter Tariff 22.D.1) for the years 2007-2013 in March of 2006 to 2012 and for audiovisual user-generated content (Tariffs 22.7 and 22.G, hereafter Tariff 22.D.2). The statements were published in the *Canada Gazette* on May 20, 2006; June 23, 2007; June 14, 2008; July 4, 2009; July 31, 2010; May 28, 2011; and June 2, 2012.

[1] Conformément au paragraphe 67.1(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* (la « *Loi* »), la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) a déposé à chacun des mois de mars de 2006 à 2012, pour les années 2007-2013, des projets de tarif des redevances à percevoir pour les diffusions Web audiovisuelles (tarifs 22.4 et 22.D, ci-après tarif 22.D.1 de la SOCAN) et pour le contenu audiovisuel généré par les utilisateurs (tarifs 22.7 et 22.G, ci-après tarif 22.D.2). Les projets de tarif ont été publiés dans la *Gazette du Canada* les 20 mai 2006, 23 juin 2007, 14 juin 2008, 4 juillet 2009, 31 juillet 2010, 28 mai 2011 et 2 juin 2012.

[2] The following parties objected to one or both Tariffs: Apple Canada and Apple Inc. (Apple); Bell Canada, Yahoo! Canada, Rogers Communications, and Quebecor Media Inc. (collectively “the Services”); the Canadian Association of Broadcasters (CAB); the Canadian Broadcasting Corporation (CBC); YouTube LLC (YouTube); Cineplex Entertainment LP (Cineplex); the Computer and Communications Industry Association (CCIA);<sup>1</sup> Shaw Communications Inc. (Shaw);<sup>2</sup> and Pandora Media (Pandora). In addition, Pandora filed a request to intervene in respect of SOCAN Tariff 22, specifically for the year 2011.

[2] Les parties suivantes se sont opposées à l’un des tarifs ou au deux : *Apple Canada* et *Apple Inc.* (Apple), *Bell Canada*, *Yahoo! Canada*, *Rogers Communications* et *Québecor Média Inc.* (désignés collectivement par les Services), l’Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR), la Société Radio-Canada (SRC), *YouTube LLC* (YouTube), *Cineplex Entertainment LP* (Cineplex), la *Computer and Communications Industry Association* (CCIA),<sup>1</sup> *Shaw Communications Inc.* (Shaw)<sup>2</sup> et *Pandora Media* (Pandora). En outre, Pandora a déposé une requête en intervention à l’égard du tarif 22 de la SOCAN, spécifiquement pour l’année 2011.

[3] On April 29, 2011, the Board ruled that these SOCAN two tariffs would be heard jointly for the years 2007-2011. A process was initiated, with a hearing scheduled for June 19, 2012. Prior to the filing of any evidence, CCIA, Shaw and Pandora withdrew their objections from the matter. SOCAN filed its Statement of Case on March 5, 2012.

[3] Le 29 avril 2011, la Commission a décidé que ces deux projets de tarif feraient conjointement l’objet d’une audience pour les années 2007-2011. Le processus a été amorcé et l’audience a été fixée au 19 juin 2012. Avant que quelque preuve ne soit déposée, la CCIA, Shaw et Pandora ont retiré leurs oppositions. La SOCAN a déposé son énoncé de cause le 5 mars 2012.

[4] On May 25, 2012, the date on which the Objectors' cases were to be filed, all the Objectors jointly requested an indefinite postponement of the deadline to file such cases, citing the ongoing settlement negotiations with SOCAN; SOCAN agreed to the postponement. On November 28, 2012, SOCAN wrote to the Board attaching the settlement agreements for Tariff 22.D.1 and for Tariff 22.E,<sup>3</sup> a tariff for similar uses by CBC. Both agreements were for the years 2007 to 2013. At that time, SOCAN indicated that settlement negotiations for Tariff 22.D.2 were ongoing and the agreements would be filed in due course. SOCAN also requested the opportunity to comment on the agreements.

[5] On December 5, 2012, in lieu of asking specific questions to determine whether the tariffs appended to the agreements were fair and equitable, the Board invited parties to make submissions "in respect of the agreements." SOCAN filed a submission on January 11, 2013. The Objectors did not file a submission but reserved the right to respond to SOCAN's submission. SOCAN's submission is discussed in more detail below.

[6] On January 11, 2013, Netflix commented on SOCAN's submission in respect of the tariff 22.D.1 agreement and asked for an intervenor status. On January 25, 2013, Facebook asked the Board for the same status. On February 1, 2013, the Board granted intervenor status to both Netflix and Facebook.

[7] On March 20, 2013, SOCAN filed the agreement for Tariff 22.D.2 for the years 2007 to 2013.

[8] The Board then proceeded as follows. On March 26, 2013, it contacted the following parties who objected at some point to SOCAN Tariff 22 for the years 2007 to 2013 but are not a party to

[4] Le 25 mai 2012, date limite à laquelle les opposants devaient déposer leur preuve, tous les opposants ont demandé conjointement de reporter indéfiniment cette date limite en invoquant les négociations en cours avec la SOCAN. Cette dernière a accepté la demande de report. Le 28 novembre 2012, la SOCAN a écrit à la Commission, en joignant des ententes de règlement pour le tarif 22.D.1 et pour le tarif 22.E,<sup>3</sup> un tarif visant la SRC pour des utilisations similaires. Les deux ententes étaient pour les années 2007 à 2013. Au même moment, la SOCAN a indiqué que les négociations en vue d'une entente pour le tarif 22.D.2 étaient en cours et que cette entente serait déposée en temps opportun. La SOCAN a aussi demandé d'avoir la possibilité de faire des observations sur les ententes.

[5] Le 5 décembre 2012, au lieu de poser des questions spécifiques visant à déterminer si les tarifs annexés aux ententes étaient justes et équitables, la Commission a invité les parties à présenter des observations « sur les ententes ». La SOCAN a déposé des observations le 11 janvier 2013. Les opposants n'ont pas présenté d'observations, mais se sont réservé le droit de répondre aux observations de la SOCAN. Les observations de la SOCAN sont analysées plus en détail plus loin dans cette décision.

[6] Le 11 janvier 2013, Netflix a commenté les observations de la SOCAN à l'égard de l'entente sur le tarif 22.D.1 et a demandé l'autorisation d'intervenir. Le 25 janvier 2013, Facebook a aussi demandé la même autorisation à la Commission. Le 1<sup>er</sup> février 2013, la Commission a autorisé Netflix et Facebook à intervenir.

[7] Le 20 mars 2013, la SOCAN a déposé l'entente sur le tarif 22.D.2 pour les années 2007 à 2013.

[8] La Commission a alors procédé comme suit. Le 26 mars 2013, elle a communiqué avec les parties suivantes qui se sont opposées à un moment ou un autre au tarif 22 de la SOCAN

the agreements pertaining to SOCAN Tariffs 22.D.1 and 22.D.2, namely: Shaw, CAB, Pandora, Stingray Digital Group, Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada (ESA), Music Canada (previously CRIA) and Pelmorex Media Inc. Netflix and Facebook were also contacted. It addressed the following two questions to these nine objectors:

1. Do you stream audiovisual programs containing one or more musical works for which a licence from SOCAN may be required? If so, what are your views on the request that the Board certify a tariff that reflects the attached agreement between SOCAN on the one hand, and Apple Inc., Apple Canada Inc., Cineplex Entertainment LP, BCE Inc., Rogers Communication Partnership, Videotron G.P. and Yahoo! Canada Co., on the other?
2. Do you stream user-generated content containing one or more musical works for which a licence from SOCAN may be required? If so, what are your views on the request that the Board certify a tariff that reflects the attached agreement between SOCAN on the one hand, and YouTube LLC and Videotron G.P., on the other?

[9] Those who answered yes to one or more of these questions had the right to comment and SOCAN and the signatories to the agreements had a right of response. No further comments were permitted, except by leave of the Board.

[10] ESA and Music Canada withdrew from the proceedings. On April 16, 2013, Facebook, Netflix and CAB sent comments on the agreements in respect of both tariffs 22.D.1 and

pour les années 2007 à 2013, mais qui ne sont pas parties aux ententes relatives aux tarifs 22.D.1 et 22.D.2 de la SOCAN, c'est-à-dire : Shaw, l'ACR, Pandora, *Stingray Digital Group*, l'*Entertainment Software Association* et l'Association canadienne du logiciel de divertissement (ESA), *Music Canada* (auparavant la CRIA) et *Pelmorex Media Inc.* Elle a aussi contacté Netflix et Facebook. Elle a formulé les deux questions suivantes à ces neuf opposants :

- [TRADUCTION] 1. Diffusez-vous en continu des programmes audiovisuels qui contiennent une ou plusieurs œuvres musicales pour lesquelles une licence de la SOCAN est nécessaire? Si c'est le cas, que pensez-vous de la demande faite à la Commission d'homologuer un tarif qui témoigne de l'entente ci-jointe entre la SOCAN, d'une part, et *Apple Inc.*, *Apple Canada Inc.*, *Cineplex Entertainment LP*, *BCE Inc.*, *Rogers Communications Partnership*, *Vidéotron S.E.N.C.* et *Yahoo! Canada Co.*, d'autre part?
2. Diffusez-vous en continu du contenu généré par les utilisateurs qui contient une ou plusieurs œuvres musicales pour lesquelles une licence de la SOCAN est nécessaire? Si c'est le cas, que pensez-vous de la demande faite à la Commission d'homologuer un tarif qui témoigne de l'entente ci-jointe entre la SOCAN, d'une part, et *YouTube LLC* et *Vidéotron S.E.N.C.*, d'autre part?

[9] Les parties qui ont répondu par l'affirmative à au moins l'une ou l'autre de ces questions avaient le droit de faire des observations, et SOCAN et les signataires des ententes avaient un droit de réplique. Aucune autre observation n'était permise, sauf avec l'autorisation de la Commission.

[10] ESA et *Music Canada* se sont désistées. Le 16 avril 2013, Facebook, Netflix et l'ACR ont transmis leurs observations à l'égard des ententes sur les tarifs 22.D.1 et 22.D.2. La SOCAN et

22.D.2. SOCAN and YouTube replied on May 21, 2013.

[11] On June 10, 2013, Netflix sought leave to reply to SOCAN and to adduce additional evidence. On July 2, 2013, the Board granted leave to reply, except insofar as it pertains to fair dealing.

## II. POSITION OF THE PARTIES

### A. SOCAN

[12] SOCAN's initial proposal, as published in the *Canada Gazette*, was for 15 per cent of the greater of gross revenues and gross expenses for Tariff 22.D.1 and 10 per cent of the greater of gross revenues and gross expenses for Tariff 22.D.2, with minimum fees of \$200 per month for each tariff.

[13] In its statement of case, without explaining the reasons for doing so, SOCAN changed the rate base from gross revenues to online revenues and proposed 2.1 per cent for permanent downloads, 2.3 per cent for limited downloads, and 3.5 per cent for streams, under Tariff 22.D.1 and a flat rate of 7 per cent for Tariff 22.D.2. For both tariffs, SOCAN's expert derived these rates using Tariff 22.A (Online Music Services) as a proxy.

[14] The decision of the Supreme Court of Canada in *ESA v. SOCAN*<sup>4</sup> meant that SOCAN no longer had the right to collect royalties for permanent downloads and limited downloads. This was reflected in the Board's recent decision on online music services<sup>5</sup> which had been structured the same way. As a result, neither agreement filed by SOCAN makes reference to downloads.<sup>6</sup>

YouTube ont répliqué le 21 mai 2013.

[11] Le 10 juin 2013, Netflix a demandé l'autorisation de répliquer à la SOCAN et de présenter des éléments additionnels de preuve. Le 2 juillet 2013, la Commission a accordé son autorisation, sauf en ce qui concerne l'utilisation équitable.

## II. POSITION DES PARTIES

### A. SOCAN

[12] La proposition initiale de la SOCAN, telle que publiée dans la *Gazette du Canada* était de 15 pour cent du plus élevés des revenus bruts ou des dépenses brutes pour le tarif 22.D.1 et de 10 pour cent du plus élevé des revenus bruts ou des dépenses brutes pour le tarif 22.D.2, avec des redevances minimales de 200 \$ par mois pour chacun des tarifs.

[13] Dans son énoncé de cause, sans en donner les motifs, la SOCAN a fait passer l'assiette tarifaire des revenus bruts aux revenus générés en ligne et a proposé 2,1 pour cent pour les téléchargements permanents, 2,3 pour cent pour les téléchargements limités et 3,5 pour cent pour les diffusions en continu dans le cas du tarif 22.D.1 et un taux fixe de 7 pour cent dans le cas du tarif 22.D.2. Dans le cas des deux tarifs, l'expert de la SOCAN a calculé ces taux à l'aide du tarif 22.A (Services de musique en ligne) comme point de référence.

[14] Par suite de l'arrêt *ESA c. SOCAN*<sup>4</sup> de la Cour suprême du Canada, la SOCAN n'a plus le droit de percevoir des redevances pour les téléchargements permanents et limités, ce dont la Commission a tenu compte dans sa récente décision sur les services de musique en ligne,<sup>5</sup> dont la structure était la même. Ainsi, aucune des ententes déposées par la SOCAN ne fait référence aux téléchargements.<sup>6</sup>

[15] The Tariff 22.D.1 agreement divides streaming revenues into three sources: (1) per-program fees from end-users; (2) subscription fees from end-users; and (3) advertising revenues. The basic form of the settlement tariff<sup>7</sup> is 1.7 per cent of the rate base for 2007-2010 and 1.9 per cent of the rate base for 2011-2013.

[16] For the first revenue source, the rate base is the amount paid by end users, subject to a minimum fee of \$0.013 per program. For the second revenue source, the rate base is the amount paid by subscribers, subject to a minimum fee of \$0.068 per subscriber in 2007-2010 and \$0.075 in 2011-2013. For the third revenue source, the rate base is Internet-related advertising revenues, multiplied by an appropriate adjustment factor.

[17] There are four adjustment factors in the 22.D.1 agreement; each of which has the effect of reducing the royalties otherwise payable. For domestic music video services, the factor is 95 per cent. For domestic services that are not music video services, the factor is 75 per cent. For foreign music video services, the factor is 9.5 per cent. For foreign services other than music video services, the factor is 7.5 per cent. Each of these four factors can be adjusted if a relevant ratio of audiovisual page impressions to all page impressions can be made available by the service to SOCAN; the factors listed above are the default factors used if this ratio is not available.

[18] In addition to these fees for revenue-generating services, the 22.D.1 agreement specified that services that do not generate any revenues shall pay a minimum fee of \$15 per year.

[19] The agreement relating to 22.D.2 is very similar to the one relating to 22.D.1. The

[15] L'entente sur le tarif 22.D.1 répartit les revenus générés par les services de diffusion en continu en trois sources : 1) frais par programme exigés des utilisateurs finaux, 2) frais d'abonnement des utilisateurs finaux et 3) recettes publicitaires. La forme de base du tarif de l'entente<sup>7</sup> est de 1,7 pour cent de l'assiette tarifaire pour 2007-2010 et de 1,9 pour cent de l'assiette tarifaire pour 2011-2013.

[16] Pour la première source de revenus, l'assiette tarifaire est la somme payée par les utilisateurs finaux, sous réserve d'une redevance minimale de 0,013 \$ par programme. Pour la deuxième source de revenus, l'assiette tarifaire est la somme payée par les abonnés, sous réserve d'une redevance minimale de 0,068 \$ par abonné en 2007-2010 et de 0,075 \$ en 2011-2013. Pour la troisième source de revenus, l'assiette tarifaire est le produit des recettes publicitaires liées à l'Internet et d'un coefficient d'ajustement approprié.

[17] Il y a quatre coefficients d'ajustement dans l'entente 22.D.1, chacun ayant l'effet de diminuer les redevances qu'il faudrait autrement verser. Dans le cas des services de vidéoclips au Canada, le coefficient est de 95 pour cent. Dans celui des services au Canada autres que ceux de vidéoclips, le facteur est de 75 pour cent. Pour les services de vidéoclips à l'étranger, le coefficient est de 9,5 pour cent. Quant aux services à l'étranger autres que ceux de vidéoclips, le coefficient est de 7,5 pour cent. Chacun de ces quatre facteurs peut être ajusté si un rapport approprié entre les consultations de pages audiovisuelles et toutes les consultations de pages peut être fourni par le service à la SOCAN. Les coefficients précisés ci-dessus sont utilisés par défaut si ce rapport n'est pas fourni.

[18] En plus de ces frais pour les services qui génèrent des revenus, l'entente 22.D.1 prévoit que les services qui ne génèrent aucun revenu paieront une redevance minimale de 15 \$ par année.

[19] L'entente à l'égard de 22.D.2 est très similaire à celle à l'égard de 22.D.1. Elle prévoit

settlement tariff calls for a rate of 1.7 per cent of relevant revenues for the years 2007 to 2010 and 1.9 per cent of relevant revenues for the years 2011 to 2013, subject to an annual minimum fee of \$15.

[20] SOCAN explained the 22.D.1 agreement as follows. First, the tariff should apply not only to Objectors but to all online providers of audiovisual works containing SOCAN music and all services providing user-generated content, such as Facebook, MySpace and Vimeo, containing SOCAN music. Second, the certification of this tariff need not await the result of the Board's separate process on the making available right. Third, the Board should certify the tariff for the years 2007-2013. Although the hearing was to consider the tariff for the years 2007-2011, the agreement filed by SOCAN covered the years 2007 to 2013.

[21] In addition, SOCAN made arguments with respect to the "Re:Sound 5" criteria for certifying a tariff pursuant to an agreement. These criteria were first set forth in paragraph 10 of the decision relating to Re:Sound Tariff 5 (Use of music to accompany live events):<sup>8</sup>

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.

[22] First, the signatory objectors (Apple, Cineplex, and the Services) are some of the largest providers of audiovisual content in Canada other

des taux de 1,7 et de 1,9 pour cent des revenus pertinents pour les années 2007 à 2010 et 2011 à 2013, respectivement, et une redevance minimale annuelle de 15 \$.

[20] La SOCAN a expliqué en quoi consiste l'entente 22.D.1 de la manière suivante. Premièrement, le tarif devrait s'appliquer non seulement aux opposants, mais aussi à tous les fournisseurs en ligne d'œuvres audiovisuelles contenant de la musique faisant partie du répertoire de la SOCAN et à tous les services qui fournissent du contenu audiovisuel généré par les utilisateurs, comme Facebook, MySpace et Vimeo, qui contient de la musique faisant partie du répertoire de la SOCAN. Deuxièmement, il n'est pas nécessaire d'attendre le résultat du processus distinct de la Commission sur le droit de mise à disposition du public pour homologuer ce tarif. Troisièmement, la Commission doit homologuer le tarif pour les années 2007-2013. Même si l'audience devait porter sur l'examen de ce tarif pour les années 2007-2011, l'entente déposée par la SOCAN porte sur les années 2007 à 2013.

[21] De plus, la SOCAN a présenté des arguments concernant les critères du « tarif 5 de Ré:Sonne » pour l'homologation d'un tarif découlant d'une entente. Ces critères ont d'abord été énoncés au paragraphe 10 de la décision sur le tarif 5 de Ré:Sonne (Utilisation de musique pour accompagner des événements en direct) :<sup>8</sup>

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.

[22] Premièrement, les opposants signataires (Apple, Cineplex et les Services) figurent parmi les plus importants fournisseurs de contenu

than YouTube; in that sense, the signatories are representative.

[23] Second, other providers of audiovisual content have had ample opportunity to object to or intervene in these tariff proceedings and have chosen not to do so.

[24] Third, the agreement is the result of extensive negotiations between experienced counsel. This implies that the tariff reached in the agreement is that from an open and unrestricted market, between a willing buyer and a willing seller who are both informed and prudent, and who are acting independently from each other.

[25] Fourth, the tariff is not one of first impression; rather it builds on former Tariff 22.D (Commercial Television, Non-Broadcast Television, Pay Audio Services, Satellite Radio) and recently certified Tariff 22.A (Online Music Services). When a tariff of first impression is being considered (such as in *Re:Sound Tariff 5*), the Board has a greater duty to ensure that the agreement is the proper basis for the tariff. When a tariff is being renewed, this duty is smaller because potential users are more likely to be aware of a certified tariff than a proposed tariff.

#### B. Facebook

[26] Facebook explained that Audible Magic filtering is used to block videos that contain audio tracks that are copyrighted. This filter works by scanning the videos to see if they contain copyrighted tracks; if they do, Facebook does not permit the video to be uploaded. To the extent that the filter does not work,<sup>9</sup> the works are exempted pursuant to section 29.21 of the *Act*, the section relating to user-generated content that was inserted in the *Act* pursuant to the *Copyright Modernization Act*<sup>10</sup> and came into force in November 2012. Any videos with music originate on a third-party site that is the one doing the

audiovisuel du Canada autre que YouTube. En ce sens, les signataires sont représentatifs.

[23] Deuxièmement, les autres fournisseurs de contenu audiovisuel ont eu tout le temps voulu pour faire part de leur opposition ou pour intervenir en l'espèce et ont décidé de n'en rien faire.

[24] Troisièmement, l'entente est le résultat de longues négociations entre des avocats expérimentés. Cela implique que le tarif de l'entente provient d'un marché libre et sans restriction, entre deux personnes disposées à faire des transactions, informées et prudentes, et qui agissent de façon indépendante.

[25] Quatrièmement, ce tarif n'est pas sans précédent car il se fonde sur l'ancien tarif 22.D (Télévision commerciale, autres services de télévision, services sonores payants, radio par satellite) et le tarif 22.A homologué récemment (Services de musique en ligne). Lorsqu'un tarif sans précédent est examiné (comme dans le cas du tarif 5 de *Ré:Sonne*), il incombe à la Commission de bien s'assurer que l'entente est le fondement approprié pour le tarif. Lorsque le tarif est renouvelé, cette responsabilité est moindre, car les utilisateurs potentiels sont plus nombreux à être au courant d'un tarif homologué que d'un projet de tarif.

#### B. Facebook

[26] Facebook a expliqué qu'une technologie de filtrage d'*Audible Magic* est utilisée pour bloquer les vidéos qui contiennent des pistes sonores protégées par le droit d'auteur. Ce filtre scanne les vidéos pour y détecter la présence de pistes sonores protégées par le droit d'auteur et si c'est le cas, Facebook empêche le téléchargement de la vidéo. Si le filtre ne fonctionne pas,<sup>9</sup> les œuvres sont exemptées en vertu de l'article 29.21 de la *Loi*. Cet article qui traite du contenu généré par l'utilisateur a été ajouté par la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*<sup>10</sup> et est entré en vigueur en novembre 2012. Toute vidéo contenant



streaming. Facebook only links to those third-party sites. In Facebook's submission, the tariffs do not apply to it.

[27] In addition, Facebook proposed several changes to the tariffs:

- For tariff 22.D.1, the definition of "audiovisual page impressions" should be changed to mean impressions that "*occur* when a user views an audiovisual work" rather than impressions of pages that "allow" the user to hear an audiovisual work.
- In addition, the definition of "page impressions" in 22.D.1 should be clarified to add the following: "To the extent a service displays content and measures user 'impressions' of such content in units other than single internet web pages, it shall be acceptable to treat impressions of such units as 'page impressions' as long as the same unit measure is used in the numerator and denominator of part 'B' of the royalty formula in paragraph 3(c)."
- The default ratios in tariff 22.D.1 should be eliminated.
- For tariff 22.D.2, rather than attempting to isolate and calculate the specific revenue allegedly "generated by" actual visit to pages where videos were offered or viewed, services should have the option, as with tariff 22.D.1, of pro-rating revenue earned from general-use pages (with video as but one component) by the ratio of the total number of videos viewed on the page to the total number of impressions of all kinds served there. (In the case of the Facebook Home page, this would represent video stories viewed from the News Feed versus the total number of News Feed stories served.)

de la musique provient d'un site tiers à l'origine de la diffusion en direct. Facebook ne fait que pointer vers ces sites tiers. Dans sa présentation, Facebook soutient que les tarifs ne s'appliquent pas à elle.

[27] En outre, Facebook a proposé plusieurs changements aux tarifs :

- Dans le cas du tarif 22.D.1, la définition de « consultation de page audiovisuelle » devrait être changée pour désigner la consultation d'une page qui « *a lieu* lorsqu'un utilisateur voit une œuvre audiovisuelle » plutôt que la consultation d'une page qui « permet » à l'utilisateur d'entendre une œuvre audiovisuelle.
- De plus, la définition de « consultation de page » dans le tarif 22.D.1 devrait être clarifiée en y ajoutant ce qui suit : « Si un service affiche du contenu et mesure le nombre de "consultations" des utilisateurs selon des unités autres qu'une page Web, il est acceptable de considérer les consultations de ces unités comme des "consultations de pages" à condition que la même unité de mesure soit utilisée dans le numérateur et le dénominateur de la partie "B" de la formule de calcul des redevances figurant à l'alinéa 3c). »
- Les rapports par défaut figurant dans le tarif 22.D.1 devraient être éliminés.
- Dans le cas du tarif 22.D.2, plutôt que d'essayer d'isoler et de calculer les revenus qui « auraient été générés » directement par la consultation de pages où des vidéos étaient proposées ou regardées, les services devraient avoir la possibilité, comme dans le cas du tarif 22.D.1, de calculer proportionnellement les revenus générés par l'utilisation générale des pages (où les vidéos sont des éléments parmi d'autres) en effectuant le rapport entre le nombre total de vidéos regardées sur la

- For both tariffs, services calculating and reporting royalties should be able to use reasonable usage proxies from current periods (consistent with the recommended definitional changes to both tariffs identified above) for calculating royalty liability for past periods.

page et le nombre total de consultations de toute sorte à partir de cet endroit. (Dans le cas de la page d'accueil de Facebook, il s'agirait des vidéos consultées à partir du fil d'actualités par rapport au nombre total de vidéos proposées dans le fil d'actualités.)

- Dans le cas des deux tarifs, les services qui calculent les redevances et en rendent compte devraient être en mesure d'utiliser des points de référence raisonnables sur l'utilisation au cours des périodes actuelles (en accord avec les changements proposés ci-dessus aux définitions figurant dans les deux tarifs) pour calculer les redevances dues pour les périodes antérieures.

### C. Netflix

[28] As Netflix noted, the following provision of the settlement 22.D.1 tariff applies to Netflix:

“For a service that offers subscriptions to end-users: 1.7 per cent for the years 2007-2010 and 1.9 per cent 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;”

[29] Netflix argues that free trials are fair dealing for the purposes of research, in a manner analogous to Apple's free previews.

[30] Netflix's fair dealing analysis proceeded as follows. Netflix trials are research in the sense that they

“enable consumers to determine if the Netflix offering ‘suits the user's tastes’ and helps the consumer ‘ensure its... quality before obtaining it.’ Trials are to the subscription model what

### C. Netflix

[28] La disposition suivante de l'entente sur le tarif 22.D.1 s'applique à Netflix, comme l'a fait remarquer cette dernière :

[TRADUCTION] « Pour un service qui offre des abonnements à ses utilisateurs finaux : 1,7 pour cent pour les années 2007-2010 et 1,9 pour cent pour les années 2011-2013 pour les sommes payées par les abonnés. Dans le cas des essais gratuits, une redevance mensuelle minimale de 6,8 ¢ pour les années 2007-2010 et de 7,5 ¢ pour les années 2011-2013 par abonné gratuit s'applique. »

[29] Netflix fait valoir que les essais gratuits sont une utilisation équitable aux fins de recherche, d'une manière analogue aux écoutes préalables gratuites d'Apple.

[30] Netflix a analysé comme suit l'utilisation équitable. Les essais proposés par Netflix servent à des fins de recherche en ce sens qu'ils :

[TRADUCTION] « permettent aux consommateurs de déterminer si l'offre de Netflix “convient à leur goût” et les aident à “s'assurer de la qualité du produit avant de se

previews are to the individual transaction model – a chance for the consumer to sample the offering to determine whether they wish to enter into a commercial arrangement to obtain it.”<sup>11</sup>

[31] The purposes of the dealing are

“to (i) facilitate consumer investigation of the Netflix service and content catalogue, (ii) permit consumers the opportunity to sample Netflix’s offering and recommendation mechanism in order to determine if it suits their tastes and needs, and (iii) satisfy consumers that the content and delivery of the repertoire and Netflix’s analysis of their preferences is sufficiently attractive to warrant purchasing a subscription.”<sup>12</sup>

[32] The character of the dealing is fair since only one copy is streamed; files are not downloaded or kept on user devices. The amount of the dealing in a subscription context is the unit of time. In this case, a one-month subscription is fair compared to a subscription designed to run for months or years. As with previews, there are no genuine alternatives to the dealing. The nature of movies and television shows is such that they are designed for widespread dissemination. The free trial does not have a negative effect on the streaming of works to paying subscribers.

[33] Netflix further argued that royalties on free trials are a violation of the Supreme Court’s principle of technological neutrality as established in *ESA*. Tariffs should not permit double dipping or impose gratuitous costs.

le procurer.” Les essais sont pour le modèle d’abonnement ce que sont les écoutes préalables pour le modèle de transmission individuelle, c’est-à-dire une chance pour le consommateur d’avoir un aperçu de l’offre proposée pour déterminer s’il souhaite conclure une entente commerciale pour l’obtenir. »<sup>11</sup>

[31] Les objectifs de l’utilisation sont les suivants :

[TRADUCTION] « i) aider les consommateurs à explorer le service et le catalogue proposés par Netflix, ii) permettre aux consommateurs d’avoir un aperçu de l’offre et du système de recommandations de Netflix pour déterminer s’ils conviennent à leurs goûts et à leurs besoins et iii) convaincre les consommateurs que le contenu et la diffusion du répertoire de Netflix ainsi que l’analyse de leurs préférences par cette dernière leur plaisent assez pour justifier un abonnement. »<sup>12</sup>

[32] L’utilisation a un caractère équitable parce qu’une seule copie est diffusée en continu : les fichiers ne sont pas téléchargés ni conservés sur les appareils de l’utilisateur. L’ampleur de l’utilisation dans un contexte d’abonnement est l’unité de temps. Dans ce cas-ci, un abonnement d’un mois est équitable en comparaison d’un abonnement devant durer des mois, voire des années. Comme pour les écoutes préalables, il n’existe aucune autre solution de rechange véritable à l’utilisation. La nature même des films et des émissions de télévision les destine à une très large diffusion. L’essai gratuit ne nuit pas à la diffusion en continu d’œuvres aux abonnés payants.

[33] Netflix a aussi avancé que la perception de redevances sur les essais gratuits va à l’encontre du principe de la neutralité technologique, comme l’a confirmé la Cour suprême dans l’arrêt *ESA*. Les tarifs ne devraient pas permettre la double rémunération ou imposer un coût injustifié.

[34] Finally, Netflix stated that almost all subscribers join Netflix following a one-month free trial.

#### D. CAB

[35] CAB advised that it is negotiating with SOCAN for Tariff 22.D.3,<sup>13</sup> which will be a carve-out for CAB members from Tariff 22.D.1. It wishes to maintain its objection in the meantime.

#### E. YouTube

[36] YouTube's position is that

“it is important that any amendments be in the form of additional or alternative provisions to those already included in the proposed Tariff. In other words, the current provisions should not be deleted or changed in order to accommodate any revisions. The current provisions were the subject of detailed and protracted negotiations between YouTube and SOCAN and reflect these parties' best efforts to craft a Tariff satisfactory to both.”<sup>14</sup>

#### F. SOCAN's Reply

[37] While Facebook had argued that the tariff does not apply to it, and Netflix had argued that its trial subscriptions are not subject to the tariff, SOCAN replied that the Board does not need to define who is liable to pay the tariffs; they are tariffs of general applicability. Anyone who makes the specific use of music is liable to pay the tariffs.

[38] The definition of audiovisual page impression in the agreement tariff follows. “Audiovisual page impression” means a page

[34] Enfin, Netflix a affirmé que presque tous les abonnés sont devenus membres de Netflix après l'avoir essayé gratuitement pendant la période d'essai d'un mois.

#### D. ACR

[35] L'ACR a informé la Commission qu'elle poursuivait des négociations avec la SOCAN sur le tarif 22.D.3,<sup>13</sup> qui devrait soustraire les membres de l'ACR à l'application du tarif 22.D.1. L'association souhaite maintenir son opposition pour le moment.

#### E. YouTube

[36] Voici la position de YouTube :

[TRADUCTION] « Il importe que tout changement soit présenté sous forme de dispositions supplémentaires ou accessoires à celles qui figurent déjà dans le projet de tarif. En d'autres termes, les dispositions actuelles ne devraient pas être supprimées ou modifiées pour tenir compte de quelque révision que ce soit. Les dispositions actuelles ont fait l'objet de négociations approfondies et prolongées entre YouTube et la SOCAN et témoignent des grands efforts consentis par ces parties pour mettre au point un tarif qui leur convient de part et d'autre. »<sup>14</sup>

#### F. Réplique de la SOCAN

[37] Bien que Facebook eut fait valoir que le tarif ne s'applique pas à elle et que Netflix eut avancé que ses abonnements d'essai ne sont pas assujettis au tarif, la SOCAN a répliqué que la Commission n'a pas besoin de définir qui est tenu de payer les redevances au titre des tarifs, car ils sont d'application générale. Quiconque fait une utilisation particulière de la musique est tenu de payer les redevances au titre des tarifs.

[38] Une consultation de page audiovisuelle est définie comme suit dans le tarif faisant l'objet de l'entente : « consultation de page audiovisuelle »

impression that allows a person to hear an audiovisual work. This is precisely analogous to the definition of audio page impression in certified SOCAN Tariffs 22.B-G: “audio page impression” means a page impression that allows a person to hear a sound.

[39] SOCAN listed several evidentiary questions, which it says would be necessary to evaluate Netflix’s fair dealing claim. SOCAN claims it is unfair to answer an important question such as fair dealing with such a thin record as the Board currently has.

[40] SOCAN disputed Netflix’s contention that levying royalties on free subscriptions is double dipping. Not everyone who gets a free trial chooses to continue his or her subscription after the month has expired. If there were no royalties payable on free trials, these customers would be listening to SOCAN’s repertoire for free.

[41] SOCAN noted that the analogy to previews is inappropriate. In the case of a free trial, the viewer can listen to SOCAN’s works in their entirety, in the same quality as they would be if the viewer purchased the movie or television show in question.

#### G. Netflix’s Reply

[42] Netflix made three points in reply. First, SOCAN did not defend its proposal to have minimum fees for free trials. Second, while the signatories to the agreement may have agreed, they don’t offer free trials. Third, the minimum fees for free trials are distortive, since they encourage cheap subscriptions over expensive subscriptions with a free trial.

Consultation de page permettant d’entendre une œuvre audiovisuelle. Il s’agit d’une définition tout à fait analogue à celle d’une consultation de page audio qui figure dans les tarifs 22.B à 22.G de la SOCAN homologués : « consultation de page audio » Consultation de page permettant d’entendre un son.

[39] La SOCAN a mentionné plusieurs questions concernant la preuve, nécessaires selon elle pour évaluer l’allégation de Netflix au sujet de l’utilisation équitable. La SOCAN soutient qu’il n’est pas équitable que la Commission traite d’une question importante comme celle portant sur l’utilisation équitable en disposant d’un dossier si mince.

[40] La SOCAN a contesté l’affirmation de Netflix selon laquelle la perception de redevances sur les abonnements gratuits constitue une double rémunération. Ceux qui profitent d’un essai gratuit ne décident pas tous ensuite de s’abonner à la fin de la période d’un mois. Si aucune redevance n’était perçue pour les essais gratuits, ces consommateurs écouterait la musique du répertoire de la SOCAN gratuitement.

[41] La SOCAN a fait remarquer que l’analogie avec les écoutes préalables est inappropriée. Dans le cas d’un essai gratuit, le spectateur peut écouter les œuvres faisant partie du répertoire de la SOCAN du début à la fin, ces œuvres étant de la même qualité que s’ils avaient acheté le film ou l’émission de télévision en question.

#### G. Réplique de Netflix

[42] La réplique de Netflix a porté sur trois points. Tout d’abord, la SOCAN n’a pas défendu sa proposition d’avoir des redevances minimales pour les essais gratuits. Ensuite, bien que les signataires de l’entente se soient dits d’accord, ils n’offrent pas d’essais gratuits. Enfin, les redevances minimales pour les essais gratuits créent une distorsion car elles encouragent les abonnements à faible coût au détriment des abonnements coûteux assortis d’un essai gratuit.

### III. ANALYSIS

#### A. The “Re:Sound 5” Analysis

[43] In its decision in Re:Sound 5, the Board set out a framework for determining whether it should certify a tariff based on agreements. The Board has not received any comments on Tariff 22.D.1 or 22.D.2 from non-parties; although there were many comments on Tariff 22 generally, all of them related to the internet broadcast of audio works, not audiovisual works.

[44] Three parties objected to the tariffs and withdrew their objections prior to the signing of the settlement agreements: CCIA, Pandora, and Shaw.

[45] The CCIA withdrew because its member Yahoo! Canada preferred to remain in the proceedings on its own behalf. Since the CCIA claimed that its interests and those of Yahoo! Canada were the same, we accept this and do not need to address the objections of the CCIA separately.

[46] Pandora’s request to intervene and its withdrawal do not make it clear on what grounds it is objecting to Tariffs 22.D.1 and 22.D.2. Indeed, the request to intervene focuses on audio content, not audiovisual content. This is not surprising given that Pandora has appeared before the Board in other proceedings and has never mentioned that it delivers audiovisual content. Thus, there are no outstanding arguments made by Pandora that require the Board’s consideration.

[47] Shaw’s only objection not otherwise addressed was to the reporting requirements of the tariff. The withdrawals by Music Canada and ESA do not raise fairness issues, since neither of these parties are targeted by the tariffs.

### III. ANALYSE

#### A. Analyse du « tarif 5 de Ré:Sonne »

[43] Dans sa décision sur le tarif 5 de Ré:Sonne, la Commission a établi un cadre permettant de déterminer si elle doit homologuer un tarif basé sur des ententes. La Commission n’a reçu aucune observation des tiers utilisateurs sur le tarif 22.D.1 ou 22.D.2, mais de nombreuses observations ont été faites sur le tarif 22 de manière générale, toutes étant liées à la diffusion en ligne d’œuvres musicales et non d’œuvres audiovisuelles.

[44] Trois parties se sont opposées aux tarifs et ont retiré leurs objections avant de signer les ententes de règlement, à savoir la CCIA, Shaw et Pandora.

[45] La CCIA s’est désistée parce que son membre *Yahoo! Canada* a préféré demeurer partie à la procédure pour son propre compte. Comme la CCIA a fait valoir que ses intérêts étaient les mêmes que ceux de *Yahoo! Canada*, nous acceptons cette décision et n’avons pas besoin de nous pencher de manière distincte sur les objections formulées par la CCIA.

[46] Ni la demande d’intervention de Pandora ni son désistement n’indiquent clairement pourquoi elle s’est opposée aux tarifs 22.D.1 et 22.D.2. En effet, la demande d’intervention porte sur le contenu sonore, pas sur le contenu audiovisuel. Ce n’est pas surprenant. Pandora a comparu devant la Commission dans d’autres affaires et n’a jamais mentionné qu’elle diffusait du contenu audiovisuel. Ainsi, aucune observation de Pandora ne nécessite l’attention de la Commission.

[47] La seule objection de Shaw qui n’a pas été autrement examinée concernait les obligations de rapport du tarif. Le désistement de *Music Canada* et de *ESA* ne soulève pas de questions d’équité étant donné que ni l’une ni l’autre de ces parties ne sont visées par le tarif.

[48] In summary, there are no “Re:Sound 5” reasons not to certify the tariffs pursuant to the agreements.

#### B. Analysis of the Submissions by Facebook

[49] We reject most of Facebook’s arguments for the following reasons. The Board has long held that when it certifies SOCAN tariffs, these are tariffs of general application.<sup>15</sup> If Facebook does not engage in the protected acts whose price the tariff sets, it does not have to pay the tariff. Facebook would have the Board determine that it does not engage in these protected acts as a finding of fact; the Board declines to do so as this is an issue for another forum.

[50] Similarly, Facebook’s contention that default ratios should be eliminated is rejected. The purpose of default ratios is convenience for those licensees that do not want to or cannot calculate their page impression ratios. Any licensee that does not want to use the default ratios has only to calculate their own page impression ratios.

[51] We agree with SOCAN that an audiovisual page impression is triggered when there is a possibility of viewing an audiovisual work, not when an audiovisual work is actually viewed. As noted by SOCAN, this is consistent with the definition of audio page impression elsewhere in Tariff 22.

[52] The issue of how to count a page, however, is a different matter. Facebook submitted that if there is a consistent way to count pages for both the numerator and the denominator of the page impression ratio that is different from what is currently being used (counting full pages), it could be used.

[48] En bref, aucun motif au titre du « tarif 5 de Ré:Sonne » n’empêche d’homologuer les tarifs établis dans les ententes.

#### B. Analyse des observations de Facebook

[49] Nous rejetons la plupart des arguments de Facebook pour les raisons suivantes. La Commission soutient depuis longtemps que lorsqu’elle homologue des tarifs visant la SOCAN, ces tarifs sont d’application générale.<sup>15</sup> Si Facebook ne fait pas d’actes protégés dont le prix est établi par le tarif, elle n’a pas à verser de redevances au titre du tarif. Facebook voudrait que la Commission tire la conclusion de fait que cette société ne fait pas ces actes protégés. La Commission n’en fera rien parce que cette question est d’un autre ressort.

[50] De même, l’affirmation de Facebook selon laquelle les rapports par défaut devraient être éliminés est rejetée. Les rapports par défaut se veulent pratiques pour les titulaires de licences qui ne souhaitent pas ou ne peuvent pas calculer leurs rapports de consultations de pages. Tout titulaire de licence qui ne veut pas utiliser les rapports par défaut n’a qu’à calculer ses propres rapports de consultations de pages.

[51] Nous convenons avec la SOCAN qu’une consultation de page audiovisuelle se produit lorsqu’il est possible de regarder une œuvre audiovisuelle et non lorsqu’une œuvre audiovisuelle est regardée en tant que telle. Comme l’a fait remarquer la SOCAN, cela correspond à la définition d’une consultation de page audio figurant ailleurs dans le tarif 22.

[52] La façon de compter une page, toutefois, est une autre question. Pour ce qui est de compter le nombre de consultations de pages, tant pour le numérateur que le dénominateur du rapport de consultations de pages, Facebook a fait valoir que s’il existe une façon uniforme de le faire autre que celle utilisée actuellement (dénombrement des pages entières), elle devrait être privilégiée.

[53] Facebook's position is consistent with the evidence the Board has heard in the Re:Sound 8 (Non-interactive and semi-interactive Webcasts) matter. In that file, Re:Sound filed a report by Dr. Michael Murphy, professor of Engineering at Ryerson University's School of Radio and Television Arts, which stated that:

“The report also examines the concept of ‘Page Impressions’ and explains by way of example how it is no longer a reliable or meaningful surrogate to reflect the degree of usage or interaction of music listeners when dealing with dynamic Web content using today's available technologies.”<sup>16</sup>

[54] As Dr. Murphy went on to explain, a dynamic web page changes content many times without refreshing the whole page; thus a single page impression could encompass many “pages” worth of content. In our understanding, Facebook counts pages in a manner consistent with its dynamic web pages.

[55] We accept YouTube's submission respecting the text of the agreements while adding in Facebook's option for counting page impressions. In so doing, we are essentially offering users a choice. They may count static webpages as per the agreements or they may count pages in a dynamic-consistent way. So long as they count both the numerator and the denominator in the same way, they are complying with the tariff.

[56] The consequences of this decision will likely resonate in any number of Internet tariffs in the next few years. If dynamic webpages are becoming or have become the norm in the delivery of online content, a method appropriate for

[53] La position de Facebook est dans le droit fil de la preuve entendue par la Commission dans l'affaire portant sur le tarif 8 de Ré:Sonne (Webdiffusions non interactive et semi-interactive). Un rapport de M. Michael Murphy, professeur en génie à l'École des arts de la radio et de la télévision de l'Université Ryerson, et déposé par Ré:Sonne dans ce dossier indiquait que :

[TRADUCTION] « Le rapport examine aussi le concept de “consultations de pages” et explique, à l'aide d'un exemple, en quoi il ne constitue plus une substitution fiable ou significative pour témoigner du niveau d'utilisation ou d'interaction des auditeurs lorsqu'il est question de contenu Web dynamique utilisant les technologies actuelles. »<sup>16</sup>

[54] Comme M. Murphy a expliqué par la suite, le contenu d'une page Web dynamique change plusieurs fois sans que la page entière soit rafraîchie. Ainsi, une seule consultation de page pourrait comprendre plusieurs « pages » de contenu. Selon notre compréhension, Facebook compte les pages de façon à tenir compte de ses pages Web dynamiques.

[55] Nous acceptons la position de YouTube voulant qu'on puisse respecter le texte des ententes tout en donnant le choix de compter le nombre de consultations de page comme Facebook le fait. Ce faisant, nous donnons essentiellement le choix aux utilisateurs. Ils peuvent compter le nombre de pages Web statiques comme il est prévu dans les ententes ou le nombre de pages dans un contexte de pages Web dynamiques. Dans la mesure où ils s'y prennent de la même façon pour obtenir le numérateur et le dénominateur, ils respecteront le tarif.

[56] Cette décision se répercutera sans doute sur le nombre de tarifs portant sur les tarifs d'Internet au cours des prochaines années. Si les pages Web dynamiques sont en train de devenir la norme, ou si elles le sont déjà pour la diffusion de contenu en



counting them may well become part of other tariffs as well.

### C. Analysis of the Submissions by Netflix

[57] Netflix argued that royalties on free trials are a violation of the Supreme Court principle of technological neutrality established in *ESA*. We do not agree.

[58] The principle of technological neutrality is that, since only the reproduction right is triggered when a CD is sold in a store, only the reproduction right should be triggered when a digital album is sold online. The CD is an alternative technology to the digital download. There is no alternative-technology equivalent to a Netflix free trial. Video stores never offered a free month's membership with the right to rent as many videos as the customer wanted for no additional charge. Thus, there is no issue with technological neutrality.

[59] Netflix also wanted the Board to find that the free trials are fair dealing in the same way that the Board found that free previews are fair dealing. We decline to do so, for several reasons.

[60] First, the analogy between free previews and free trials is weak. In a free preview, the customer can hear a portion of a musical work in a degraded format. In a free trial, the customer can hear complete musical works, to the extent that such works are fixed in the audiovisual work being watched.

[61] Second, it is not altogether clear that Netflix is the only provider that offers free trials. When the Board was examining the free previews offered by iTunes, it was possible to argue that

ligne, une méthode appropriée de les compter pourrait bien faire partie d'autres tarifs aussi.

### C. Analyse des observations de Netflix

[57] Netflix a fait valoir que la perception de redevances sur les essais gratuits va à l'encontre du principe de la neutralité technologique, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *ESA*. Nous ne sommes pas d'accord.

[58] Selon le principe de la neutralité technologique, comme seul le droit de reproduction s'applique lorsqu'un CD est vendu dans un magasin, seul le droit de reproduction doit s'appliquer lorsqu'un album numérique est vendu en ligne. Le CD est une technologie de rechange au téléchargement numérique. Il n'existe aucune technologie de rechange équivalente à un essai gratuit de Netflix. Les clubs vidéo n'ont jamais offert d'abonnements gratuits pendant un mois permettant à un consommateur de louer autant de vidéos qu'il le souhaite sans frais supplémentaires. Par conséquent, aucune question ne se pose à l'égard de la neutralité technologique.

[59] Netflix voulait aussi que la Commission conclue, comme elle l'a fait pour les écoutes préalables gratuites, que les essais gratuits sont une utilisation équitable. Nous refusons de le faire pour plusieurs motifs.

[60] Premièrement, l'analogie entre les écoutes préalables gratuites et les essais gratuits est faible. Dans le cas d'une écoute préalable gratuite, le consommateur peut écouter une partie d'une œuvre musicale dont la qualité sonore est inférieure. Dans le cas d'un essai gratuit, le consommateur peut écouter des œuvres musicales dans leur intégralité pour autant qu'elles soient intégrées dans les œuvres audiovisuelles regardées.

[61] Deuxièmement, il n'est pas clair que Netflix est le seul qui offre des essais gratuits. Quand la Commission a examiné les écoutes préalables offertes par iTunes, il était possible de croire

iTunes was the dominant provider of permanent downloads. Thus, in examining the practices of iTunes, the Board was essentially examining the practices of the permanent-download industry. However, in the case of Netflix, it is not clear that they dominate the market for videos. Without the argument of market dominance, an analysis of Netflix's policy of free trials would necessarily be incomplete with respect to the overall video industry.

[62] Third, and equally importantly, we do not have the evidentiary base with which to make that decision. While we could delay this decision for several more months during which time we would be collecting evidence from the parties on this issue, the fact that Netflix declined to participate in the process for many months is sufficient reason for us to decline to do so. If Netflix now wants to argue that it does not owe anything for its free trials, the appropriate forum in which to do so is not the Board.

[63] We also reject Netflix's three arguments made in its reply, which are set out in paragraph 42 above.

[64] First, SOCAN is not required to provide a justification for the existence of a minimum fee. The justification is obvious – if there were no minimum fee, there would be no compensation to rights holders for free trials, regardless of duration.

[65] Second, while Netflix may be correct that none of the signatory objectors offer free trials, this fact is not determinative. Neither SOCAN nor Netflix filed evidence about the fairness of the minimum fee. In the absence of such evidence, the Board can only presume that the minimum fee emerging from negotiations among experienced parties is the object of an agreement as much as any other element of this agreement. Furthermore, while we do not have evidence relating to the cost of a one-month Netflix subscription on the record,

qu'iTunes était le fournisseur dominant de téléchargements permanents. Ainsi, en examinant les pratiques d'iTunes, la Commission examinait essentiellement les pratiques de l'industrie des téléchargements permanents. Il n'est toutefois pas clair que Netflix domine le marché des vidéos. Sans cette dominance, l'analyse de la politique de Netflix sur les essais gratuits serait nécessairement incomplète à l'égard de l'ensemble de l'industrie des vidéos.

[62] Troisièmement, et tout aussi important, aucun fondement probatoire ne nous permet de rendre cette décision. Nous pourrions reporter cette décision pendant quelques mois encore et, au cours de cette période, recueillir des éléments de preuve des parties sur la question, mais le fait que Netflix ait refusé de participer au processus pendant de nombreux mois est un motif suffisant pour refuser de le faire. Si Netflix veut maintenant faire valoir qu'elle ne doit rien pour ses essais gratuits, l'autorité pour entendre ses arguments n'est pas la Commission.

[63] Nous rejetons aussi les trois arguments présentés par Netflix dans sa réplique et exposés au paragraphe 42 ci-dessus.

[64] Premièrement, la SOCAN n'est pas tenue de fournir une justification pour l'existence d'une redevance minimale. La justification est évidente : s'il n'y avait pas de redevance minimale, les titulaires de droits ne seraient aucunement rémunérés pour les essais gratuits, peu importe leur durée.

[65] Deuxièmement, bien qu'il soit possible, comme le prétend Netflix, qu'aucun des opposants signataires n'offre d'essais gratuits, il ne s'agit pas d'un fait déterminant. Ni la SOCAN ni Netflix n'ont soumis de preuve sur la question de l'équité de la redevance minimale. En l'absence d'une telle preuve, la Commission ne peut que présumer que la redevance minimale qui provient des négociations entre des parties expérimentées fait l'objet d'une entente au même titre que n'importe quel autre élément de cette entente. De

minimum fees in the agreement seem consistent with the Board's usual practice on minimum fees.

[66] Third, it is always true that a regular tariff with a minimum fee is somewhat distorted and favours business models for which each transaction (whether measured by a monthly subscription, or a download) is priced rather than some of them are offered for free. But the minimum fees here are not overly distorted. In fact, when Netflix mentions its monthly price of \$8, it neglects to mention that using the Board's usual formula of two-thirds the royalties at the average price, the minimum fees would be higher than they are in the agreement. So, while there is undeniably some distortion, the distortion is relatively minimal and not likely to induce changes in business models.

#### **IV. THE TARIFFS**

[67] We certify the tariffs as in the agreements, with the exception of the Facebook clause for measuring pages.

plus, bien que nous n'ayons pas de preuve dans le dossier à l'égard du coût d'un abonnement mensuel à Netflix, les redevances minimales de l'entente semblent être cohérentes avec la pratique usuelle de la Commission à l'égard des redevances minimales.

[66] Troisièmement, il est toujours vrai qu'un tarif habituel avec une redevance minimale affiche une certaine distorsion et favorise des modèles d'affaires où chaque transaction (qu'elle soit mesurée par un abonnement mensuel ou un téléchargement) coûte quelque chose plutôt que certaines d'entre elles offertes gratuitement. Mais la distorsion des redevances minimales n'est pas exagérée. En fait, lorsque Netflix mentionne son prix mensuel de 8 \$, elle ne mentionne pas toutefois qu'en utilisant la formule habituelle de la Commission des deux tiers des redevances au coût moyen, la valeur des redevances minimales serait plus élevée que celle figurant dans l'entente. Ainsi, bien qu'il y ait sans aucun doute une certaine distorsion, elle est assez minime et n'aura vraisemblablement pas d'effet sur les modèles d'affaires.

#### **IV. TARIFS**

[67] Nous homologuons les tarifs figurant dans les ententes, sauf la disposition de Facebook sur la mesure du nombre de consultations de pages.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall  
Secretary General

**ENDNOTES**

1. Yahoo! Canada substituted for the CCIA in these proceedings.
2. Shaw was also a member of the Services.
3. This Tariff will be the object of a distinct decision.
4. *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231. [ESA]
5. [Decision](#) of the Board, October 5, 2012. This was the first online music decision post-*ESA*. The decision was ready to be released with certified rates for downloads when *ESA* was released.
6. That is, except for clause 9 in the 22.D.1 agreement which indicates that if the decision in *ESA* implied that SOCAN had no right to royalties for downloads, any royalties paid according to the agreement in respect of downloads would have to be returned.
7. The settlement tariff is the tariff appended to the agreement. In the event that the Board certifies the settlement tariff without amendment, all signatories to the agreement agree to withdraw their objections to the tariff.
8. [Decision](#) of the Board, May 25, 2012.
9. That is, if a video containing a copyrighted track is permitted to be posted to Facebook.
10. S.C. 2012, c. 20. (Previously Bill C-11).

**NOTES**

1. *Yahoo! Canada* a remplacé la CCIA en l'espèce.
2. Shaw faisait aussi partie des Services.
3. Ce tarif fera l'objet d'une décision distincte.
4. *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231. [ESA]
5. [Décision](#) de la Commission du 5 octobre 2012. Il s'agit de la première décision sur les services de musique en ligne rendue après l'arrêt *ESA*. La décision et les tarifs homologués visant les téléchargements étaient prêts à être rendus publics lorsque l'arrêt *ESA* a été rendu.
6. Exception faite de la disposition n° 9 de l'entente sur le tarif 22.D.1 où il est précisé que si l'arrêt *ESA* sous-entendait que la SOCAN n'avait aucun droit de percevoir des redevances pour les téléchargements, toute redevance payée au titre de l'entente pour des téléchargements devrait être remboursée.
7. Le tarif de l'entente est le tarif annexé à l'entente. Si la Commission homologue le tarif de l'entente tel quel, tous les signataires de l'entente conviennent de ne plus s'opposer à ce tarif.
8. [Décision](#) de la Commission, 25 mai 2012.
9. C'est à dire si Facebook autorise le téléchargement d'une vidéo contenant une piste sonore protégée par le droit d'auteur.
10. L.C. 2012, ch. 20 (auparavant projet de loi C-11).

- |   |  |
|---|--|
| 11. Submission of Netflix, April 16, 2013, at 5-6.  | 11. Prétentions de Netflix, 16 avril 2013, pp. 5-6.  |
| 12. <i>Ibid.</i> , at 6.  | 12. <i>Ibid.</i> , p. 6.   |
| 13. This tariff has not yet been named.   | 13. Ce tarif n'a pas encore d'intitulé.  |
| 14. Submission of YouTube, May 21, 2013, at 1.  | 14. Prétentions de YouTube, 21 mai 2013, p. 1.   |
| 15. See, for example, Arbitration between SODRAC and CBC/Astral, November 2, 2012, at para. 63.                         | 15. Voir, par exemple, la décision d'arbitrage entre la SODRAC et la SRC/Astral, 2 novembre 2012, au para. 63.                         |
| 16. Exhibit Re:Sound-2, at para. 14, "Report on Contemporary Music Webcasting Technology" (Re:Sound Tariff 8 Evidence). | 16. Pièce Ré:Sonne-2, au paragraphe 14, « <i>Report on Contemporary Music Webcasting Technology</i> » (preuve du tarif 8 de Ré:Sonne). |