

A-353-12
2014 FCA 48

A-353-12
2014 CAF 48

Re:Sound (*Applicant*)

Ré:Sonne (*demanderesse*)

v.

c.

Fitness Industry Council of Canada and Goodlife Fitness Centres Inc. (*Respondents*)

Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada et Goodlife Fitness Centres Inc. (*défendeurs*)

INDEXED AS: RE:SOUND v. FITNESS INDUSTRY COUNCIL OF CANADA

RÉPERTORIÉ : RÉ:SONNE c. CONSEIL DU SECTEUR DU CONDITIONNEMENT PHYSIQUE DU CANADA

Federal Court of Appeal, Evans, Trudel and Webb JJ.A—Toronto, November 19, 2013 and February 24, 2014.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Trudel et Webb, J.C.A.—Toronto, 19 novembre 2013; Ottawa, 24 février 2014.

Copyright — Judicial review of Copyright Board decision approving Tariff 6.B prescribing amount of equitable remuneration to be collected by applicant from those using published sound recordings of musical works to accompany fitness classes, skating, dance instruction, other physical activities — Tariff applicant proposing to be certified by Board imposing royalty payments of approximately \$86 million annually — Respondents objecting to that tariff, submitting royalties should total approximately \$3 million annually — Board rejecting both proposals, deciding to apply flat fee royalties — After hearing on matter closed, Board requesting agreements from Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), basing decision on same — Whether Board depriving applicant of fair opportunity to participate in decision-making process in breach of duty of fairness; whether Board erring when interpreting Act as entitling applicant to collect royalties under s. 19 in respect only of those eligible sound recordings for which applicant or member collectives thereof specifically authorized by makers or performers to collect royalties — Fairness not requiring Board, in circumstances of this case, to disclose copies of agreements on own motion — Applicant failing to avail itself of reasonable opportunity to ask Board for information it knew was in Board's possession — However, breach of duty of fairness for tribunal to base decision on ground not reasonably anticipated by parties, for which no opportunity to address — Since tariff set by Board herein based entirely on methodology not raised as an issue at any point in decision-making process, Tariff 6.B could not stand — Board decision with respect to s. 19 royalties reasonable — Copyright Act authorizing applicant to collect royalties on behalf of those who authorized it to act for them — Board's decision consistent with prior decision rejecting argument collective society could collect on behalf of all eligible recordings used by broadcasters regardless of authorization by rights holders — Application allowed.

Droit d'auteur — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur qui a homologué le Tarif n° 6.B qui prescrit le montant à percevoir par la demanderesse, à titre de rémunération équitable, des personnes qui utilisent des enregistrements sonores publiés d'œuvres musicales pour accompagner les cours de conditionnement physique, le patinage, l'enseignement de la danse et d'autres formes d'activités physiques — Le tarif que la demanderesse propose comme devant être homologué par la Commission impose le paiement d'environ 86 millions de dollars de redevances par an — Les défendeurs s'opposent à ce tarif et soutiennent que les redevances devraient totaliser environ 3 millions de dollars par an — La Commission a rejeté les deux propositions et a décidé d'appliquer une redevance fixe — Une fois l'audience relative à l'affaire close, la Commission a demandé à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) de déposer copie des ententes, fondant sa décision sur celles-ci — Il s'agissait de savoir si la Commission a, en violation de son obligation d'équité, privé la demanderesse de la possibilité raisonnable de participer au processus décisionnel; si la Commission a commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme autorisant la demanderesse à percevoir des redevances visées à l'art. 19 à l'égard seulement des enregistrements sonores admissibles pour lesquels des producteurs ou des artistes-interprètes avaient autorisé expressément la demanderesse ou une des sociétés de gestion membres de celle-ci à percevoir des redevances en leur nom — L'équité n'exigeait pas en l'espèce que la Commission communique de son propre chef des copies des ententes — La demanderesse ne s'est pas prévalu de la possibilité raisonnable dont elle disposait de demander à la Commission de lui transmettre des renseignements qu'elle savait être en sa possession — Cependant, un tribunal manque toutefois à son obligation d'équité s'il fonde sa décision sur un motif normalement inattendu par les parties touchées, et qu'elles n'ont pas eu la possibilité de faire des observations à ce sujet

This was an application for judicial review brought by the applicant to set aside *Tariff 6.B*, which was approved by the Copyright Board (Board) and prescribes the amount of equitable remuneration to be collected by the applicant from those using published sound recordings of musical works to accompany fitness classes, skating, dance instruction, and other physical activities.

Section 19 of the *Copyright Act* (Act) entitles performers and makers of sound recordings to an equitable remuneration from those who use these recordings in a public performance. The applicant is authorized under the Act to administer the performance rights of performers and record labels in sound recordings. On their behalf, it collects and distributes equitable remuneration in accordance with royalty tariffs certified by the Board. The Board has a statutory jurisdiction to set tariffs of royalties payable to the owners of copyright in sound recordings and also approves royalty tariffs payable as equitable remuneration to the holders of neighbouring rights in published sound recordings for the performance in public or the communication to the public by telecommunication in Canada of their recordings.

The tariff proposed by the applicant to the Board would, the Board found, impose royalty payments of approximately \$86 million annually on the Canadian fitness industry. In objecting to the applicant's proposed tariff, the respondents submitted that the Board should impose royalties totaling approximately \$3 million.

The Board found most of the expert evidence and submissions of the parties to be unsatisfactory. It rejected the royalties that the parties proposed. The Board could have declined to approve a tariff. Instead, after considering *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v.*

— *Puisque la Commission a fixé en l'espèce le Tarif 6.B entièrement en fonction d'une méthode jamais examinée au cours du processus décisionnel, ce tarif ne pouvait être confirmé* — *La décision de la Commission à l'égard des redevances visées à l'art. 19 était raisonnable* — *La Loi sur le droit d'auteur autorise la demanderesse à percevoir des redevances pour le compte de ceux qui l'ont autorisée à agir pour leur compte* — *La décision de la Commission est conforme à sa décision antérieure dans laquelle elle a rejeté la thèse de la société de gestion selon laquelle elle pouvait percevoir les redevances à l'égard de tous les enregistrements admissibles utilisés par des radiodiffuseurs, que les détenteurs de droits aient ou non accordé leur autorisation* — *Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire présentée par la demanderesse pour obtenir l'annulation du *Tarif n° 6.B* (le *Tarif 6.B*) homologué par la Commission du droit d'auteur (la Commission) et qui prescrit le montant à percevoir par la demanderesse, à titre de rémunération équitable, des personnes qui utilisent des enregistrements sonores publiés d'œuvres musicales pour accompagner les cours de conditionnement physique, le patinage, l'enseignement de la danse et d'autres formes d'activités physiques.

L'article 19 de la *Loi sur le droit d'auteur* (la Loi) prévoit que l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public de leur enregistrement sonore. La demanderesse est autorisée par la Loi à gérer les droits d'exécution d'enregistrements sonores détenus par les artistes-interprètes et les maisons de disques. Elle perçoit et répartit, pour leur compte, la rémunération équitable en conformité avec les tarifs des redevances homologués par la Commission. La Commission a compétence en vertu de la loi pour fixer les tarifs de redevances payables aux titulaires de droits d'auteur sur les enregistrements sonores et homologue également les tarifs de redevances payables à titre de rémunération équitable aux détenteurs de droits voisins dans les enregistrements sonores publiés pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, de leurs enregistrements.

La Commission a conclu que le tarif proposé par la demanderesse imposerait au secteur canadien du conditionnement physique le paiement d'environ 86 millions de dollars de redevances par an. À l'appui de leur opposition au tarif proposé par la demanderesse, les défendeurs ont soutenu que la Commission devait plutôt imposer le paiement de redevances totales d'environ 3 millions de dollars.

La Commission a jugé pour l'essentiel insatisfaisants les témoignages d'expert et les observations des parties. Elle a rejeté le montant de redevances proposées par les parties. La Commission aurait pu choisir de ne pas homologuer un tarif. Après avoir examiné l'arrêt *Société canadienne des auteurs,*

Bell, the Board held that the applicant was entitled to a tariff and decided to apply flat fee royalties.

More than a year after the oral hearing on the above matter had closed, the Board requested from the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) copies of agreements with users subject to *SOCAN Tariff 19*. SOCAN responded and copied the parties stating that it would courier copies of the agreements to the Board, which it did. Neither SOCAN nor the Board provided copies of these agreements to the applicant. The applicant complained about the non-disclosure of the SOCAN agreements obtained by the Board after the hearing. The applicant knew the Board had the agreements, but did not ask for copies.

The primary issues were (1) whether the Board deprived the applicant of a fair opportunity to participate in the decision-making process in breach of the duty of fairness when it set the royalty on a basis not addressed by the parties and on material that the applicant had neither seen nor had an opportunity to comment on; and (2) whether the Board erred when it interpreted the Act as entitling the applicant to collect royalties under section 19 in respect only of those eligible sound recordings used to accompany fitness classes for which the applicant or one of its member collectives had been specifically authorized by makers or performers to collect royalties.

Held, the application should be allowed.

Agencies such as the Board that administer a complex regulatory program are not restricted to the evidence adduced by the parties. They are charged with exercising broad substantive and procedural discretion to enable them to achieve an outcome that best serves the public interest implicated in the particular program. Thus, when not satisfied with the accuracy or completeness of the parties' evidence these tribunals may seek additional information from other sources. Since nothing in the Act precludes the Board from seeking extraneous information and relying on it in its decision, it was open to the Board in the present case to obtain from SOCAN copies of the confidential licensing agreements with users. However, agencies must ensure that, if they obtain information from third parties, they do not thereby jeopardize parties' participatory rights, i.e.: to know and to comment on material relevant to the decision; to have notice of the grounds on which the decision may be based; and to have an opportunity to make representations accordingly. The ultimate question

compositeurs et éditeurs de musique c. Bell, la Commission a conclu que la demanderesse avait droit à un tarif et a décidé d'appliquer une redevance fixe.

Plus d'un an après la fin de l'audience sur la cause susmentionnée, la Commission a demandé à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) des copies des ententes conclues avec des utilisateurs assujettis au *Tarif 19 de la SOCAN*. La SOCAN a répondu et a envoyé une copie de cette réponse aux parties, en déclarant qu'elle enverrait des copies des ententes par messenger à la Commission. Ni la SOCAN ni la Commission n'ont transmis copie de ces ententes à la demanderesse. La demanderesse s'est plainte de la non-communication des ententes de la SOCAN obtenues par la Commission après l'audience. La demanderesse savait que la Commission avait ces ententes, mais elle ne lui en a pas demandé de copies.

Il s'agissait principalement de savoir 1) si la Commission a, en violation de son obligation d'équité, privé la demanderesse de la possibilité raisonnable de participer au processus décisionnel en utilisant pour établir les redevances payables une base de calcul non examinée par les parties et des éléments de preuve qu'elle n'avait pas communiqués à la demanderesse et à l'égard desquels celle-ci n'avait pas eu l'occasion de présenter des observations, et 2) si la Commission a commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme autorisant la demanderesse à percevoir des redevances visées à l'article 19 à l'égard seulement des enregistrements sonores admissibles utilisés pour accompagner les cours de conditionnement physique à l'égard desquels des producteurs ou des artistes-interprètes avaient autorisé expressément la demanderesse ou une des sociétés de gestion membres de celle-ci à percevoir des redevances en leur nom.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les organismes tels que la Commission qui administrent un programme réglementaire complexe n'ont pas à se limiter aux éléments de preuve produits par les parties. Ils disposent d'un large pouvoir discrétionnaire quant au fond et à la procédure pour leur permettre d'atteindre les issues les plus conformes à l'intérêt public dans le cadre de leur programme. Ainsi, lorsqu'ils ne jugent pas suffisamment précis ou exhaustifs les éléments de preuve présentés par les parties, ces tribunaux peuvent solliciter des renseignements supplémentaires d'autres sources. Comme rien dans la Loi n'empêche la Commission de rechercher des renseignements externes et de fonder sa décision sur eux, il lui était loisible d'obtenir en l'espèce de la SOCAN des copies d'ententes de licence confidentielles conclues avec des utilisateurs. Ces organismes doivent toutefois veiller à ce que, s'ils obtiennent des renseignements de tiers, cela ne porte pas atteinte aux droits de participation des parties, soit le droit de connaître et de discuter les éléments pertinents quant à la prise de

for a reviewing court in every case is whether, in all the circumstances, the tribunal's decision-making procedure was essentially fair.

In the absence of a request from experienced counsel acting for a sophisticated client, fairness did not, in the circumstances of this case, require the Board to disclose copies of the SOCAN agreements on its own motion. The Board did not unfairly deprive the applicant of its right to know and to respond to information in the Board's possession. Rather, the applicant failed to avail itself of a reasonable opportunity to ask the Board to produce information that it knew was in the Board's possession.

However, it is a breach of the duty of fairness for a tribunal to base its decision on a ground that could not reasonably have been anticipated by those affected and that they did not have an opportunity to address. The parties in the present proceeding did not have an opportunity to make submissions on whether the agreements were an appropriate basis for determining the value of recorded music in the context of fitness classes. Fairness required the Board to notify the applicant that it was contemplating basing the royalty on the amounts paid under those agreements. Since the tariff set by the Board was based entirely on a methodology not raised as an issue at any point in the decision-making process, *Tariff 6.B* could not stand.

In so far as the reduction of the royalties payable to the applicant was concerned, the decision of the Board (that the applicant can collect section 19 royalties in respect only of sound recordings of musical works for which they have received authorization from the maker or performer) was reasonable. First, for the purpose of the Act, a collective society collects royalties on behalf of those who in any manner have authorized it to act for them in connection with the collective administration of their rights under the Act. This includes proposing a tariff to the Board. Second, an indication of the reasonableness of an administrative interpretation is that it is consistent with earlier decisions by the agency. In *Tariff 1.A*, the Board held that if either the maker or performer had authorized a collective society to collect in respect of a particular recording, it could collect the royalties for both of them. The Board rejected the argument that the collective society could collect on behalf of all eligible recordings used by broadcasters, regardless of any authorization by the rights holders. Third, section 67 of the Act imposes a duty on a collective society, when requested by a member of the public, to provide information about its repertoire of performers' performances and sound recordings that are in current use. It is

décision, le droit d'être informé des motifs sur lesquels la décision pourra être fondée, et la possibilité de présenter des observations en conséquence. En définitive, le juge saisi de l'affaire doit rechercher dans chaque cas si, compte tenu de toutes les circonstances, la procédure adoptée par le tribunal administratif pour rendre la décision était fondamentalement équitable.

En l'absence d'une demande en ce sens formulée par l'avocat expérimenté d'une cliente avertie, l'équité n'exigeait pas en l'espèce que la Commission communique de son propre chef des copies des ententes de la SOCAN. La Commission n'a pas privé la demanderesse de manière inéquitable de son droit de connaître et de formuler des observations en réponse aux renseignements en sa possession. Au contraire, la demanderesse ne s'est pas prévalu de la possibilité raisonnable dont elle disposait de demander à la Commission de lui transmettre des renseignements qu'elle savait être en sa possession.

Un tribunal manque toutefois à son obligation d'équité s'il fonde sa décision sur un motif normalement inattendu par les parties touchées, et qu'elles n'ont pas eu la possibilité de faire des observations à ce sujet. En l'espèce, les parties n'ont pas eu la possibilité de présenter des observations sur la pertinence du recours aux ententes pour établir la valeur de la musique enregistrée utilisée dans les cours de conditionnement physique. L'équité exigeait que la Commission avise la demanderesse qu'elle envisageait d'établir les redevances à payer en fonction de ces montants. Puisque la Commission a fixé le *Tarif 6.B* entièrement en fonction d'une méthode jamais examinée au cours du processus décisionnel, ce tarif ne pouvait être confirmé.

Quant à la réduction des redevances payables à la demanderesse, la décision de la Commission, soit que la demanderesse ne peut percevoir des redevances visées à l'article 19 que pour les enregistrements sonores d'œuvres musicales à l'égard desquels elle a obtenu l'autorisation du producteur ou de l'artiste-interprète, était raisonnable. Premièrement, aux fins de la Loi, une société de gestion perçoit des redevances pour le compte des personnes qui l'ont autorisée d'une manière quelconque à procéder en leur nom à la gestion collective des droits que la Loi leur confère, laquelle comprend la présentation d'un projet de tarif à la Commission. Deuxièmement, la conformité d'une interprétation administrative à la jurisprudence antérieure de l'organisme en cause tend à confirmer le caractère raisonnable de cette interprétation. Dans le *Tarif 1.A*, la Commission a toutefois estimé que si soit le producteur soit l'artiste-interprète autorisait une société de gestion à percevoir des redevances à l'égard d'un enregistrement particulier, celle-ci pouvait procéder à la perception pour l'un et l'autre. La Commission a rejeté la thèse de la société de gestion selon laquelle elle pouvait percevoir les redevances à l'égard de tous les enregistrements admissibles utilisés par des

difficult to see how this obligation could be discharged if, as the applicant argued, its repertoire includes all performances and recordings eligible for equitable remuneration. While a collective society would be aware of eligible recordings and performances for which it had been authorized to act, this would not necessarily be true of the others. Fourth, it would be anomalous if a collective society were able to collect royalties for all eligible recordings used in a particular context, but distributed them only to the performers and makers of recordings in its repertoire, and to those whom it was able to discover. Parliament should not lightly be taken to have intended to create a regime that produces such cumbersome and impractical results.

radiodiffuseurs, que les détenteurs de droits aient ou non accordé leur autorisation. Troisièmement, aux termes de l'article 67 de la Loi, les sociétés de gestion sont tenues de répondre aux demandes de renseignements du public concernant leur répertoire de prestations d'artistes-interprètes et d'enregistrements sonores d'exécution courante. Il est difficile de concevoir comment cette obligation pourrait être exécutée si, comme l'a soutenu la demanderesse, son répertoire comprend l'ensemble des exécutions et des enregistrements donnant droit à une rémunération équitable. Alors qu'une société de gestion devrait être au courant des enregistrements et des exécutions admissibles à l'égard desquels on l'a autorisée à agir, il n'en serait pas nécessairement de même des autres enregistrements et exécutions. Quatrièmement, il serait anormal qu'une société de gestion puisse percevoir des redevances pour tous les enregistrements admissibles utilisés dans un contexte donné, mais ne puisse les répartir qu'entre les artistes-interprètes et producteurs de son répertoire et ceux qu'elle serait en mesure de repérer. On ne doit pas supposer à la légère que le législateur a eu l'intention de créer un régime qui donne lieu à des résultats aussi lourds et peu pratiques.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “collective society”, 19, 20, 31(2)(d), 66(3), 66.52, 66.6(1)(a), 66.7, 67, 67.1, 68, 68.2, 76, 83(11).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 317.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 26 October 1961, 496 U.N.T.S. 43.

CASES CITED

APPLIED:

Tariff 1.A – Commercial Radio in 1998, 1999, 2000, 2001 and 2002, online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19990813-m-b.pdf>>.

CONSIDERED:

SOCAN Tariff 19 – Use of Recorded Music to Accompany Dance Instruction and Fitness Activities, 2011-2012, online: <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/tarifs_socan_supplement_30_juin_2012.pdf>; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, ch. 24.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « société de gestion », 19, 20, 31(2)d), 66(3), 66.52, 66.6(1)a), 66.7, 67, 67.1, 68, 68.2, 76, 83(11).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 317.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, 26 octobre 1961, 496 R.T.N.U. 43.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Tarif n° 1.A – Radio commerciale en 1998, 1999, 2000, 2001 et 2002, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19990813-m-b.pdf>>.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Tarif 19 de la SOCAN – Licence pour l'utilisation de toute musique durant des exercices physiques et cours de danse, 2011-2012, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/tarifs_socan_supplement_30_juin_2012.pdf>; *Dunsmuir c. Nouveau-*

[2008] 1 S.C.R. 190; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Recording Industry Association v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 336, 354 N.R. 328.

REFERRED TO:

Re: Sound Tariff No. 6.B – Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities, 2008-2012, online: <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/ReSound6_B_reasons.pdf>; *Tariff No. 3 – Use and Supply of Background Music (2003-2009)*, online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2006/20061021-m-b.pdf>>; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2010 FCA 139, 84 C.P.R. (4th) 157; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560, (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 FCA 424, [2005] 2 F.C.R. 654; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canada (Copyright Board)* (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 187, 47 C.P.R. (3d) 297 (F.C.T.D.); *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626, (1991), 81 D.L.R. (4th) 376 (C.A.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] S.C.R. 330; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 101 A.R. 321; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

AUTHORS CITED

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 5th ed. Markham, Ont: LexisNexis Canada, 2011.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Copyright Board (<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/ReSound6_B_reasons.pdf>) approving *Tariff 6.B* prescribing the amount of equitable remuneration to be collected by the applicant from those using published sound recordings of musical

Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 336.

DÉCISIONS CITÉES :

Tarif n° 6.B de Ré : Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/ReSound6_B_reasons.pdf>; *Tarif n° 3 – Utilisation et distribution de musique de fond (2003-2009)*, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2006/20061021-m-b.pdf>>; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2010 CAF 139; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, [2005] 2 R.C.F. 654; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] A.C.F. n° 137 (C.F. 1^{re} inst.) (QL); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.); *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] R.C.S. 330; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

DOCTRINE CITÉE

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 5^e éd. Markham, Ont : LexisNexis Canada, 2011.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur (<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/ReSound6_B_reasons.pdf>) qui a homologué le *Tarif n° 6.B* qui prescrit le montant à percevoir par la demanderesse, à titre de rémunération équitable, des

works to accompany fitness classes, skating, dance instruction, and other physical activities. Application allowed.

personnes qui utilisent des enregistrements sonores publiés d'œuvres musicales pour accompagner les cours de conditionnement physique, le patinage, l'enseignement de la danse et d'autres formes d'activités physiques. Demande accueillie.

APPEARANCES

Mahmud Jamal, Glen A. Bloom and W. David Rankin for applicant.
Andrea Rush, Daniel Del Gobbo and David Fewer for respondents.

ONT COMPARU

Mahmud Jamal, Glen A. Bloom et W. David Rankin pour la demanderesse.
Andrea Rush, Daniel Del Gobbo et David Fewer pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for applicant.
Heenan Blaikie LLP, Toronto, and *David Fewer*, Ottawa, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour la demanderesse. *Heenan Blaikie LLP*, Toronto, et *David Fewer*, Ottawa, pour les défendeurs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

Introduction

Introduction

[1] Section 19 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (Act) entitles performers and makers of sound recordings to an equitable remuneration from those who use these recordings in a public performance.

[1] L'article 19 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) prévoit que l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public de leur enregistrement sonore.

[2] Re:Sound is a not-for-profit collective society authorized under the Act to administer the performance rights of performers and record labels in sound recordings. In particular, Re:Sound collects and distributes equitable remuneration on behalf of performers and makers of sound recordings of musical works in accordance with royalty tariffs certified by the Copyright Board (Board).

[2] Ré:Sonne est une société de gestion à but non-lucratif autorisée par la Loi à gérer les droits d'exécution d'enregistrements sonores détenus par les artistes-interprètes et les maisons de disques. Plus particulièrement, Ré:Sonne perçoit et répartit la rémunération équitable pour le compte des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, en conformité avec les tarifs des redevances homologués par la Commission du droit d'auteur (la Commission).

[3] In a decision dated July 6, 2012, the Board approved *Re:Sound Tariff No. 6.B – Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities, 2008-2012* [online: <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/>

[3] Par décision datée du 6 juillet 2012, la Commission a homologué le *Tarif n° 6.B de Ré:Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012* [en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/>

certified-homologues/2012/ReSound6_B_reasons.pdf] (*Tariff 6.B*). *Tariff 6.B* prescribes the amount of equitable remuneration to be collected by Re:Sound from those using published sound recordings of musical works to accompany fitness classes, skating, dance instruction, and other physical activities.

[4] *Tariff 6.B* requires fitness centres to pay an annual flat fee to Re:Sound for each venue where recorded music in Re:Sound's repertoire is used in conjunction with fitness classes. The Board based the royalty on the average of the payments made by fitness centres under agreements with the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) for the composers, lyricists, and music publishers of recorded music to accompany dance instruction and fitness activities, in lieu of the amounts set in *SOCAN Tariff 19 – Use of Recorded Music to Accompany Dance Instruction and Fitness Activities, 2011-2012* [online: <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/tarifs_socan_supplement_30_juin_2012.pdf>] (*SOCAN Tariff 19*).

[5] Re:Sound has brought an application for judicial review to set aside *Tariff 6.B*. The application is opposed by the respondents, the Fitness Industry Council of Canada (FIC), the industry's trade association, and Goodlife Fitness Centres Inc. (Goodlife), a major player in the fitness industry. They had participated in the proceedings before the Board as objectors to Re:Sound's proposed *Tariff 6.B*.

[6] Re:Sound alleges in its application for judicial review that the Board committed three errors in setting the royalty rates for the use of recorded music to accompany fitness classes: (i) it breached the duty of fairness by basing *Tariff 6.B* on a ground that was not considered during the hearing and on evidence that Re:Sound had no opportunity to address; (ii) it erred in

gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/ReSound6_B_reasons.pdf] (le *Tarif 6.B*). Le *Tarif 6.B* prescrit le montant à percevoir par Ré:Sonne, à titre de rémunération équitable, des personnes qui utilisent des enregistrements sonores publiés d'œuvres musicales pour accompagner les cours de conditionnement physique, le patinage, l'enseignement de la danse et d'autres formes d'activités physiques.

[4] Selon le *Tarif 6.B*, les centres de conditionnement physique sont tenus de payer à Ré:Sonne une redevance annuelle fixe pour chaque établissement où l'on utilise de la musique enregistrée de son répertoire pour accompagner les cours de conditionnement physique. La Commission a fixé le montant de la redevance en fonction de la moyenne des paiements effectués par les centres de conditionnement physique, en vertu d'ententes conclues avec la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) pour le compte de compositeurs, paroliers et éditeurs de musique, pour la musique enregistrée accompagnant les activités d'enseignement de danse et de conditionnement physique, plutôt que de verser les montants fixés aux termes du *Tarif 19 de la SOCAN – Licence pour l'utilisation de toute musique durant des exercices physiques et cours de danse, 2011-2012* [en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2012/tarifs_socan_supplement_30_juin_2012.pdf>] (le *Tarif 19 de la SOCAN*).

[5] Ré:Sonne a présenté une demande de contrôle judiciaire pour obtenir l'annulation du *Tarif 6.B*. La demande est contestée par les défendeurs, soit le Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada (le CSCP) (association commerciale qui représente les intérêts du secteur) et Goodlife Fitness Centres Inc. (Goodlife) (acteur important dans le secteur). Devant la Commission, les défendeurs étaient des opposants au *Tarif 6.B* proposé par Ré:Sonne.

[6] Ré:Sonne soutient par sa demande de contrôle judiciaire que la Commission a commis les trois erreurs suivantes en fixant le tarif de redevances applicable à l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner les cours de conditionnement physique : i) pour établir le *Tarif 6.B*, elle a manqué à son obligation d'équité en s'appuyant sur un motif non-examiné à l'audience et sur

law when it interpreted the Act as providing that royalties under section 19 should be based, not on the number of all recordings used in fitness classes that are eligible for equitable remuneration, but on the percentage of those for which the performers or makers had authorized Re:Sound to collect royalties on their behalf; and (iii) it set the royalty at an unreasonably low level.

[7] For the reasons that follow, I would allow the application for judicial review on the ground that the Board breached the duty of fairness. However, I am not persuaded that the Board committed a legal error when it reduced the section 19 royalties payable to Re:Sound to reflect the percentage of eligible recordings used in fitness classes that performers or makers had brought into Re:Sound's repertoire by authorizing it to act on their behalf. Since I have concluded that the Board must redetermine the royalty after hearing additional submissions, it is unnecessary to opine on the reasonableness or otherwise of the royalty set by the Board in *Tariff 6.B* for the use of recordings to accompany fitness classes.

[8] As already noted, *Tariff 6.B* also includes royalties payable to the makers and performers of sound recordings of musical works that are used to accompany skating, dance instruction, and other physical activities. Re:Sound made relatively few submissions on these aspects of *Tariff 6.B* to either the Board or this Court. I shall deal with Re:Sound's challenge to these royalties after my analysis of its application to review the royalties approved for the use of recorded music in fitness classes.

un élément de preuve à laquelle Ré:Sonne n'avait pas eu l'occasion de répondre; ii) elle a commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme prévoyant que le montant des redevances visées à l'article 19 devait être calculé en fonction non pas du nombre total d'enregistrements utilisés dans les cours de conditionnement physique donnant droit à une rémunération équitable, mais du pourcentage de ces enregistrements à l'égard desquels des artistes-interprètes ou des producteurs avaient autorisé Ré:Sonne à percevoir des redevances en leur nom; iii) elle a fixé le montant des redevances à un niveau déraisonnablement bas.

[7] Par les motifs qui suivent, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire au motif que la Commission a manqué à son obligation d'équité. Je ne suis toutefois pas convaincu que la Commission a commis une erreur de droit en réduisant le montant des redevances payables à Ré:Sonne en vertu de l'article 19 pour tenir compte du pourcentage d'enregistrements admissibles utilisés dans des cours de conditionnement physique que des artistes-interprètes ou des producteurs ont ajouté au répertoire de Ré:Sonne en l'autorisant à agir en leur nom. Comme j'ai conclu après avoir entendu les observations additionnelles des parties que la Commission devait fixer le montant des redevances à nouveau, je n'aurai pas à me prononcer sur le caractère raisonnable ou non des redevances fixées au *Tarif 6.B* par la Commission à l'égard de la musique enregistrée utilisée pour accompagner les cours de conditionnement physique.

[8] Comme on l'a vu, le *Tarif 6.B* concerne aussi les redevances payables aux producteurs et aux artistes-interprètes à l'égard des enregistrements sonores d'œuvres musicales utilisés pour accompagner le patinage, l'enseignement de la danse et d'autres activités physiques. Ré:Sonne a présenté relativement peu d'observations sur ces aspects du *Tarif 6.B*, que ce soit devant la Commission ou devant la Cour. Je discuterai la contestation par Ré:Sonne des redevances associées à ces éléments après l'analyse de sa demande de contrôle visant les redevances homologuées pour l'utilisation de musique enregistrée lors de cours de conditionnement physique.

Factual Background

[9] The Board has a statutory jurisdiction to set tariffs of royalties payable to the owners of copyright in sound recordings (composers, lyricists, and music publishers). It also approves royalty tariffs payable as “equitable remuneration” to the holders of “neighbouring rights” in published sound recordings (performers and makers) for the performance in public or the communication to the public by telecommunication in Canada of their recordings.

[10] The right of performers and makers to an equitable remuneration is not an exclusive right: unlike traditional copyright owners, holders of neighbouring rights in musical works cannot bring an action to recover equitable remuneration against a person who, without authorization, performs their recordings in public. The only legal recourse they may have is against a collective society that has failed either to file a proposed tariff with the Board as required by subsections 67.1(1) and (2) of the Act, or to distribute to the beneficiaries the royalties that have been approved by the Board and collected from the users by the collective society.

[11] Nor can a collective society bring an action against a user to recover equitable remuneration when no tariff has been proposed, unless the Minister of Industry has given written consent: subsection 67.1(4). However, if users default in making the royalty payments in an approved tariff, a collective society may recover them in a court of competent jurisdiction: subsection 68.2(1).

[12] The recognition of neighbouring rights in Canadian law is relatively recent. They were added to the Act in 1997 ([*An Act to amend the Copyright Act*] S.C. 1997, c. 24) in order to implement obligations assumed by Canada on March 4, 1998 when it acceded to the *International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*, 26 October 1961, 496 U.N.T.S. 43 (Rome Convention). For the limited protection previously enjoyed by makers and performers of recorded

Faits à l’origine du litige

[9] La Commission a compétence en vertu de la loi pour fixer les tarifs de redevances payables aux titulaires de droits d’auteur sur les enregistrements sonores (compositeurs, paroliers et éditeurs de musique). Elle homologue également les tarifs de redevances payables à titre de « rémunération équitable » aux détenteurs de « droits voisins » dans les enregistrements sonores publiés (artistes-interprètes et producteurs) pour l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, de leurs enregistrements.

[10] Le droit des artistes-interprètes et des producteurs à une rémunération équitable n’est pas un droit exclusif : contrairement aux titulaires de droits d’auteur traditionnels, les détenteurs de droits voisins sur les œuvres musicales ne peuvent tenter une action pour recouvrer cette rémunération d’une personne qui, sans y être autorisée, exécute leurs enregistrements en public. Ils ne pourraient exercer un recours en justice que contre la société de gestion qui a omis soit de déposer un projet de tarif auprès de la Commission, comme l’exigent les paragraphes 67.1(1) et (2) de la Loi, soit de répartir entre leurs bénéficiaires les redevances homologuées par la Commission et perçues des utilisateurs par la société.

[11] Une société de gestion ne peut pas non plus tenter une action en recouvrement d’une rémunération équitable contre l’utilisateur lorsqu’aucun tarif n’a été proposé, sauf autorisation écrite du ministre de l’Industrie (paragraphe 67.1(4)). Toutefois, si des utilisateurs ne versent pas les redevances prévues dans le tarif homologué, la société de gestion peut en poursuivre le recouvrement en justice (paragraphe 68.2(1)).

[12] La reconnaissance des droits voisins est relativement récente en droit canadien. Le législateur a ajouté ces droits à ceux déjà prévus par la Loi en 1997 ([*Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*] L.C. 1997, ch. 24) afin de mettre en œuvre les obligations assumées par le Canada lorsque, le 4 mars 1998, il est devenu partie à la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, le 26 octobre 1961, 496 R.T.N.U. 43 (la Convention de

music, see the first neighbouring rights decision of the Board in *Tariff 1.A – Commercial Radio in 1998, 1999, 2000, 2001 and 2002* [online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19990813-m-b.pdf>>] (*Tariff 1.A*), dated August 13, 1999, at pages 2–3.

[13] *Tariff 6.B* is the first neighbouring rights tariff that the Board has certified for the use of sound recordings to accompany fitness classes. However, it has certified two related tariffs.

[14] First, *SOCAN Tariff 19* is the most recent SOCAN tariff of royalties approved by the Board to be paid to the composers and lyricists of recorded music used to accompany dance, aerobics, body building, and other similar activities.

[15] Second, in 2006 the Board certified NRCC Tariff No. 3 [*Tarif No. 3 – Use and Supply of Background Music (2003-2009)*], online: <<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2006/20061021-m-b.pdf>>] proposed by the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC), Re:Sound's predecessor, for the holders of neighbouring rights in published sound recordings used as background music in an establishment.

[16] Re:Sound is an umbrella organization for its five member societies, which are comprised of performers or makers, in Quebec and elsewhere in Canada. It distributes the royalties collected from users either to the member society to which the performer or maker belongs or directly to the individuals entitled to them. Re:Sound is currently the only collective society authorized by the Board to collect section 19 royalties from the users of sound recordings.

[17] The proceedings from which this application arises commenced on March 30, 2007 when Re:Sound

Rome). Pour en savoir plus sur la protection restreinte dont bénéficiaient auparavant les producteurs et les artistes-interprètes de musique enregistrée, on pourra consulter la première décision sur les droits voisins rendue par la Commission : *Tarif n° 1.A – Radio commerciale en 1998, 1999, 2000, 2001 et 2002* [en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19990813-m-b.pdf>>] (*Tarif 1.A*), le 13 août 1999, aux pages 2 et 3.

[13] Le *Tarif 6.B* est le premier tarif pour droits voisins homologué par la Commission concernant l'utilisation d'enregistrements sonores lors de cours de conditionnement physique. La Commission a cependant déjà homologué deux tarifs connexes.

[14] Il y a, premièrement, le *Tarif 19 de la SOCAN*, le tarif de redevances de la SOCAN le plus récent homologué par la Commission, qui prévoit les redevances devant être payées aux compositeurs et aux paroliers lorsqu'on utilise leur musique enregistrée pour accompagner les activités de danse, d'aérobic et de culturisme et autres activités semblables.

[15] Deuxièmement, la Commission a homologué en 2006 le tarif n° 3 de la SCGDV [*Tarif n° 3 – Utilisation et distribution de musique de fond (2003-2009)*], en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/tariffs-tarifs/certified-homologues/2006/20061021-m-b.pdf>>], proposé par la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV), l'organisme qui a précédé Ré:Sonne, à l'égard des détenteurs de droits voisins dans des enregistrements sonores publiés utilisés comme musique de fond dans un établissement.

[16] Ré:Sonne est une organisation qui chapeaute cinq sociétés membres représentant des artistes-interprètes et des producteurs au Québec et ailleurs au Canada. Elle distribue les redevances perçues auprès d'utilisateurs, soit directement à l'artiste-interprète ou au producteur concerné, soit à la société dont il fait partie. Elle est actuellement la seule société de gestion autorisée par la Commission à percevoir des redevances visées à l'article 19 d'utilisateurs d'enregistrements sonores.

[17] La procédure donnant lieu à la présente demande fut engagée le 30 mars 2007 lorsque Ré:Sonne a déposé un projet de tarif concernant l'utilisation de musique

filed a proposed tariff for the use of recorded music to accompany, among other things, fitness classes. If approved as filed, Re:Sound's proposed *Tariff 6.B* would, the Board found, impose royalty payments of approximately \$86 million annually on the Canadian fitness industry which, according to Re:Sound, has an annual revenue of around \$2 billion. In objecting to Re:Sound's proposed tariff, the FIC and Goodlife submitted that the Board should impose royalties totalling approximately \$3 million.

[18] The Board certified *Tariff 6.A* on July 15, 2011 to deal with the tariff proposed by Re:Sound for sound recordings used in connection with dance. A year later, the Board certified *Tariff 6.B* for the use of recorded music to accompany other physical activities, including fitness classes. It is common ground between the parties to this application that under *Tariff 6.B* as approved by the Board, the annual amount that Re:Sound can collect from users is less than that proposed by the FIC and Goodlife.

[19] The Board's five-year long decision-making process comprised formal and informal procedural steps, including interrogatories and responses, written submissions, and the filing of expert evidence. Only 11 days were spent on the oral hearing. I shall describe the aspect of the Board's procedure relevant to Re:Sound's allegation that it was denied procedural fairness in my analysis of that issue.

Decision of the Board

[20] The Board's reasons describe and analyse at length the expert evidence and submissions of the parties in support of their respective positions on the appropriate bases for determining the equitable remuneration payable to Re:Sound for the use of recorded music to accompany fitness classes: paragraphs 9-63 and 98-147.

enregistrée pour accompagner entre autres des cours de conditionnement physique. La Commission a conclu que, s'il était homologué tel qu'il fut déposé, le *Tarif 6.B* proposé par Ré:Sonne imposerait au secteur canadien du conditionnement physique, dont les revenus annuels sont d'environ 2 milliards de dollars selon Ré:Sonne, le paiement d'environ 86 millions de dollars de redevances par an. À l'appui de leur opposition au tarif proposé par Ré:Sonne, le CSCP et Goodlife ont soutenu que la Commission devait plutôt imposer le paiement de redevances totales d'environ 3 millions de dollars.

[18] Le 15 juillet 2011, la Commission a homologué le *Tarif 6.A* pour donner suite au projet de tarif de Ré:Sonne visant les enregistrements sonores utilisés en lien avec la danse. Un an plus tard, la Commission a homologué le *Tarif 6.B* concernant l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner d'autres activités physiques, notamment les cours de conditionnement physique. Il n'est pas controversé entre les parties à la présente demande que, sous le régime du *Tarif 6.B* homologué par la Commission, Ré:Sonne peut recouvrer des utilisateurs un montant annuel moindre que celui proposé par le CSCP et Goodlife.

[19] Le processus décisionnel de la Commission, qui s'est étendu sur cinq ans, a comporté des étapes procédurales formelles et informelles, dont des interrogatoires par écrit et des réponses, la présentation d'observations écrites et le dépôt d'une preuve d'expert. L'audience n'a duré que 11 jours. J'exposerai la partie de la procédure de la Commission qui est pertinente quant à l'allégation de Ré:Sonne concernant le manquement à son endroit à l'obligation d'équité procédurale dans le cadre de mon analyse de la question.

Décision de la Commission

[20] Dans ses motifs, la Commission expose et analyse longuement les témoignages d'expert et les observations présentées par chacune des parties au soutien de sa thèse quant à la base de calcul appropriée pour établir la rémunération équitable à payer à Ré:Sonne pour l'utilisation de musique enregistrée dans les cours de conditionnement physique (paragraphes 9 à 63 et 98 à 147).

[21] It suffices to say here that the Board found most of the expert evidence and submissions of Re:Sound and the respondents to be unsatisfactory. Consequently, it rejected the royalties that the parties proposed.

[22] One point is, however, worth noting. An expert witness for the respondents, Dr. David Reitman, suggested that since *SOCAN Tariff 19* concerned royalties payable to composers and lyricists of recorded music played in conjunction with physical activities similar to those targeted in *Tariff 6.B*, it was an appropriate benchmark for *Tariff 6.B*. It was argued that *SOCAN Tariff 19* had been in existence in various forms for 30 years and was “a reality in the marketplace”: at paragraph 136. It was thus a reliable indicator of the market value of recorded music when used in conjunction with physical activities.

[23] The Board, however, agreed with Re:Sound that *SOCAN Tariff 19* was not an appropriate benchmark: at paragraph 147. It had never been the subject of even cursory examination, important terms of the Tariff were ambiguous, and its enforcement had proved problematic: at paragraphs 136 and 140–144. As evidence of the difficulties with *SOCAN Tariff 19*, the Board noted (at paragraph 146) that, rather than attempting to enforce the rates certified in the Tariff, SOCAN collected nearly one third of its “*Tariff 19* royalties” under confidential licensing agreements that it had made with individual users subject to *SOCAN Tariff 19*, including some of Canada’s largest fitness centres and dance instruction providers. After the hearing on *Tariff 6.B* was closed, the Board requested SOCAN to deposit copies of these agreements with it, which it did.

[24] The Board recognized that its rejection of both the expert evidence adduced by the parties, and the other suggested bases for setting the royalties, left it in a difficult position. Nonetheless, it decided (at paragraphs 161–164) not to exercise the option of declining to approve a tariff after considering *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*

[21] Qu’il suffise ici de dire que la Commission a jugé pour l’essentiel insatisfaisantes les témoignages d’expert et les observations de Ré:Sonne et des défendeurs. Elle a par conséquent rejeté le montant de redevances proposées par les parties.

[22] Un point est toutefois digne de mention. Un témoin expert des défendeurs, M. David Reitman, a soutenu que le *Tarif 19 de la SOCAN* constituait un point de référence approprié pour le *Tarif 6.B*, puisqu’il portait sur les redevances payables aux compositeurs et aux paroliers de musique enregistrée utilisée pour accompagner des activités physiques semblables à celles visées par le *Tarif 6.B*. Il a été soutenu que le *Tarif 19 de la SOCAN* avait été en vigueur sous diverses formes depuis 30 ans et qu’il représentait une « réalité du marché » (au paragraphe 136). Il s’agissait donc d’un indicateur fiable de la valeur marchande de la musique enregistrée qu’on utilise pour accompagner des activités physiques.

[23] À l’instar de Ré:Sonne, la Commission a toutefois conclu que le *Tarif 19 de la SOCAN* ne pouvait pas servir de point de référence (paragraphe 147). En effet, ce tarif n’avait jamais fait l’objet d’un examen, même sommaire; il contenait certaines expressions importantes ambiguës; enfin, son application avait posé problème (paragraphe 136 et 140 à 144). La Commission a relevé (au paragraphe 146), comme preuve des difficultés soulevées par le *Tarif 19 de la SOCAN*, que la SOCAN, plutôt que de tenter d’appliquer les taux prévus au tarif, percevait près du tiers de ses redevances au titre du *Tarif 19* en vertu d’ententes de licence confidentielles conclues avec des utilisateurs individuels assujettis au *Tarif 19 de la SOCAN*, y compris certains des plus importants centres de conditionnement physique et écoles de danse au Canada. Une fois l’audience relative au *Tarif 6.B* close, la Commission a demandé à la SOCAN de déposer copie de ces ententes, ce qu’elle a fait.

[24] La Commission a reconnu que le rejet des témoignages d’expert des parties ainsi que des autres bases de calcul suggérées pour l’établissement des redevances la laissait dans une position difficile. Après examen de l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2010 CAF 139, aux paragraphes 25 à 30, elle a néanmoins décidé

v. *Bell Canada*, 2010 FCA 139, 84 C.P.R. (4th) 157, at paragraphs 25–30. Since the Board had not rejected the factual information filed by the parties it had some evidence of the value of recorded music to fitness classes. Consequently, it held, Re:Sound was entitled to a tariff.

[25] The Board acknowledged (at paragraph 167) that flat fee royalties are generally an unsatisfactory reflection of the value of music to users, because they do not take account of the number of participants in a targeted activity or the amount of music used. Nonetheless, the Board decided that this was the best solution to its dilemma in this case. A flat fee for all users is easy to administer because minimal compliance monitoring is needed. In addition, *Tariff 6.B* was only transitional, in the sense that the period that it covered ended in 2012, the year of its approval, and the Board would likely be given better evidence on which to base a more permanent, multi-year tariff to start in 2013: see paragraphs 165–167.

[26] The Board calculated (at paragraphs 83–97, 168–169) the amount of the flat fee as follows. It computed the average “*Tariff 19* royalties” paid to SOCAN under the agreements with fitness centres that it had supplied to the Board. The Board determined that 53 percent of the musical recordings played at fitness centres were eligible recordings under section 20. It then adjusted this percentage down to 36.6 percent to reflect the fact that Re:Sound’s repertoire consisted of only a portion of the eligible recordings played at fitness classes. This calculation produced an annual flat fee of \$105.74 to be paid by each venue using sound recordings to accompany fitness classes that were in the repertoire of Re:Sound or one of its member collectives.

(paragraphs 161 à 164) de ne pas choisir de n’homologuer aucun tarif puisque, n’ayant pas rejeté les éléments de fait présentés par les parties, il existait certains éléments quant à la valeur de la musique enregistrée pour les cours de conditionnement physique. La Commission a ainsi décidé que Ré:Sonne avait droit à un tarif.

[25] La Commission a reconnu (au paragraphe 167) qu’une redevance fixe ne reflétait généralement pas de manière satisfaisante la valeur de la musique pour les utilisateurs parce qu’elle ne tenait pas compte ni du nombre de participants à une activité visée ni du volume de musique utilisée. Quoiqu’il en soit, la Commission a estimé que le recours à une redevance fixe constituait la meilleure façon en l’espèce de trancher son dilemme. Une redevance fixe pour tous les utilisateurs est aussi facile à administrer puisqu’elle n’appelle qu’une surveillance minimale de la conformité. En outre, le *Tarif 6.B* n’avait qu’un caractère transitoire puisque la période visée se terminait en 2012, l’année de son homologation, et que la Commission se ferait vraisemblablement présenter des éléments de preuve plus complets pour fixer de manière plus permanente un tarif pluriannuel applicable à compter de 2013 (voir les paragraphes 165 à 167).

[26] La Commission a procédé au calcul (aux paragraphes 83 à 97, 168 et 169) de la redevance fixe appropriée. Elle a calculé la moyenne des « redevances du *Tarif 19* » versées à la SOCAN aux termes des ententes conclues avec des centres de conditionnement physique et que la SOCAN lui avait transmises. La Commission a ensuite conclu que 53 p. cent des enregistrements musicaux utilisés dans les centres de conditionnement physique étaient des enregistrements admissibles aux fins de l’article 20. Puis, la Commission a rajusté ce pourcentage à la baisse à 36,6 p. cent, pour tenir compte du fait que seule une partie des enregistrements admissibles utilisés lors de cours de conditionnement physique appartenait au répertoire de Ré:Sonne. Il est résulté de ce calcul une redevance fixe annuelle de 105,74 \$ devant être payée par chaque établissement utilisant des enregistrements sonores faisant partie du répertoire de Ré:Sonne ou d’une des sociétés de gestion chapeautées par elle pour accompagner des cours de conditionnement physique.

Statutory Framework

[27] The statutory provisions relevant to the disposition of this application are contained in the *Copyright Act*. Section 2 defines a collective society for the purpose of the Act:

Definitions

2. ...

“collective society”
« société de gestion »

“collective society” means a society, association or corporation that carries on the business of collective administration of copyright or of the remuneration right conferred by section 19 or 81 for the benefit of those who, by assignment, grant of licence, appointment of it as their agent or otherwise, authorize it to act on their behalf in relation to that collective administration, and

(a) operates a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of works, performer’s performances, sound recordings or communication signals of more than one author, performer, sound recording maker or broadcaster, pursuant to which the society, association or corporation sets out classes of uses that it agrees to authorize under this Act, and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize those classes of uses, or

(b) carries on the business of collecting and distributing royalties or levies payable pursuant to this Act. [Emphasis added.]

[28] Subsection 19(1) creates a right to an equitable remuneration for makers and performers of sound recordings when performed in public. In order to produce the funds required to provide an equitable remuneration, those who perform the recordings in public are liable to pay royalties to the collective society authorized to collect them. Subsection 20(1) sets out the eligibility criteria for equitable remuneration and the conditions under which the right applies: the maker of a sound recording must be a Canadian citizen or a permanent resident (or, in the case of a corporation, have its headquarters in Canada), or the fixations for the recording must have occurred in Canada.

Cadre légal

[27] Les dispositions législatives pertinentes en l’espèce se trouvent dans la *Loi sur le droit d’auteur*. Est définie la société de gestion aux fins de cette loi à l’article 2 :

2. [...]

Définitions

« société de gestion » Association, société ou personne morale autorisée — notamment par voie de cession, licence ou mandat — à se livrer à la gestion collective du droit d’auteur ou du droit à rémunération conféré par les articles 19 ou 81 pour l’exercice des activités suivantes :

« société de gestion »
“collective society”

a) l’administration d’un système d’octroi de licences portant sur un répertoire d’œuvres, de prestations, d’enregistrements sonores ou de signaux de communication de plusieurs auteurs, artistes-interprètes, producteurs d’enregistrements sonores ou radiodiffuseurs et en vertu duquel elle établit les catégories d’utilisation qu’elle autorise au titre de la présente loi ainsi que les redevances et modalités afférentes;

b) la perception et la répartition des redevances payables aux termes de la présente loi. [Soulignement ajouté.]

[28] Le paragraphe 19(1) prévoit que l’artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l’exécution en public de leur enregistrement sonore. En vue de cette rémunération, quiconque exécute de tels enregistrements en public doit verser des redevances à la société de gestion autorisée à les percevoir. Le paragraphe 20(1) énonce les critères d’admissibilité à une rémunération équitable et les conditions d’application du droit à cette rémunération : le producteur d’un enregistrement sonore doit être citoyen canadien ou résident permanent au Canada (ou, s’il s’agit d’une personne morale, avoir son siège social au Canada), ou les fixations réalisées en vue de la confection de l’enregistrement doivent avoir eu lieu au Canada.

[29] Other provisions in sections 19 and 20, not relevant to the present proceeding, apply the right to equitable remuneration and the eligibility criteria to parties to the Rome Convention. Recordings emanating from the United States will normally not be eligible for equitable remuneration because the United States is not party to the Rome Convention. They can therefore be performed in public in Canada without the user being liable to pay a royalty under section 19:

Right to remuneration—Canada

19. (1) If a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to subsection 20(1), to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for a communication in the circumstances referred to in paragraph 15(1.1)(d) or 18(1.1)(a) and any retransmission.

...

Royalties

(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in this section, a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties

(a) in the case of a sound recording of a musical work, to the collective society authorized under Part VII to collect them; or

(b) in the case of a sound recording of a literary work or dramatic work, to either the maker of the sound recording or the performer.

Division of royalties

(3) The royalties, once paid pursuant to paragraph (2)(a) or (b), shall be divided so that

(a) the performer or performers receive in aggregate fifty per cent; and

(b) the maker or makers receive in aggregate fifty per cent.

...

Conditions—Canada

20. (1) The right to remuneration conferred by subsection 19(1) applies only if

[29] D'autres dispositions des articles 19 et 20, non pertinentes aux fins de la présente instance, font jouer, pour les pays parties à la Convention de Rome, le droit à une rémunération équitable et les critères d'admissibilité. Les enregistrements provenant des États-Unis ne donnent habituellement pas lieu à une rémunération équitable puisque ce pays n'est pas partie à la Convention de Rome. Ces enregistrements peuvent donc être exécutés en public au Canada sans que leur utilisateur n'ait à payer de redevances aux termes de l'article 19 :

19. (1) Sous réserve du paragraphe 20(1), l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de la communication visée aux alinéas 15(1.1)d) ou 18(1.1)a) et de toute retransmission — de l'enregistrement sonore publié.

[...]

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances :

a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir;

b) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre littéraire ou d'une œuvre dramatique, soit au producteur, soit à l'artiste-interprète.

(3) Les redevances versées en application de l'alinéa (2)a) ou b), selon le cas, sont partagées par moitié entre le producteur et l'artiste-interprète.

[...]

20. (1) Le droit à rémunération conféré par le paragraphe 19(1) ne peut être exercé que si, selon le cas :

Droit à rémunération : Canada

Redevances

Partage des redevances

Conditions : Canada

(a) the maker was, at the date of the first fixation, a Canadian citizen or permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* or, if a corporation, had its headquarters in Canada; or

(b) all the fixations done for the sound recording occurred in Canada. [Emphasis added.]

a) le producteur, à la date de la première fixation, soit est un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, soit, s'il s'agit d'une personne morale, a son siège social au Canada;

b) toutes les fixations réalisées en vue de la confection de l'enregistrement sonore ont eu lieu au Canada. [Soulignement ajouté.]

[30] The first part of Part VII of the Act establishes the Copyright Board and confers its powers. Only a few provisions are sufficiently relevant to this application to warrant inclusion here:

66. ...

Chairman

(3) The chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court.

[30] Le premier segment de la partie VII de la Loi établit la constitution de la Commission du droit d'auteur et énonce les pouvoirs dont celle-ci dispose. Seules quelques dispositions sont suffisamment pertinentes pour qu'on les reproduise :

66. [...]

(3) Le gouverneur en conseil choisit le président parmi les juges, en fonction ou à la retraite, de cour supérieure, de cour de comté ou de cour de district.

Président

...

[...]

Variation of decisions

66.52 A decision of the Board respecting royalties or their related terms and conditions that is made under subsection 68(3), sections 68.1 or 70.15 or subsections 70.2(2), 70.6(1), 73(1) or 83(8) may, on application, be varied by the Board if, in its opinion, there has been a material change in circumstances since the decision was made.

66.52 La Commission peut, sur demande, modifier toute décision concernant les redevances visées au paragraphe 68(3), aux articles 68.1 ou 70,15 ou aux paragraphes 70.2(2), 70.6(1), 73(1) ou 83(8), ainsi que les modalités y afférentes, en cas d'évolution importante, selon son appréciation, des circonstances depuis ces décisions.

Modifications de décisions

[...]

Regulations

66.6 (1) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations governing

(a) the practice and procedure in respect of the Board's hearings, including the number of members of the Board that constitutes a quorum.

66.6 (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

a) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum.

Règlement

...

[...]

General powers, etc.

66.7 (1) The Board has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its decisions and other matters necessary or proper for the due

66.7 (1) La Commission a, pour la comparution, la prestation de serments, l'assignation et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production d'éléments de preuve, l'exécution de ses décisions et toutes autres questions

Attributions générales

exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

[31] The second part of Part VII is headed “Collective Administration of Performing Rights and of Communication Rights”. The following provisions are relevant to the present application:

[31] Le deuxième segment de la partie VII est intitulé « Gestion collective du droit d'exécution et de communication » et ses dispositions pertinentes aux fins de la présente demande sont reproduites ci-après :

Public access to repertoires

67. Each collective society that carries on
(a) the business of granting licences or collecting royalties for the performance in public of musical works, dramatico-musical works, performer's performances of such works, or sound recordings embodying such works, or

67. Les sociétés de gestion chargées d'octroyer des licences ou de percevoir des redevances pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication — à l'exclusion de la communication visée au paragraphe 31(2) — d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, de leurs prestations ou d'enregistrements sonores constitués de ces œuvres ou prestations, selon le cas, sont tenues de répondre aux demandes de renseignements raisonnables du public concernant le répertoire de telles œuvres ou prestations ou de tels enregistrements d'exécution courante dans un délai raisonnable.

Demandes de renseignements

...
must answer within a reasonable time all reasonable requests from the public for information about its repertoire of works, performer's performances or sound recordings, that are in current use.

Filing of proposed tariffs

67.1 (1) Each collective society referred to in section 67 shall, on or before the March 31 immediately before the date when its last tariff approved pursuant to subsection 68(3) expires, file with the Board a proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by the collective society.

67.1 (1) Les sociétés visées à l'article 67 sont tenues de déposer auprès de la Commission, au plus tard le 31 mars précédant la cessation d'effet d'un tarif homologué au titre du paragraphe 68(3), un projet de tarif, dans les deux langues officielles, des redevances à percevoir.

Dépôt d'un projet de tarif

Where no previous tariff

(2) A collective society referred to in subsection (1) in respect of which no tariff has been approved pursuant to subsection 68(3) shall file with the Board its proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by it, on or before the March 31 immediately before its proposed effective date.

(2) Lorsque les sociétés de gestion ne sont pas régies par un tarif homologué au titre du paragraphe 68(3), le dépôt du projet de tarif auprès de la Commission doit s'effectuer au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet.

Sociétés non régies par un tarif homologué

Effective period of tariffs

(3) A proposed tariff must provide that the royalties are to be effective for periods of one or more calendar years.

(3) Le projet de tarif prévoit des périodes d'effet d'une ou de plusieurs années civiles.

Durée de validité

Prohibition of enforcement

(4) If a proposed tariff is not filed with respect to the work, performer's performance or sound recording in question, no action may be commenced, without the written consent of the Minister, for

Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit [...] ou pour recouvrement des redevances visées à l'article 19.

Interdiction des recours

...

	<u>(c) the recovery of royalties referred to in section 19.</u>	
Publication of proposed tariffs	(5) As soon as practicable after the receipt of a proposed tariff filed pursuant to subsection (1), the Board shall publish it in <i>the Canada Gazette</i> and shall give notice that, within sixty days after the publication of the tariff, prospective users or their representatives may file written objections to the tariff with the Board.	Publication des projets de tarifs
Board to consider proposed tariffs and objections	<p>68. (1) The Board shall, as soon as practicable, consider a proposed tariff and any objections thereto referred to in subsection 67.1(5) or raised by the Board, and</p> <p>(a) send to the collective society concerned a copy of the objections so as to permit it to reply; and</p> <p>(b) send to the persons who filed the objections a copy of any reply thereto.</p>	Examen du projet de tarif
Criteria and factors	<p>(2) In examining a proposed tariff for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of performer's performances of musical works, or of sound recordings embodying such performer's performances, the Board</p> <p>(a) shall ensure that</p> <p>(i) the tariff applies in respect of performer's performances and sound recordings only in the situations referred to in the provisions of section 20 other than subsections 20(3) and (4),</p> <p>(ii) the tariff does not, because of linguistic and content requirements of Canada's broadcasting policy set out in section 3 of the <i>Broadcasting Act</i>, place some users that are subject to that Act at a greater financial disadvantage than others, and</p> <p>(iii) <u>the payment of royalties by users pursuant to section 19 will be made in a single payment</u>; and</p> <p>(b) may take into account any factor that it considers appropriate.</p>	Cas particuliers
	(5) Dès que possible, la Commission publie dans la <i>Gazette du Canada</i> les projets de tarif et donne un avis indiquant que tout utilisateur éventuel intéressé, ou son représentant, peut y faire opposition en déposant auprès d'elle une déclaration en ce sens dans les soixante jours suivant la publication.	
	<p>68. (1) La Commission procède dans les meilleurs délais à l'examen des projets de tarif et, le cas échéant, des oppositions; elle peut également faire opposition aux projets. Elle communique à la société de gestion en cause copie des oppositions et aux opposants les réponses éventuelles de celle-ci.</p>	
	(2) Aux fins d'examen des projets de tarif déposés pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de prestations d'œuvres musicales ou d'enregistrements sonores constitués de ces prestations, la Commission :	
	(a) doit veiller à ce que :	
	(i) les tarifs ne s'appliquent aux prestations et enregistrements sonores que dans les cas visés à l'article 20, à l'exception des paragraphes 20(3) et (4),	
	(ii) les tarifs n'aient pas pour effet, en raison d'exigences différentes concernant la langue et le contenu imposées par le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion établi à l'article 3 de la <i>Loi sur la radiodiffusion</i> , de désavantager sur le plan financier certains utilisateurs assujettis à cette loi,	
	(iii) <u>le paiement des redevances visées à l'article 19 par les utilisateurs soit fait en un versement unique</u> ;	
	(b) peut tenir compte de tout facteur qu'elle estime indiqué.	

Certification	<p>(3) The Board shall certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to</p> <p>(a) any objections to the tariffs under subsection 67.1(5); and</p> <p>(b) the matters referred to in subsection (2).</p>	<p>(3) Elle homologue les projets de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions visées au paragraphe 67.1(5) et du paragraphe (2).</p>	Homologation
Publication of approved tariffs	<p>(4) The Board shall</p> <p>(a) publish the approved tariffs in the <i>Canada Gazette</i> as soon as practicable; and</p> <p>(b) send a copy of each approved tariff, together with the reasons for the Board's decision, to each collective society that filed a proposed tariff and to any person who filed an objection.</p>	<p>(4) Elle publie dès que possible dans la <i>Gazette du Canada</i> les tarifs homologués; elle en envoie copie, accompagnée des motifs de sa décision, à chaque société de gestion ayant déposé un projet de tarif et aux opposants.</p>	Publication du tarif homologué
	...	[...]	
Effect of fixing royalties	<p>68.2 (1) Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.</p>	<p>68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.</p>	Portée de l'homologation
Proceedings barred if royalties tendered or paid	<p>(2) No proceedings may be brought against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff for</p> <p>...</p> <p>(c) the recovery of royalties referred to in section 19.</p>	<p>(2) Il ne peut être intenté aucun recours [...] pour recouvrement des redevances visées à l'article 19, contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.</p>	Interdiction des recours
Continuation of rights	<p>(3) Where a collective society files a proposed tariff in accordance with subsection 67.1(1),</p> <p>(a) any person entitled to perform in public or communicate to the public by telecommunication those works, performer's performances or sound recordings pursuant to the previous tariff may do so, even though the royalties set out therein have ceased to be in effect, and</p> <p>(b) the collective society may collect the royalties in accordance with the previous tariff,</p> <p>until the proposed tariff is approved. [Emphasis added.]</p>	<p>(3) Toute personne visée par un tarif concernant les œuvres, les prestations ou les enregistrements sonores visés à l'article 67 peut, malgré la cessation d'effet du tarif, les exécuter en public ou les communiquer au public par télécommunication dès lors qu'un projet de tarif a été déposé conformément au paragraphe 67.1(1), et ce jusqu'à l'homologation d'un nouveau tarif. Par ailleurs, la société de gestion intéressée peut percevoir les redevances prévues par le tarif antérieur jusqu'à cette homologation. [Soulignement ajouté.]</p>	Maintien des droits

Issues and Analysis

[32] The Court must determine two primary issues in order to dispose of this application for judicial review of *Tariff 6.B* in respect of the use of sound recordings to accompany fitness classes.

(1) Did the Board deprive Re:Sound of a fair opportunity to participate in the decision-making process in breach of the duty of fairness when it set the royalty on a basis not addressed by the parties, and on material that Re:Sound had neither seen nor had an opportunity to comment on?

(2) Did the Board err in law when it interpreted the Act as entitling Re:Sound to collect royalties under section 19 in respect only of those eligible sound recordings played at fitness centres the performers or makers of which had authorized it or one of its member collectives to act for them in the administration of their right to equitable remuneration?

[33] First, though, it is necessary to determine the standard of review applicable to each question.

ISSUE 1: What is the applicable standard of review?

(i) *Breach of the duty of procedural fairness*

[34] The black-letter rule is that courts review allegations of procedural unfairness by administrative decision makers on a standard of correctness: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43.

[35] Courts give no deference to decision makers when the issue is whether the duty of fairness applies in given administrative and legal contexts. This is evident

Questions en litige et analyse

[32] La Cour doit se prononcer sur deux questions principales pour trancher la présente demande de contrôle judiciaire du *Tarif 6.B* concernant l'utilisation d'enregistrements sonores pour accompagner les cours de conditionnement physique.

(1) La Commission a-t-elle, en violation de son obligation d'équité, privé Ré:Sonne de la possibilité raisonnable de participer au processus décisionnel en utilisant pour établir les redevances payables une base de calcul non-examinée par les parties et des éléments de preuve qu'elle n'avait pas communiqués à Ré:Sonne et à l'égard desquels celle-ci n'avait pas eu l'occasion de présenter des observations?

(2) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme autorisant Ré:Sonne à percevoir des redevances visées à l'article 19 à l'égard seulement des enregistrements sonores admissibles utilisés dans les centres de conditionnement physique dont les interprètes ou les producteurs avaient autorisé Ré:Sonne ou l'une des sociétés de gestion chapeautées par elle à gérer en leur nom leur droit à une rémunération équitable?

[33] Il sera cependant nécessaire d'arrêter tout d'abord la norme de contrôle qui joue pour chacune de ces questions.

1^{re} QUESTION – Quelle est la norme de contrôle applicable?

i) *Manquement à l'obligation d'équité procédurale*

[34] Le droit est bien fixé : le juge doit appliquer la norme de la décision correcte lorsqu'il se penche sur des allégations de manquement à l'équité procédurale de la part de décideurs administratifs (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43).

[35] La retenue judiciaire envers les décideurs n'est pas de mise quand il faut rechercher si l'obligation d'agir équitablement joue dans des cas administratifs ou

from the discussion in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 77 *et seq.* of whether David Dunsmuir was entitled to procedural fairness before his employment in the provincial public service was terminated.

[36] However, the standard of review applicable to an allegation of procedural unfairness concerning the content of the duty in a particular context, and whether it has been breached, is more nuanced. The content of the duty of fairness is variable because it applies to a wide range of administrative action, actors, statutory regimes, and public programs, with differing impacts on individuals. Flexibility is necessary to ensure that individuals can participate in a meaningful way in the administrative process and that public bodies are not subject to procedural obligations that would prejudice the public interest in effective and efficient public decision making.

[37] In the absence of statutory provisions to the contrary, administrative decision makers enjoy considerable discretion in determining their own procedure, including aspects that fall within the scope of procedural fairness: *Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560 (*Prasad*), at pages 568–569. These procedural aspects include: whether the “hearing” will be oral or in writing, a request for an adjournment is granted, or representation by a lawyer is permitted; and the extent to which cross-examination will be allowed or information in the possession of the decision maker must be disclosed. Context and circumstances will dictate the breadth of the decision maker’s discretion on any of these procedural issues, and whether a breach of the duty of fairness occurred.

[38] *Dunsmuir* does not address the standard of review applicable to tribunals’ procedural choices when they are challenged for breach of the duty of fairness. However, the Court held (at paragraph 53) that the exercise of administrative discretion is normally reviewable on a

juridiques donnés, comme il ressort de l’enseignement de l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 77 et suivants sur la question de savoir si David Dunsmuir avait droit à l’équité procédurale avant qu’il ne soit mis fin à son emploi de fonctionnaire provincial.

[36] La réponse est toutefois plus nuancée lorsqu’on se demande quelle norme de contrôle s’applique à une allégation de manquement à l’équité procédurale qui met en cause la teneur de l’obligation d’équité dans un cas donné et l’existence, ou non, à cet égard d’un manquement. L’obligation d’équité est d’intensité variable puisqu’elle s’applique à une vaste gamme d’interventions administratives, d’intervenants, de régimes législatifs et de programmes gouvernementaux et que les répercussions sur les particuliers sont diverses. Il faut faire preuve de souplesse pour assurer une participation significative des citoyens au processus administratif, tout en veillant à ce que les organismes publics ne soient pas assujettis à des obligations procédurales qui nuiraient à l’intérêt public au regard d’un processus décisionnel public efficace.

[37] En l’absence de dispositions législatives en sens contraire, les décideurs administratifs jouissent d’un large pouvoir discrétionnaire pour fixer leur propre procédure, notamment quant aux aspects qui relèvent de l’équité procédurale (*Prasad c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560 (*Prasad*), aux pages 568 et 569). Parmi ces aspects, mentionnons la question de savoir si l’« audience » sera tenue selon une procédure orale ou écrite, si une demande d’ajournement doit être accueillie ou si la représentation par avocat est autorisée, et la mesure dans laquelle le contre-interrogatoire est autorisé ou les renseignements dont le décideur dispose doivent être communiqués. Le contexte et les circonstances dictent l’étendue du pouvoir discrétionnaire du décideur à l’égard de ces questions de procédure et permettront de savoir s’il y a eu manquement à l’obligation d’équité.

[38] La jurisprudence *Dunsmuir* ne porte pas sur la norme de contrôle s’appliquant aux choix procéduraux d’un tribunal lorsqu’ils sont contestés pour manquement à l’obligation d’équité. La Cour suprême a toutefois décidé, au paragraphe 53, que l’exercice du pouvoir

standard of reasonableness. This proposition would seem applicable to procedural and remedial discretion, as well as to discretion of a more substantive nature. It is therefore not for a reviewing court to second-guess an administrative agency's every procedural choice, whether embodied in its general rules of procedure or in an individual determination.

[39] That said, administrative discretion ends where procedural unfairness begins: *Prassad*, at page 569. A reviewing court must determine for itself on the correctness standard whether that line has been crossed. There is a degree of tension implicit in the ideas that the fairness of an agency's procedure is for the courts to determine on a standard of correctness, and that decision makers have discretion over their procedure.

[40] Thus, writing for the majority in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 27, Justice L'Heureux-Dubé included the decision-maker's procedural choice and agency practice as factors that courts must take into account when determining the contents of the duty of fairness in any given context. She stated that considerable weight should be given to this choice when the legislature had conferred broad procedural discretion on the agency or its expertise extended to procedural issues.

[41] Justice Abella endorsed these observations when writing for the majority in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraphs 230–231. She said (at paragraph 231):

Considerable deference is owed to procedural rulings made by a tribunal with the authority to control its own process. The determination of the scope and content of a duty to act fairly is circumstance-specific, and may well depend on factors within the expertise and knowledge of the tribunal, including

discrétionnaire administratif appelait habituellement la norme de contrôle de la décision raisonnable. Ce principe semble s'appliquer à l'exercice de ce pouvoir au regard des questions de procédure et de mesure ainsi que des questions touchant davantage au fond. Le juge ne peut donc remettre en question chaque choix procédural d'un organisme administratif, qu'il soit concrétisé dans ses règles générales de procédure ou fait dans le cadre d'une décision individuelle.

[39] Cela dit, le pouvoir discrétionnaire administratif s'arrête lorsqu'il y a un manquement à l'équité procédurale (*Prassad*, à la page 569). Le juge doit lui-même décider, selon la norme de la décision correcte, si cette ligne a été franchie. Il existe une certaine tension inhérente entre, d'une part, le principe du recours à la norme de la décision correcte pour examiner le caractère équitable de la procédure d'un organisme et, d'autre part, celui du pouvoir discrétionnaire des décideurs à l'égard de leur propre procédure.

[40] S'exprimant au nom des juges de la majorité à l'occasion de l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 27, la juge L'Heureux-Dubé a ainsi inclus les choix de procédure et les pratiques du décideur parmi les facteurs que le juge doit prendre en compte pour décider de la teneur de l'obligation d'équité dans tel ou tel cas. La juge a déclaré qu'une retenue considérable s'imposait au regard de ces choix lorsque le législateur a accordé un large pouvoir discrétionnaire en matière de procédure à l'organisme concerné ou lorsque le domaine d'expertise de l'organisme s'étend aux questions de procédure.

[41] La juge Abella, qui a rédigé les motifs de la majorité dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, a retenu cet enseignement aux paragraphes 230 et 231. Elle a observé, au paragraphe 231 :

Il faut faire montre d'une grande déférence à l'égard des décisions procédurales d'un tribunal qui a le pouvoir de contrôler sa propre procédure. La détermination de la portée et du contenu de l'obligation d'agir équitablement est fonction des circonstances et peut bien dépendre de facteurs qui

the nature of the statutory scheme and the expectations and practices of the Agency's constituencies.

[42] In short, whether an agency's procedural arrangements, general or specific, comply with the duty of fairness is for a reviewing court to decide on the correctness standard, but in making that determination it must be respectful of the agency's choices. It is thus appropriate for a reviewing court to give weight to the manner in which an agency has sought to balance maximum participation on the one hand, and efficient and effective decision making on the other. In recognition of the agency's expertise, a degree of deference to an administrator's procedural choice may be particularly important when the procedural model of the agency under review differs significantly from the judicial model with which courts are most familiar.

(ii) *Interpreting the Copyright Act*

[43] Statutory decision makers constituting a "discrete and special administrative regime" (*Dunsmuir*, at paragraph 55), such as the Board in this case, are presumptively owed curial deference in the interpretation and application of their enabling statute: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 39. Administrative tribunals' interpretation of their enabling legislation is thus normally subject to judicial review on a standard of reasonableness: *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 21–22.

[44] The substantive legal question in dispute in the present application is whether the *Copyright Act* entitles a collective society to a tariff calculated on the basis of all the sound recordings eligible for equitable remuneration that are used to accompany particular activities, or only those in respect of which makers or performers have authorized the society to act on their behalf. This is a question of statutory interpretation because it is not limited to the facts of this case.

relèvent de l'expertise et des connaissances du tribunal, notamment la nature du régime législatif ainsi que les attentes et pratiques des personnes et organismes régis par l'Office.

[42] Bref, si le juge saisi de la demande de contrôle doit décider selon la norme de la décision correcte de la conformité des choix procéduraux d'un organisme, généraux ou particuliers, à l'obligation d'équité, il doit le faire en se montrant respectueux de ces choix. Il convient donc que le juge accorde de l'importance à la manière dont l'organisme a cherché à établir un équilibre entre, d'une part, la participation maximale et, d'autre part, l'efficacité du processus décisionnel. Compte tenu de l'expertise dont dispose l'organisme, le degré de retenue que commande un choix de l'administrateur en matière de procédure peut être particulièrement important lorsque le modèle procédural utilisé par l'organisme visé par la demande de contrôle diffère considérablement du modèle judiciaire que les juges connaissent le mieux.

ii) *Interprétation de la Loi sur le droit d'auteur*

[43] Il convient de présumer que la retenue judiciaire est de mise à l'égard des décideurs intervenant au titre d'une loi régis par un « régime administratif distinct et particulier » (*Dunsmuir*, au paragraphe 55), comme la Commission en l'espèce, lorsqu'ils interprètent et appliquent leur loi constitutive (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 39). L'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive appelle donc habituellement la norme de contrôle de la décision raisonnable (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 21 et 22).

[44] La question de droit de fond en litige en l'espèce est de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* donne droit à une société de gestion à un tarif calculé en fonction de tous les enregistrements sonores admissibles à une rémunération équitable utilisés pour accompagner des activités particulières, ou seulement en fonction de tels enregistrements à l'égard desquels des producteurs ou des artistes-interprètes ont autorisé la société à agir en leur nom. Il s'agit là d'une question d'interprétation des

[45] Re:Sound contends that the presumption that reasonableness is the standard for reviewing an administrative tribunal's interpretation of its enabling legislation is rebutted when the Board is interpreting the Act: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers*). Writing for the majority in that case, Justice Rothstein stated (at paragraph 14):

It would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[46] In my view, *Rogers* is distinguishable because the question of statutory interpretation in dispute in the present case arises from the Board's approval of a proposed royalty under subsection 68(3) of the *Copyright Act*. Determining whether a collective society represents eligible recordings not in its repertoire when proposing a tariff under section 67.1 is not within a statutorily created "shared primary jurisdiction between the administrative tribunal and the courts": *Rogers*, at paragraph 18.

[47] This conclusion does not rest on a finding that there are *no* circumstances under which a court could be required to determine at first instance whether a collective society represented all eligible recordings used to accompany particular activities, or only those that had been brought into its repertoire as a result of some form of authorization from the performer or maker.

lois puisqu'elle ne se limite pas aux faits de la présente affaire.

[45] Ré:Sonne soutient que la présomption suivant laquelle la norme de contrôle de la décision raisonnable joue en ce qui concerne l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive est réfutée lorsque la Commission interprète la Loi (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers*)). S'exprimant au nom de la majorité dans cet arrêt, le juge Rothstein a observé (au paragraphe 14) :

Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel fasse preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[46] À mon avis, on peut établir une distinction entre les faits de l'affaire *Rogers* et ceux de la présente affaire, étant donné qu'en l'espèce la question d'interprétation des lois soulevée découle de l'homologation par la Commission d'un projet de tarif en application du paragraphe 68(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Décider si une société de gestion représente des enregistrements admissibles non inclus dans son répertoire lorsqu'elle présente un projet de tarif en application de l'article 67.1 ne fait pas entrer en jeu une « compétence concurrente [conférée par la Loi] au tribunal administratif et à la cour de justice de première instance » (*Rogers*, au paragraphe 18).

[47] Cette conclusion ne repose pas sur la prémisse selon laquelle, dans *aucune* circonstance, un juge ne peut être appelé à décider en première instance si une société de gestion représentait tous les enregistrements admissibles utilisés pour accompagner des activités particulières, ou seulement ceux inclus dans son répertoire par suite d'une autorisation quelconque de la part de l'artiste-interprète ou du producteur.

[48] For example, while a collective society that has failed to file a tariff may not bring an action to recover equitable remuneration from a user, it can do so with the written consent of the Minister of Industry: subsection 67.1(4). A user of a recording of music sued in such an action might seek to reduce the amount claimed by the collective society, on the ground that the society may only collect royalties in respect of recordings for which their makers or performers have authorized it to act for them.

[49] In my view, this theoretical and somewhat remote possibility is not sufficient to bring the present case within the *Rogers* exception. The requirement of ministerial consent before a society can bring an action to recover equitable remuneration instead of seeking the Board's approval of a tariff is a clear indication that Parliament intended the Board to have primary jurisdiction over the collective enforcement of neighbouring rights, including the interpretation of the statutory provisions governing this complex, rate-setting scheme. No such provision limited the copyright holder's right in *Rogers* to bring an infringement action that could have required a court to decide the same legal question as that decided by the Board.

[50] Courts have long been familiar with the individual law of copyright through their jurisdiction over infringement actions. However, they have no similar knowledge of the statutory scheme for the collective administration of the right to equitable remuneration, a complex and technical matter that the Act entrusts almost exclusively to the Board: compare *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 FCA 424, [2005] 2 F.C.R. 654, at paragraph 110.

[51] The superior expertise of the Board in the setting of royalty rates for the collective administration of the right to equitable remuneration further supports the conclusion that the Court should apply a standard of

[48] Par exemple, bien qu'une société de gestion qui n'a pas déposé de projet de tarif ne puisse exercer un recours en recouvrement d'une rémunération équitable contre un utilisateur, il lui est possible de le faire avec l'autorisation écrite du ministre de l'Industrie (paragraphe 67.1(4)). L'utilisateur d'un enregistrement d'œuvre musicale ainsi poursuivi pourra solliciter la réduction du montant réclamé par la société de gestion au motif que celle-ci ne peut recouvrer des redevances que pour les enregistrements à l'égard desquels elle a été autorisée à agir par le producteur ou l'artiste-interprète.

[49] Selon moi, cette possibilité théorique et plutôt faible ne suffit pas pour faire jouer l'exception consacrée par la jurisprudence *Rogers*. Il ressort clairement de l'obligation pour une société d'obtenir l'autorisation du ministre avant d'intenter une action en recouvrement d'une rémunération équitable, faute d'avoir demandé l'homologation d'un tarif par la Commission, que le législateur voulait que celle-ci ait compétence principale en matière d'exécution collective des droits voisins, ce qui comprend l'interprétation des dispositions législatives qui régissent ce complexe régime d'établissement des taux de redevances. Dans l'affaire *Rogers*, il n'y avait aucune disposition semblable restreignant le droit du titulaire d'un droit d'auteur d'intenter une action en violation qui aurait pu obliger une cour à statuer sur la même question de droit que celle tranchée par la Commission.

[50] Les juges connaissent depuis longtemps les questions de droits d'auteur de nature individuelle puisqu'ils ont compétence sur les contentieux en matière de droit d'auteur. Ils ne connaissent toutefois pas aussi bien le régime législatif de gestion collective du droit à une rémunération équitable, domaine complexe et technique qui, selon la Loi, relève presque exclusivement de la compétence de la Commission (voir à des fins de comparaison l'arrêt *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, [2005] 2 R.C.F. 654, au paragraphe 110).

[51] L'expertise supérieure de la Commission en matière d'établissement des taux de redevances pour la gestion collective du droit à une rémunération équitable va aussi dans le sens de l'idée que la Cour doit en

reasonableness to the Board's interpretation of the aspects of the statutory scheme in question in this application for judicial review.

ISSUE 2: Did the Board breach the duty of fairness by basing the royalties tariff on the average of the amounts paid under licence agreements obtained by the Board from SOCAN after the close of the hearing on *Tariff 6.B?*

(i) *The law*

[52] Agencies such as the Board that administer a complex regulatory program are not restricted to the evidence adduced by the parties. They are charged with exercising broad substantive and procedural discretion to enable them to achieve an outcome that best serves the public interest implicated in the particular program. Thus, when not satisfied with the accuracy or completeness of the parties' evidence these tribunals may seek additional information from other sources.

[53] Since nothing in the Act precludes the Board from seeking extraneous information and relying on it in its decision, it was open to the Board in the present case to obtain from SOCAN copies of the confidential licensing agreements with users: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canada (Copyright Board)* (1993), 16 Admin. L.R. (2d) 187 (F.C.T.D.), at paragraph 51.

[54] However, agencies must ensure that, if they obtain information from third parties, they do not thereby jeopardize parties' participatory rights: to know and to comment on material relevant to the decision; to have notice of the grounds on which the decision may be based; and to have an opportunity to make representations accordingly. The ultimate question for a reviewing court in every case is whether, in all the circumstances (including respect for administrative procedural choices), the tribunal's decision-making procedure was essentially fair. This involves a contextual and fact-specific inquiry.

l'espèce se pencher sur l'interprétation par la Commission des aspects du régime législatif en cause en fonction de la norme de la décision raisonnable.

2^e QUESTION – La Commission a-t-elle manqué à l'obligation d'équité en fondant le tarif de redevances sur la moyenne des montants payés en vertu d'ententes de licence qu'elle a obtenues de la SOCAN après la fin de l'audience relative au *Tarif 6.B?*

i) *Le droit*

[52] Les organismes tels que la Commission qui administrent un programme réglementaire complexe n'ont pas à se limiter aux éléments de preuve produits par les parties. Ils disposent d'un large pouvoir discrétionnaire quant au fond et à la procédure pour leur permettre d'atteindre les issues les plus conformes à l'intérêt public dans le cadre de leur programme. Ainsi, lorsqu'ils ne jugent pas suffisamment précis ou exhaustifs les éléments de preuve présentés par les parties, ces tribunaux peuvent solliciter des renseignements supplémentaires d'autres sources.

[53] Comme rien dans la Loi n'empêche la Commission de rechercher des renseignements externes et de fonder sa décision sur eux, il lui était loisible d'obtenir en l'espèce de la SOCAN des copies d'ententes de licence confidentielles conclues avec des utilisateurs (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] A.C.F. n^o 137 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 51).

[54] Ces organismes doivent toutefois veiller à ce que, s'ils obtiennent des renseignements de tiers, cela ne porte pas atteinte aux droits de participation des parties, soit le droit de connaître et de discuter les éléments pertinents quant à la prise de décision, le droit d'être informé des motifs sur lesquels la décision pourra être fondée, et la possibilité de présenter des observations en conséquence. En définitive, le juge saisi de l'affaire doit rechercher dans chaque cas si, compte tenu de toutes les circonstances (y compris le respect des choix procéduraux), la procédure adoptée par le tribunal administratif pour rendre la décision était fondamentalement

équitable, ce qui appelle un examen du contexte ainsi que des faits d'espèce.

(ii) *The facts*

[55] The parties to the present application agree on most of the facts, but disagree on their legal significance in determining if the Board had afforded procedural fairness to Re:Sound.

[56] Re:Sound requested members of the FIC during interrogatories to identify the amounts that they had paid to SOCAN for the public performance of recordings of musical works to accompany fitness classes. One responded in the Fall of 2009 by providing to Re:Sound and the Board the evidence that it had applied in the calculation of *SOCAN Tariff 19* for fitness classes. Others responded to the same interrogatory in a similar manner; some revealed the amounts that they had paid under their confidential agreements with SOCAN.

[57] In February 2010, Re:Sound obtained, with the assistance of a Board order, a copy of a confidential agreement between a user targeted by *SOCAN Tariff 19* and SOCAN under which a user had made its payments. The agreement revealed, among other things, the flat fee paid by the user for the performance in public of sound recordings to accompany fitness classes.

[58] Thus, well before the Board commenced its hearing on the proposed *Tariff 6.B* in April 2010, Re:Sound knew the amounts paid by some fitness clubs to SOCAN, including those used by the Board to calculate the flat fee royalties in *Tariff 6.B*. It also had a copy of the confidential agreement under which one of them had made payments to SOCAN.

[59] On May 16, 2011, more than a year after the oral hearing had closed, the Board ordered SOCAN to answer questions about *SOCAN Tariff 19*, which the FIC

ii) *Les faits*

[55] La plupart des faits sont constants, mais est controversée leur importance en vue d'établir si, sur le plan juridique, la Commission a fait preuve d'équité procédurale envers Ré:Sonne.

[56] Lors du processus d'échange de renseignements, Ré:Sonne a demandé aux membres du CSCP d'indiquer les montants qu'ils avaient versés à la SOCAN pour l'exécution en public d'enregistrements d'œuvres musicales pour accompagner des cours de conditionnement physique. À l'automne 2009, un membre a répondu en communiquant à Ré:Sonne et à la Commission les éléments de preuve dont il s'était servi aux fins du calcul du *Tarif 19 de la SOCAN* pour des cours de conditionnement physique. D'autres ont répondu de manière semblable, et certains ont révélé les montants qu'ils avaient versés en vertu d'ententes confidentielles conclues avec la SOCAN.

[57] Ré:Sonne a obtenu en février 2010, grâce à une ordonnance de la Commission, copie d'une entente confidentielle conclue entre la SOCAN et un utilisateur visé par le *Tarif 19 de la SOCAN* en vertu de laquelle ce dernier avait effectué ses paiements. L'entente a notamment permis de connaître la redevance fixe payée par l'utilisateur pour l'exécution en public d'enregistrements sonores servant à accompagner des cours de conditionnement physique.

[58] Ainsi, bien avant que la Commission ne tienne son audience sur le projet de *Tarif 6.B* en avril 2010, Ré:Sonne connaissait divers montants payés à la SOCAN par des centres de conditionnement physique, y compris ceux employés par la Commission pour calculer la redevance fixe visée au *Tarif 6.B*. Ré:Sonne disposait également de la copie d'une entente confidentielle en vertu de laquelle un de ces centres avait effectué des paiements à la SOCAN.

[59] Le 16 mai 2011, soit plus d'un an après la fin l'audience, la Commission a ordonné à la SOCAN à répondre à des questions au sujet du *Tarif 19 de la*

and Goodlife had suggested at the hearing as a possible benchmark for *Tariff 6.B* royalties. The Board informed the parties of these requests and of SOCAN's responses, which the Board forwarded to the parties on June 13, 2011.

[60] On June 23, 2011, the Board put further questions to SOCAN and requested copies of SOCAN's agreements with users subject to *SOCAN Tariff 19*. SOCAN responded to the Board on July 26, 2011, and copied the parties. It stated, among other things, that it would courier copies of the agreements to the Board, which it did. Neither SOCAN nor the Board provided copies of these agreements to Re:Sound.

[61] SOCAN's response also included an Excel spreadsheet summarizing aspects of the agreements, including a list of 18 organizations that had made agreements with it, and the amounts that each had paid in 2007. I infer from the names of most of these organizations that their principal activities were not fitness classes, but skating or dance instruction.

[62] Even though Re:Sound knew that the Board had copies of the agreements, it did not ask the Board to disclose them. Nor did Re:Sound at any time ask the Board for an opportunity to respond orally or in writing to either the spreadsheet or any of the other information obtained by the Board.

[63] In an email dated May 16, 2011 advising the parties of the information that the Board had asked SOCAN to provide, the Secretary General of the Board stated that, once the Board had received SOCAN's responses, it would issue further directions on what information the parties should provide. In an email of June 13, 2011 informing the parties of SOCAN's responses, the Board again told them that it would issue further directions in due course. See applicant's record, Vol. 1, at pages 84 and 87.

SOCAN qui, aux dires du CSCP et de Goodlife, pouvait servir comme éventuel point de référence pour l'établissement des redevances du *Tarif 6.B*. La Commission a informé les parties de ces demandes de renseignements ainsi que des réponses de la SOCAN, qu'elle leur a communiquées le 13 juin 2011.

[60] Le 23 juin 2011, la Commission a posé de nouvelles questions à la SOCAN et elle lui a demandé des copies d'ententes conclues avec des utilisateurs assujettis au *Tarif 19 de la SOCAN*. Le 26 juillet 2011, la SOCAN a répondu à la Commission et a envoyé une copie de cette réponse aux parties. La SOCAN a notamment déclaré qu'elle enverrait des copies des ententes par messenger à la Commission, ce qu'elle a fait. Ni la SOCAN ni la Commission n'ont transmis copie de ces ententes à Ré:Sonne.

[61] La SOCAN a aussi joint à sa réponse une feuille Excel où elle résumait certains aspects des ententes et dans laquelle figurait notamment une liste de 18 organisations avec lesquelles elle avait conclu des ententes et les montants versés par chacune d'elles en 2007. Je déduis du nom de la plupart de ces organisations que le patinage ou l'enseignement de la danse, et non les cours de conditionnement physique, constituait leur activité principale.

[62] Quoique Ré:Sonne ait su que la Commission disposait de copies de ces ententes, elle ne lui a pas demandé de les lui communiquer. Elle n'a jamais demandé non plus à la Commission de lui donner la possibilité de répondre, verbalement ou par écrit, aux renseignements obtenus par la Commission au moyen de la feuille Excel ou autrement.

[63] Dans un courriel daté du 16 mai 2011 et informant les parties des renseignements que la Commission avait demandés à la SOCAN, le secrétaire général de la Commission a déclaré qu'une fois les réponses de la SOCAN obtenues, la Commission donnerait de nouvelles directives au sujet de toute information devant être fournie par les parties. Dans un courriel envoyé le 13 juin 2011 informant les parties des réponses fournies par la SOCAN, la Commission leur disait encore une fois qu'elle leur donnerait de nouvelles directives en

[64] A further email, dated November 3, 2011, contained an order of the Board stating that in accordance with a Board order of June 23, 2011, it had received from SOCAN on July 26, 2011 copies of agreements with those subject to *SOCAN Tariff 19*, and the Excel file. The Board ordered that these documents were to remain confidential and advised the parties to “conduct themselves accordingly.” Unlike the earlier emails to the parties, however, this one did not state that the Board would be issuing further directions to them: see applicant’s record, Vol. 1, at page 112.

[65] In the course of its application for judicial review of the Board’s decision on *Tariff 6.B*, Re:Sound made a request to the Board under rule 317 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, for a copy of the material in the Board’s possession relevant to its decision that Re:Sound did not already have. In a covering letter accompanying the transmission of the Board’s record, the general counsel to the Board admitted to the paragraphs of Re:Sound’s notice of application alleging procedural unfairness: applicant’s record, Vol. 2, at page 177.

[66] I attach little weight to this opinion on the legality of the Board’s procedure in determining whether the Board breached the duty of fairness, especially as the Board is not a party to the application for judicial review. Further, it is not clear that the letter expresses the opinion of the Board, rather than that of its general counsel. I note in this regard that the Board did not propose reopening the hearing in order to cure any breach of the duty of fairness.

(iii) *Was there a breach of the duty of fairness?*

[67] Re:Sound says that the Board breached the duty of fairness in two respects.

temps utile (voir le dossier de la demanderesse, volume 1, aux pages 84 et 87).

[64] Dans un nouveau courriel, daté du 3 novembre 2011, la Commission a déclaré que, par suite d’une ordonnance qu’elle avait rendue le 23 juin 2011, la SOCAN lui avait transmis le 26 juillet 2011 des copies d’ententes conclues avec des personnes assujetties au *Tarif 19 de la SOCAN* ainsi que le fichier Excel. La Commission a ordonné que ces documents demeurent confidentiels et elle a enjoint aux parties de [TRADUCTION] « se comporter en conséquence ». Toutefois, contrairement à ce qui était dit dans les courriels envoyés précédemment aux parties, la Commission n’a pas alors déclaré qu’elle leur ferait part de nouvelles directives (voir le dossier de la demanderesse, volume 1, à la page 112).

[65] Dans le cadre de sa procédure en contrôle judiciaire dirigée contre la décision de la Commission concernant le *Tarif 6.B*, Ré:Sonne a demandé, aux termes de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, à la Commission de lui transmettre copie des documents pertinents en sa possession et qu’elle-même n’avait pas déjà. Dans une lettre d’accompagnement jointe au dossier transmis par la Commission, l’avocat général de celle-ci a admis les allégations de manquement à l’équité procédurale figurant dans certains paragraphes de l’avis de demande de Ré:Sonne (dossier de la demanderesse, volume 2, à la page 177).

[66] Pour décider si la Commission a manqué à son obligation d’équité, j’accorde peu de poids à cet avis sur la légalité de la procédure de la Commission, d’autant plus que la Commission n’est pas partie à la présente procédure en contrôle judiciaire. En outre, on peut difficilement discerner si la lettre exprime l’avis de la Commission ou celui de son avocat général. Je relève à cet égard que la Commission n’a pas proposé la réouverture de l’audience pour remédier à tout manquement éventuel à l’obligation d’équité.

iii) *Y a-t-il eu manquement à l’obligation d’équité?*

[67] Ré:Sonne soutient que la Commission a manqué à deux égards à l’obligation d’équité.

[68] First, the Board failed to disclose to Re:Sound copies of SOCAN's confidential agreements under which fitness clubs had made payments for the use of recorded music at fitness classes, and to provide it with an opportunity to make submissions on them.

[69] Second, the Board ought to have informed the parties to the proceeding before it of the basis on which it was considering fixing the royalties, disclosed the relevant agreements, and invited submissions on the appropriateness of basing the *Tariff 6.B* royalties on the average of the "*Tariff 19* royalties" paid by users under agreements with SOCAN. The oral hearing before the Board had focused on the evidence adduced by the parties and there was no discussion of the possibility of using the amounts paid under the agreements with SOCAN for setting the royalties.

(a) non-disclosure

[70] The principal difficulty with Re:Sound's complaint about the non-disclosure of the SOCAN agreements obtained by the Board after the hearing is that the Board had informed the parties of its request to SOCAN. Re:Sound knew the Board had the agreements, but did not ask for copies. The Board had not indicated that it would refuse a request by Re:Sound for disclosure.

[71] Two months before the start of the hearing, Re:Sound had itself obtained on a confidential basis a copy of one agreement with SOCAN, showing among other things the amounts that the user had paid to SOCAN. Re:Sound included that agreement in the written evidence it submitted to the Board. It also knew the amounts that other users of sound recordings in connection with dance instruction and fitness activities had paid to SOCAN under their agreements.

[68] Premièrement, la Commission ne lui a pas communiqué de copies des ententes confidentielles en vertu desquelles des centres de conditionnement physique avaient fait des paiements à la SOCAN pour l'utilisation d'œuvres musicales enregistrées lors de cours de conditionnement physique, ni ne lui a donné la possibilité de formuler des observations à l'égard de ces ententes.

[69] Deuxièmement, la Commission aurait dû informer les parties à la procédure devant elle de la base de calcul qu'elle envisageait d'utiliser pour fixer le montant des redevances du *Tarif 6.B*, leur communiquer les ententes pertinentes et solliciter leurs observations sur l'à-propos du recours à la moyenne des [TRADUCTION] « redevances au titre du *Tarif 19* » payées par des utilisateurs en vertu d'ententes conclues avec la SOCAN pour établir ces redevances. On s'était concentré à l'audience devant la Commission sur les éléments de preuve produits par les parties, et il n'y eut nulle discussion de la possibilité de se servir des montants versés en vertu des ententes conclues avec la SOCAN pour fixer le montant des redevances.

a) Non-communication

[70] Le principal problème posé par la contestation de Ré:Sonne concernant la non-communication des ententes de la SOCAN obtenues par la Commission après l'audience vient de ce que celle-ci avait informé les parties de la demande de ces ententes à la SOCAN. Ré:Sonne savait que la Commission avait ces ententes, mais elle ne lui en a pas demandé de copies. Par ailleurs, la Commission n'avait pas dit qu'elle refuserait la communication des documents si Ré:Sonne lui en faisait la demande.

[71] Deux mois avant le début de l'audience, Ré:Sonne avait elle-même obtenu à titre confidentiel la copie d'une entente conclue avec la SOCAN qui faisait notamment état des montants que l'utilisateur concerné lui avait versés. Ré:Sonne a inclus cette entente dans les éléments de preuve documentaires qu'elle a présentés à la Commission. L'organisme connaissait également les montants que d'autres utilisateurs avaient versés à la SOCAN en vertu de leurs ententes pour l'utilisation d'enregistrements sonores en accompagnement de cours de danse et d'activités de conditionnement physique.

[72] At the hearing of the application for judicial review, counsel could offer no explanation for Re:Sound's failure to ask the Board for copies of the SOCAN agreements, which he now contends were of vital importance to the Board's decision.

[73] In my opinion, Re:Sound cannot say that the SOCAN agreements were so unrelated to the matter at hand that it could not reasonably have been expected to ask to see them, especially since the appropriateness of using *SOCAN Tariff 19* as a benchmark had been the subject of discussion before the Board. No doubt, best practice would indicate that the Board should have taken the initiative and disclosed the agreements without waiting for a request from a party. However, best administrative practice is not the standard for determining the legality of an agency's procedural choices.

[74] In the absence of a request from experienced counsel acting for a sophisticated client, fairness did not, in the circumstances of this case, require the Board to disclose copies of the SOCAN agreements on its own motion. In my opinion, the Board did not unfairly deprive Re:Sound of its right to know and to respond to information in the Board's possession. Rather, Re:Sound failed to avail itself of a reasonable opportunity to ask the Board to produce information that it knew was in the Board's possession.

(b) lack of notice of the basis of the Board's decision

[75] Is it nonetheless open to Re:Sound to say that it was deprived of a fair hearing because it had no prior notice of the basis of the Board's decision, and thus had no opportunity to make submissions on the appropriateness of the Board's methodology? In my view it is.

[76] Administrative proceedings are dynamic in nature: the key questions often emerge as a matter progresses, especially one as long and complex as that

[72] Lors de l'instruction de la demande de contrôle judiciaire, l'avocat de Ré:Sonne n'a pu expliquer pourquoi sa cliente n'avait pas demandé copie des ententes de la SOCAN à la Commission, ententes qu'il soutient maintenant étaient d'importance capitale pour la décision de la Commission.

[73] À mon avis, Ré:Sonne ne peut dire que les ententes de la SOCAN étaient si peu liées à l'affaire qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle les demande, notamment parce qu'il avait été question devant la Commission de l'à-propos du recours au *Tarif 19 de la SOCAN* comme point de référence. La pratique administrative exemplaire aurait assurément été que la Commission prenne l'initiative et communique d'elle-même les ententes sans attendre qu'une partie ne les lui demande. La pratique exemplaire n'est toutefois pas la norme à utiliser pour décider de la légalité des choix procéduraux d'un organisme.

[74] En l'absence d'une demande en ce sens formulée par l'avocat expérimenté d'une cliente avertie, l'équité n'exigeait pas en l'espèce que la Commission communique de son propre chef des copies des ententes de la SOCAN. J'estime que la Commission n'a pas privé Ré:Sonne de manière inéquitable de son droit de connaître et de formuler des observations en réponse aux renseignements en sa possession. J'estime plutôt que Ré:Sonne ne s'est pas prévalu de la possibilité raisonnable dont elle disposait de demander à la Commission de lui transmettre des renseignements qu'elle savait être en sa possession.

b) Défaut de la Commission d'aviser les parties du fondement de sa décision

[75] Ré:Sonne peut-elle néanmoins affirmer qu'elle a été privée du droit à un procès équitable en n'ayant pas été avisée à l'avance des éléments de preuve sur lesquels reposeraient la décision de la Commission, et en n'ayant pas eu l'occasion ainsi de présenter d'observations sur la justesse de la méthodologie employée par la Commission? À mon avis, la réponse est positive.

[76] Les procédures administratives ont un caractère dynamique : les questions clés se manifestent bien souvent au fur et à mesure de leur déroulement,

dealing with *Tariff 6.B*. Just as a regulatory tribunal is not limited to the evidence produced by the parties, so its identification of the appropriate bases of its decision is not confined to those advanced by the parties at the start of the proceeding.

[77] Nonetheless, it is a breach of the duty of fairness for a tribunal to base its decision on a ground that could not reasonably have been anticipated by those affected and that they did not have an opportunity to address. As Sarah Blake puts it in *Administrative Law in Canada*, 5th ed. (Markham, Ontario: LexisNexis Canada, 2011), at page 43:

A party should not be left in the position of discovering, upon receipt of the tribunal's decision, that it turned on a matter on which the party had not made representations because the party was unaware it was in issue.

In my opinion, that is exactly what happened in this case.

[78] The oral hearing on Re:Sound's proposed *Tariff 6.B* was principally focused on the expert evidence of the parties in support of the tariffs that they were proposing, although the appropriateness of using other tariffs, including *SOCAN Tariff 19*, as benchmarks was also considered. However, the Board did not base the calculation of royalties in *Tariff 6.B* on those in *SOCAN Tariff 19*, but on the discounted amounts paid to SOCAN under individual licensing agreements by users to which the Tariff applied. These agreements were not discussed during the hearing.

[79] The parties in the present proceeding did not have an opportunity to make submissions on whether the agreements were an appropriate basis for determining the value of recorded music in the context of fitness classes. It is true that Re:Sound had included in its written evidence to the Board a copy of one agreement with SOCAN and the amounts paid under agreements by the fitness clubs on which the Board based the flat fee royalty. Nonetheless, given the complexity and range of the possible benchmarks for *Tariff 6.B*, and the absence of any discussion at the hearing of using the amounts paid

particulièrement lorsqu'elles sont longues et complexes comme celles relatives au *Tarif 6.B*. Tout comme un tribunal administratif n'a pas à se restreindre aux éléments de preuve produits par les parties, il n'a pas non plus à se borner pour rendre sa décision, aux fondements déclarés appropriés d'entrée de jeu par les parties.

[77] Un tribunal manque toutefois à son obligation d'équité s'il fonde sa décision sur un motif normalement inattendu par les parties touchées, et qu'elles n'ont pas eu la possibilité de faire des observations à ce sujet. Sarah Blake a ainsi observé dans le traité *Administrative Law in Canada*, 5^e éd. (Markham, Ontario : LexisNexis Canada, 2011), à la page 43 :

[TRADUCTION] Une partie ne doit pas être réduite à découvrir, en recevant la décision du tribunal, que celle-ci était fondée sur une question à l'égard de laquelle elle n'a présenté aucune observation parce qu'elle ignorait qu'elle était en cause.

Or, selon moi, c'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce.

[78] On s'est principalement penché à l'audience concernant le projet de *Tarif 6.B* de Ré:Sonne sur les témoignages d'expert produits par les parties au soutien des tarifs qu'elles proposaient, bien qu'on ait aussi examiné la pertinence du recours à d'autres tarifs, dont le *Tarif 19 de la SOCAN*, comme points de référence. La Commission n'a toutefois pas fondé le calcul des redevances à verser en vertu du *Tarif 6.B* sur celles prévues au *Tarif 19 de la SOCAN*, mais plutôt sur les montants ajustés à la baisse versés à la SOCAN par des utilisateurs assujettis à ce dernier tarif en vertu d'ententes de licence individuelles. Il n'a pas été question de ces ententes à l'audience.

[79] En l'espèce, les parties n'ont pas eu la possibilité de présenter des observations sur la pertinence du recours aux ententes pour établir la valeur de la musique enregistrée utilisée dans les cours de conditionnement physique. Il est vrai que Ré:Sonne avait inclus à ses éléments de preuve documentaire présentés à la Commission la copie d'une entente conclue avec la SOCAN et des renseignements sur les montants versés par des centres de conditionnement physique en vertu d'ententes et en fonction desquels la Commission a fixé le montant de la redevance fixe. Quoi qu'il en soit, étant

under the licence agreements by fitness clubs targeted by *SOCAN Tariff 19*, fairness required the Board to notify Re:Sound that it was contemplating basing the royalty on the amounts paid under those agreements.

[80] Moreover, both Re:Sound and the respondents had proposed royalties based on the number of the ultimate consumers of the music: club members (Re:Sound), or the average weekly number of participants in fitness classes (respondents). The parties did not canvass before the Board the advantages and disadvantages of basing royalties on a flat fee in the circumstances of the present case.

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

(iv) *Should relief be denied?*

[82] The respondents say that if, contrary to their submissions, a breach of the duty of fairness had occurred, the Court should not intervene because it has not prejudiced Re:Sound. They argue that even if Re:Sound had been given an opportunity to make submissions on the basis of the Board's decision and had managed to persuade the Board that its methodology was flawed, the Board's only option would have been to set no tariff at all for the years in question. This would obviously have been detrimental to Re:Sound and those it represents.

donné la gamme et la complexité des divers points de référence pouvant être utilisés pour le *Tarif 6.B* ainsi que l'absence de toute discussion à l'audience sur le recours aux montants payés en vertu d'ententes de licence par les centres de conditionnement physique visés par le *Tarif 19 de la SOCAN*, l'équité exigeait que la Commission avise Ré:Sonne qu'elle envisageait d'établir les redevances à payer en fonction de ces montants.

[80] En outre, tant Ré:Sonne que les défendeurs avaient proposé un montant de redevances fondé sur le nombre de consommateurs finaux de la musique, en fonction du nombre de membres d'un centre (Ré:Sonne) ou du nombre de participants en moyenne chaque semaine aux cours de conditionnement physique (les défendeurs). Les parties n'ont pas passé en revue longuement devant la Commission les avantages et inconvénients auxquels donnerait lieu, en l'espèce, l'établissement d'une redevance fixe.

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

iv) *Faut-il n'accorder aucune mesure?*

[82] Les défendeurs affirment que si, contrairement à ce qu'ils ont soutenu, il y a effectivement eu manquement à l'obligation d'équité, la Cour doit s'abstenir d'intervenir parce que Ré:Sonne n'a subi aucun préjudice. Ils soutiennent ainsi que même si Ré:Sonne avait eu la possibilité de présenter des observations sur les renseignements qui ont servi de fondement à la décision de la Commission et avait démontré avec succès à celle-ci que sa méthode était déficiente, la Commission n'aurait eu d'autre choix que de ne fixer aucun tarif pour les années en cause. Une telle solution aurait manifestement nui à Ré:Sonne et à ceux qu'elle représente.

[83] How the Board would have responded to Re:Sound's submissions is, in my view, pure speculation. For example, the Board could have decided to increase the royalty if it had thought that it was inappropriate to use one or more of the agreements as a basis for calculating an average flat fee. Only in the clearest cases will an administrative decision vitiated by such a serious breach of procedural fairness as occurred here be permitted to stand on the ground that it would have made no difference to the tribunal's decision: see, for example, *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.). This is not one of them.

[84] The respondents also rely on *Tariff 6.B*'s "transitional" nature and the likelihood that the Board will have better evidence on which to base a more permanent tariff. In my view, these are not sufficient for the Court to exercise its discretion in this case to deny relief. The Board's breach of the duty of fairness was fundamental. Moreover, if relief were to be denied, the performers and makers who had authorized Re:Sound to act on their behalf in the administration of their right to equitable remuneration in respect of particular recordings might suffer a significant financial loss for the years 2008–2012.

[85] The respondents also argue that, even if the Court were to find that a breach of the duty of fairness had occurred, it should exercise its discretion not to grant the relief requested, on the ground that Re:Sound had an adequate alternative administrative remedy: a request to the Board to hear submissions on the suitability of the agreements for setting a flat fee royalty. I do not agree.

[86] First, the Board's express jurisdiction to vary an order under section 66.52 of the Act is exercisable only if the Board is satisfied that there has been a material change in circumstances since it rendered its decision. In my view, learning the basis of a tribunal's decision when the decision is published is not, for this

[83] Savoir comment la Commission aurait réagi aux observations de Ré:Sonne relève toutefois, selon moi, de la pure conjecture. Ainsi, la Commission aurait pu décider d'accroître le montant des redevances si elle avait jugé inapproprié le recours à une ou plusieurs des ententes pour calculer une redevance fixe moyenne. Ce n'est que dans les cas très évidents qu'une décision administrative entachée par un manquement à l'équité procédurale aussi grave que celui commis en l'espèce pourra être maintenue au motif qu'il n'aurait eu aucune incidence sur cette décision (voir, par exemple, *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.)). Nous ne sommes pas en présence d'un tel cas en l'espèce.

[84] Les défendeurs font également valoir le caractère « transitoire » du *Tarif 6.B* et le fait que la Commission disposera vraisemblablement de meilleurs éléments de preuve lorsqu'il s'agira de fixer un tarif plus permanent. J'estime que ces raisons ne permettent toutefois pas à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder une mesure dans la présente affaire. Le manquement à l'obligation d'équité de la Commission fut très grave en l'espèce. Faute de mesure, les artistes-interprètes et les producteurs qui ont autorisé Ré:Sonne à administrer pour leur compte leur droit à une rémunération équitable pour l'utilisation de certains enregistrements pourraient en outre subir d'importantes pertes pécuniaires pour les années 2008 à 2012.

[85] Les défendeurs soutiennent également que, même si la Cour concluait à l'existence d'un manquement à l'obligation d'équité, elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire et ne pas accorder la mesure demandée parce que Ré:Sonne disposait d'une autre voie de recours administratif : demander à la Commission d'entendre ses observations sur l'à-propos du recours aux ententes pour établir une redevance fixe. Je rejette cette thèse.

[86] Premièrement, la Commission ne peut exercer la compétence que lui confère expressément l'article 66.52 de la Loi pour modifier une ordonnance que s'il y a eu évolution importante des circonstances depuis qu'elle a rendu sa décision. Or, selon moi, apprendre lorsque la décision d'un tribunal est publiée sur quoi elle a reposé

purpose, a “change in circumstances since the decision was made.”

[87] Second, tribunals generally have implied jurisdiction to correct breaches of the duty of fairness by reopening a decision: *Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] S.C.R. 330, at page 340, and, more generally, *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; and see *Canadian Recording Industry Association v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 336, 354 N.R. 328 (Copyright Board’s reconsideration cured any prior breach of the duty of procedural fairness).

[88] However, even if section 66.52 is not exhaustive of the Board’s power to reopen a final decision, it was not incumbent on Re:Sound in this case to request a reconsideration before applying for judicial review. Re:Sound could not have raised before the Board its other two grounds of review, namely the Board’s error of law in reducing the repertoire to recordings for which the performers or makers had authorized it to act for them, and the unreasonably low royalties in *Tariff 6.B*.

ISSUE 3: Did the Board err in law when it reduced the royalties payable to Re:Sound to reflect the percentage of eligible sound recordings used to accompany fitness classes for which Re:Sound or one of its member collectives had been specifically authorized by makers or performers to collect royalties?

[89] As already noted, this is a question that turns on the interpretation of the *Copyright Act* and the Board’s interpretation of it is reviewable in this Court on a standard of reasonableness. No provision in the Act expressly deals with the issue in dispute. Rather, the Board based its decision on inferences that it drew from provisions of the Act dealing with other matters and on

ne constitue pas, à cette fin, une « évolution [...] des circonstances depuis ces décisions ».

[87] Deuxièmement, les tribunaux administratifs ont de manière générale compétence implicite pour remédier aux manquements à l’obligation d’équité en rouvrant la décision en cause (*Posluns v. Toronto Stock Exchange et al.*, [1968] R.C.S. 330, à la page 340, ainsi que, plus généralement, *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; voir également *Association de l’industrie canadienne de l’enregistrement c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 336 — le réexamen par la Commission du droit d’auteur a permis par le passé à remédier aux manquements à l’obligation d’équité procédurale).

[88] Toutefois, même si l’article 66.52 n’épuise pas la compétence de la Commission de rouvrir une décision définitive, Ré:Sonne n’avait pas dans la présente affaire à demander le réexamen avant de présenter une demande de contrôle judiciaire. Ré:Sonne n’aurait pu faire valoir devant la Commission les deux autres motifs de contrôle invoqués : l’erreur de droit commise par la Commission en limitant le répertoire aux seuls enregistrements à l’égard desquels des artistes-interprètes ou des producteurs avaient autorisé Ré:Sonne à les représenter, et le montant déraisonnablement peu élevé des redevances prévues au *Tarif 6.B*.

3^e QUESTION – La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en réduisant le montant des redevances payables à Ré:Sonne pour tenir compte du pourcentage d’enregistrements sonores admissibles utilisés pour accompagner les cours de conditionnement physique à l’égard desquels des producteurs ou des artistes-interprètes avaient autorisé expressément Ré:Sonne ou une des sociétés de gestion membres de celle-ci à percevoir des redevances en leur nom?

[89] Comme on l’a vu, cette question appelle l’interprétation de la *Loi sur le droit d’auteur*, et l’interprétation de cette loi par la Commission est susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable. Aucune disposition de la Loi ne porte expressément sur la question en litige. La Commission a plutôt fondé sa décision sur des inférences tirées de dispositions de la Loi portant

the practical implications for the operation of the statutory scheme that would flow from Re:Sound's position.

[90] An administrative agency's interpretation of its enabling legislation is unreasonable if it is inconsistent with the provision in dispute or with the broader statutory scheme. In undertaking this exercise, a reviewing court must apply the general principles of statutory interpretation by examining the statutory text, context and objectives. A court may also supplement the reasons given by the agency for its decision with those that could be given to support the decision: *Dunsmuir*, at paragraph 48. If the court is not satisfied that the interpretation is unreasonable in the above sense, it must defer; that the party challenging the decision has an equally plausible reading of the enabling legislation is not sufficient to warrant judicial intervention.

(i) *Reasons of the Board*

[91] The Board gave three reasons for concluding that Re:Sound was not entitled to collect equitable remuneration on behalf of the performers and makers of all eligible recordings used to accompany fitness classes, but could collect only for those in respect of which the maker or performer had authorized it or a member collective to act on their behalf. The Board's discussion is found at paragraphs 70–82 of its reasons.

[92] First, in most other regimes under the Act a collective society can only collect royalties in respect of the recordings in its repertoire. Exceptionally, the Act provides that under the extended licensing schemes governing retransmission (paragraph 31(2)(d) and section 76) and private copying (subsection 83(11)), copyright owners who have not joined a collective society can claim their share from a collective society designated by the Board, unless they have elected to opt out of the scheme. The sections of the Act on the collective administration of the right to equitable remuneration

sur d'autres sujets et sur les répercussions pratiques qu'aurait la position de Ré:Sonne sur le fonctionnement du régime législatif.

[90] L'interprétation par un organisme administratif de sa loi constitutive est déraisonnable si elle est incompatible avec la disposition en cause ou avec le régime législatif de manière plus générale. Lors de son examen, la cour doit appliquer les principes généraux d'interprétation législative en procédant à l'analyse du texte législatif, de son contexte et de ses objectifs. La cour peut également compléter les motifs énoncés par l'organisme par les motifs qui pourraient être donnés à l'appui de la décision (*Dunsmuir*, au paragraphe 48). Si la cour ne peut conclure que l'interprétation est déraisonnable dans le sens susmentionné, elle doit faire preuve de retenue; le fait que la partie qui attaque la décision propose une interprétation tout aussi vraisemblable de la loi constitutive n'est pas suffisant pour justifier l'intervention judiciaire.

i) *Motifs de la Commission*

[91] La Commission a invoqué trois motifs pour conclure que Ré:Sonne ne pouvait pas recouvrer une rémunération équitable pour le compte des artistes-interprètes et des producteurs à l'égard de tous les enregistrements admissibles utilisés pour accompagner les cours de conditionnement physique, mais pouvait le faire à l'égard des enregistrements pour lesquels le producteur ou l'artiste-interprète l'avait autorisée, ou avait autorisé une société de gestion chapeautée par elle, à le représenter. Les observations de la Commission sur cette question figurent aux paragraphes 70 à 82 de ses motifs.

[92] Premièrement, la plupart des autres régimes prévus par la Loi ne permettent à une société de gestion de recouvrer des redevances qu'à l'égard des enregistrements inclus dans son répertoire. Dans le cas des régimes de licences étendues régissant la retransmission (alinéa 31(2)d) et article 76) et la copie pour usage privé (paragraphe 83(11)), la Loi prévoit de manière exceptionnelle que les titulaires de droit d'auteur qui ne sont pas représentés par une société de gestion peuvent réclamer leur part de rémunération auprès d'une société de gestion désignée par la Commission, à moins qu'ils

contain no analogous provisions allowing a collective society to collect section 19 royalties on behalf of performers or makers who did not authorize it to act for them in respect of particular recordings.

[93] Second, Re:Sound’s interpretation is inconsistent with subsection 67.1(4) of the Act, which I reproduce again for the reader’s convenience.

67.1...

Prohibition
of
enforcement

(4) If a proposed tariff is not filed with respect to the work, performer’s performance or sound recording in question, no action may be commenced, without the written consent of the Minister, for

...

(c) the recovery of royalties referred to in section 19. [Emphasis added.]

[94] The Board reasoned that this provision envisages that a tariff could be certified for a specified use, but not in respect of all eligible sound recordings. If, as Re:Sound contends, it automatically collects for all eligible recordings used in connection with a particular activity, the words “with respect to the ... sound recording in question” would be redundant.

[95] Third, subparagraph 68(2)(a)(i) provides that a tariff applies only in respect of performers and makers of recordings eligible for equitable remuneration under section 20. The purpose of this provision is to ensure that royalties are not collected on behalf of non-eligible recordings, not, as Re:Sound argues, that royalties must be paid in respect of all eligible recordings.

aient choisi de ne pas participer au régime. Les articles de la Loi portant sur la gestion collective du droit à une rémunération équitable ne renferment pas de dispositions analogues permettant à une société de gestion de percevoir les redevances visées à l’article 19 pour le compte d’artistes-interprètes ou de producteurs qui ne l’ont pas autorisée à agir pour leur compte à l’égard d’enregistrements donnés.

[93] Deuxièmement, l’interprétation de Ré:Sonne est incompatible avec le paragraphe 67.1(4) de la Loi, que je reproduis de nouveau pour faciliter la tâche du lecteur :

67.1[...]

(4) Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l’exercice de quelque recours que ce soit [...] ou pour recouvrement des redevances visées à l’article 19. [Soulignement ajouté.]

Interdiction
des recours

[94] La Commission a conclu qu’on envisageait dans cette disposition qu’un tarif puisse être homologué pour une fin précise, mais non à l’égard de tous les enregistrements sonores admissibles. Si, comme elle le soutient, Ré:Sonne procède automatiquement au recouvrement à l’égard de tous les enregistrements admissibles utilisés pour une activité particulière, les mots dans la version anglaise « *with respect to the [...] sound recording in question* » (à l’égard de l’enregistrement sonore en cause) seraient superflus.

[95] Troisièmement, le sous-alinéa 68(2)a)(i) prévoit qu’un tarif ne vise que les artistes-interprètes et les producteurs admissibles à une rémunération équitable en vertu de l’article 20. L’objet de cette disposition est de faire en sorte qu’on ne recouvre pas de redevances à l’égard des enregistrements non admissibles et non, comme Ré:Sonne le prétend, que des redevances soient versées à l’égard de tous les enregistrements admissibles.

[96] In my view, the first of the Board's reasons supports its interpretation. The relevance of subsection 67.1(4) in this context is, however, less clear. The French version of the statutory text does not contain words equivalent to "with respect to the work, performer's performance or sound recording in question", which, according to the Board, support the view that Re:Sound does not necessarily collect royalties on behalf of all eligible recordings used for the purpose identified in the tariff.

[97] The French version of subsection 67.1(4) suggests a situation where a collective society has proposed no tariff at all: "*Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit [...] pour recouvrement des redevances visées à l'article 19.*"

[98] On this basis, the function of subsection 67.1(4) is to provide an incentive for collective societies to file a proposed tariff in accordance with the three preceding subsections. That is, a collective society that fails in its duty to file a tariff cannot, without the written consent of the Minister, look to other legal proceedings to recover equitable remuneration from users of sound recordings of musical works. If this is correct, subsection 67.1(4) is of little assistance in determining for whom a collective society may collect.

[99] In light of the differences in the English and French versions of the statutory text, and bearing in mind that reasonableness is the standard of review applicable to the Board's interpretation of these provisions of the Act, I am not persuaded that the Board committed an error of law in relying on subsection 67.1(4) to support its decision, especially since other provisions of the Act provide a reasonable basis for the Board's decision.

[100] I do not find subparagraph 68(2)(a)(i) to be helpful in supporting the Board's decision. I agree with the Board that this paragraph does not require a collective society to collect royalties for all eligible recordings performed in public in connection with specified activities. It merely stipulates that tariffs may apply

[96] À mon avis, le premier motif énoncé par la Commission va dans le sens de son interprétation. La pertinence du paragraphe 67.1(4) à cette fin est toutefois moins claire. La version française de ce paragraphe ne comporte pas de mots équivalant à l'expression « *with respect to the work, performer's performance or sound recording in question* » qui, selon la Commission, permet d'affirmer que Ré:Sonne ne doit pas nécessairement percevoir de redevances à l'égard de tous les enregistrements admissibles utilisés aux fins mentionnées dans le tarif.

[97] La version française du paragraphe 67.1(4) évoque le cas où la société de gestion n'a proposé aucun tarif : « Le non-dépôt du projet empêche, sauf autorisation écrite du ministre, l'exercice de quelque recours que ce soit [...] pour recouvrement des redevances visées à l'article 19. »

[98] Cela étant, l'objet du paragraphe 67.1(4) est d'inciter les sociétés de gestion à déposer un projet de tarif en conformité avec les trois paragraphes qui précèdent. Ainsi, la société de gestion qui manque à son obligation de déposer un tarif ne peut, sans l'autorisation écrite du ministre, exercer d'autres recours pour recouvrer une rémunération équitable des utilisateurs d'enregistrements sonores d'œuvres musicales. Si cette conclusion est juste, le paragraphe 67.1(4) n'est guère utile pour savoir pour le compte de qui une société de gestion peut procéder à un recouvrement.

[99] Vu les différences existant entre les versions française et anglaise du texte législatif, et ayant à l'esprit que la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à l'interprétation par la Commission des dispositions en cause de la Loi, je ne saurais conclure que la Commission a commis une erreur de droit en se servant du paragraphe 67.1(4) à l'appui de sa décision, d'autant plus que d'autres dispositions de la Loi constituaient un fondement raisonnable de cette décision.

[100] Je conclus par ailleurs que la décision de la Commission ne saurait s'appuyer sur le sous-alinéa 68(2)a(i). J'estime comme la Commission que cette disposition n'oblige pas une société de gestion à percevoir des redevances à l'égard de tous les enregistrements admissibles exécutés en public pour accompagner les

only to performers and makers of sound recordings eligible under section 20: that is, the maker of the recording was a citizen or permanent resident of Canada or a Rome Convention country at the time of the first fixation, or all the fixations done for the recording occurred in Canada or a Rome Convention country.

[101] In short, of the three reasons given by the Board, the first supports its decision, the second may, and third is not relevant to the issue in dispute.

(ii) *Reasons that could be given*

[102] In my opinion, four additional considerations support the reasonableness of the Board's decision that Re:Sound can collect section 19 royalties in respect only of sound recordings of musical works for which they have received authorization from the maker or performer.

[103] First, as relevant to the present application, section 2 defines "collective society" as a society in the business of the collective administration of the section 19 right to equitable remuneration "for the benefit of those who, by ... appointment of it as their agent or otherwise, authorize it to act on their behalf in relation to that collective administration". Thus, for the purpose of the Act, a collective society collects royalties on behalf of those who in any manner have authorized it to act for them in connection with the collective administration of their rights under the Act. This includes proposing a tariff to the Board.

[104] Second, an indication of the reasonableness of an administrative interpretation is that it is consistent with earlier decisions by the agency: see *Communications, Energy and Paperworkers' Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at paragraphs 5 and 8. The first neighbouring rights tariff approved by the Board was *Tariff I.A.* In its reasons for decision, the Board set out its understanding of the essential architecture of the then new statutory scheme

activités visées. On y prévoit simplement que les tarifs ne peuvent viser que les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores admissibles en vertu de l'article 20, c'est-à-dire si le producteur était, à la date de la première fixation, citoyen ou résident permanent du Canada ou d'un pays partie à la Convention de Rome, ou si toutes les fixations réalisées en vue de la confection de l'enregistrement ont eu lieu au Canada ou dans un pays partie à cette Convention.

[101] Bref, pour ce qui est des trois motifs énoncés par la Commission, le premier va dans le sens de sa décision, le deuxième pourrait le faire et le troisième n'est pas pertinent quant à la question en litige.

ii) *Motifs qui pourraient être donnés*

[102] À mon avis, quatre autres facteurs militent en faveur du caractère raisonnable de la décision de la Commission portant que Ré:Sonne ne peut percevoir des redevances visées à l'article 19 que pour les enregistrements sonores d'œuvres musicales à l'égard desquels elle a obtenu l'autorisation du producteur ou de l'artiste-interprète.

[103] Premièrement, élément pertinent pour la présente demande, l'article 2 définit une « société de gestion » comme une société se livrant à la gestion collective du droit à rémunération équitable conféré par l'article 19 du fait qu'elle y est « autorisée — notamment par voie de [...] mandat ». Ainsi, aux fins de la Loi, une société de gestion perçoit des redevances pour le compte des personnes qui l'ont autorisée d'une manière quelconque à procéder en leur nom à la gestion collective des droits que la Loi leur confère, laquelle comprend la présentation d'un projet de tarif à la Commission.

[104] Deuxièmement, la conformité d'une interprétation administrative à la jurisprudence antérieure de l'organisme en cause tend à confirmer le caractère raisonnable de cette interprétation (voir *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, aux paragraphes 5 et 8). Le *Tarif I.A.* a été le premier homologué par la Commission concernant les droits voisins. Dans les motifs de

for the collective administration of the right to equitable remuneration. It is open to this Court to consider the Board's reasons in *Tariff 1.A* in assessing the reasonableness of the decision under review in the present proceeding.

[105] In *Tariff 1.A.*, two collective societies, the NRCC [Neighbouring Rights Collective of Canada] and SOGEDAM [Société de gestion des droits des artistes-musiciens], representing different groups of neighbouring rights holders, proposed different royalty tariffs for the broadcasting of recordings eligible for equitable remuneration. The Board had to decide not only what the broadcasters should pay, but also to resolve disputes over the respective rights of the two collective societies. The tariff ultimately certified by the Board applied to all the section 19 rights holders represented by each society.

[106] Because of the requirement in subparagraph 68(2)(a)(iii) of the Act that users shall pay section 19 royalties in a single payment, the Board held that one collective society should collect the entirety of the royalties from the users targeted by the Tariff. It selected the NRCC as the sole collecting agent and left SOGEDAM with the responsibility of collecting its members' share from the NRCC.

[107] For present purposes, the most immediately relevant issue decided in *Tariff 1.A* was that the sound recordings before the Board were the eligible recordings in the collective societies' respective repertoires, and that each collective society proposing a tariff must prove that it administers the repertoire that it claims. In that case, these included makers and performers who, in one way or another, had authorized the NRCC or one of its sub-collectives to act on their behalf. However, the Board held, if either the maker or performer had authorized a collective society to collect in respect of a particular recording, it could collect the royalties for both of them. The Board rejected the NRCC's argument

sa décision, la Commission a exposé comment elle concevait l'architecture générale du régime législatif alors nouveau prévu pour la gestion collective du droit à une rémunération équitable. Il est loisible à la Cour d'examiner les motifs énoncés par la Commission dans le *Tarif 1.A* afin d'évaluer le caractère raisonnable de la décision faisant l'objet de la présente procédure.

[105] Dans le *Tarif 1.A.*, deux sociétés de gestion, la SCGDV [Société canadienne de gestion des droits voisins] et la SOGEDAM [Société de gestion des droits des artistes-musiciens], représentant des groupes différents de détenteurs de droits voisins, avaient proposé des tarifs de redevances différents pour la diffusion d'enregistrements donnant droit à une rémunération équitable. La Commission devait décider non seulement ce que les radiodiffuseurs devaient payer, mais également régler les différends au sujet des droits respectifs des deux sociétés de gestion. Le tarif finalement homologué par la Commission s'est appliqué à tous les détenteurs de droits visés à l'article 19 représentés par l'une et l'autre sociétés.

[106] Vu l'exigence prévue au sous-alinéa 68(2)a)(iii) de la Loi selon laquelle le paiement des redevances visées par l'article 19 par les utilisateurs doit être fait en un versement unique, la Commission a jugé qu'il convenait qu'une seule société de gestion perçoive la totalité des redevances payables par les utilisateurs assujettis au tarif. La Commission a désigné la SCGDV comme agent unique de perception et a confié à la SOGEDAM la charge de recouvrer de la SCGDV la part attribuable à ses membres.

[107] Aux fins de la présente procédure, la conclusion la plus pertinente tirée dans le *Tarif 1.A* fut que les enregistrements sonores faisant l'objet de la procédure devant la Commission étaient les enregistrements admissibles faisant partie du répertoire respectif des deux sociétés de gestion, et que chaque société de gestion proposant un tarif devait prouver qu'elle gérait bien le répertoire qu'elle revendiquait. En l'espèce, cela incluait les producteurs et les artistes-interprètes qui, d'une manière ou d'une autre, avaient autorisé la SCGDV ou une société de gestion membre de celle-ci à intervenir pour leur compte. La Commission a toutefois estimé que si soit le producteur soit l'artiste-interprète autorisait une

that it could collect on behalf of all eligible recordings used by broadcasters, regardless of any authorization by the rights holders. The Board's detailed discussion of these issues is found at paragraphs 11–19 of its reasons for the decision to approve *Tariff 1.A*.

[108] The NRCC, Re:Sound's predecessor, did not apply for judicial review of the decision in *Tariff 1.A*, which has stood for nearly 15 years. Counsel for Re:Sound argues that it is distinguishable from the present case in that the scope of a collective society's repertoire arose in *Tariff 1.A* in the context of a dispute between two collective societies.

[109] In my view, this factual distinction is immaterial. The Board's reasons in *Tariff 1.A* do not indicate that the principle that a collective society's repertoire is limited to recordings for which makers or performers have authorized it to act on their behalf applies only if more than one collective society proposes a tariff of section 19 royalties.

[110] Third, section 67 of the Act imposes a duty on a collective society, when requested by a member of the public, to provide information about its repertoire of performers' performances and sound recordings that are in current use. It is difficult to see how this obligation could be discharged if, as Re:Sound argues, its repertoire includes all performances and recordings eligible for equitable remuneration. While a collective society would be aware of eligible recordings and performances for which it had been authorized to act, this would not necessarily be true of the others.

société de gestion à percevoir des redevances à l'égard d'un enregistrement particulier, celle-ci pouvait procéder à la perception pour l'un et l'autre. La Commission a rejeté la thèse de la SCGDV selon laquelle elle pouvait percevoir les redevances à l'égard de tous les enregistrements admissibles utilisés par des radiodiffuseurs, que les détenteurs de droits aient ou non accordé leur autorisation. La Commission a traité en détail de ces questions aux paragraphes 11 à 19 des motifs de sa décision d'homologuer le *Tarif 1.A*.

[108] La SCGDV, soit la société qui a précédé Ré:Sonne, n'a pas demandé le contrôle judiciaire du *Tarif 1.A*, qui fait autorité depuis près de 15 ans. L'avocat de Ré:Sonne soutient qu'on peut opérer une distinction entre les faits de cette affaire et les faits de la présente espèce, puisque la question de l'étendue du répertoire d'une société de gestion a été soulevée dans le *Tarif 1.A* dans le cadre d'un différend opposant deux sociétés de gestion.

[109] À mon avis, cette différence entre les faits des deux affaires n'a pas d'importance. Il ne ressort pas des motifs de la Commission dans le *Tarif 1.A* que le principe voulant que le répertoire d'une société de gestion soit restreint aux seuls enregistrements à l'égard desquels des producteurs ou des artistes-interprètes l'ont autorisée à les représenter ne joue que dans le cas où plus d'une société de gestion propose un tarif de redevances aux fins de l'article 19.

[110] Troisièmement, aux termes de l'article 67 de la Loi, les sociétés de gestion sont tenues de répondre aux demandes de renseignements du public concernant leur répertoire de prestations d'artistes-interprètes et d'enregistrements sonores d'exécution courante. Il est difficile de concevoir comment cette obligation pourrait être exécutée si, comme le soutient Ré:Sonne, son répertoire comprend l'ensemble des exécutions et des enregistrements donnant droit à une rémunération équitable. Alors qu'une société de gestion devrait être au courant des enregistrements et des exécutions admissibles à l'égard desquels on l'a autorisée à agir, il n'en serait pas nécessairement de même des autres enregistrements et exécutions.

[111] Fourth, it would be anomalous if a collective society were able to collect royalties for all eligible recordings used in a particular context, but distributed them only to the performers and makers of recordings in its repertoire, and to those whom it was able to discover. Re:Sound stated that it holds in a trust account the money that it had collected but could not distribute pending its identification of those who had not signed up with it. What happens to the funds owing to those that Re:Sound never identifies is unclear. In my view, Parliament should not lightly be taken to have intended to create a regime that produces such cumbersome and impractical results.

(iii) *Re:Sound's arguments*

[112] In addition to attacking the reasons advanced in support of the Board's decision, Re:Sound says that the decision is unreasonable because it is inconsistent with two fundamental principles on which the right to equitable remuneration is based: that users should pay performers and makers for their use of sound recordings, and that users should only be required to make a single payment of equitable remuneration.

[113] Re:Sound's argument that a user will get a "free ride" if *Tariff 6.B* excludes performers and makers who have not authorized it to act as their agent in respect of particular recordings assumes that Re:Sound has a monopoly in proposing tariffs of section 19 royalties.

[114] I agree with the respondents that the Act contains no provision to this effect. I see nothing to prevent performers or makers from forming their own or joining an existing collective society to represent them in the administration of their rights to equitable remuneration. Re:Sound may currently be the only collective society representing holders of section 19 rights, but it does not follow from this that others may not come into existence and thereby inject a healthy measure of competition. Indeed, two collective societies proposed tariffs in

[111] Quatrièmement, il serait anormal qu'une société de gestion puisse percevoir des redevances pour tous les enregistrements admissibles utilisés dans un contexte donné, mais ne puisse les répartir qu'entre les artistes-interprètes et producteurs de son répertoire et ceux qu'elle serait en mesure de repérer. Ré:Sonne a déclaré qu'elle détenait dans un compte en fiducie les fonds qu'elle avait perçus mais n'avait pu répartir en attendant de retracer ceux qui ne l'avaient pas autorisée à les représenter. Ré:Sonne n'a pas clairement expliqué ce qu'il advient des fonds dus à ceux qu'elle ne parvient jamais à retracer. À mon avis, on ne doit pas supposer à la légère que le législateur a eu l'intention de créer un régime qui donne lieu à des résultats aussi lourds et peu pratiques.

iii) *Arguments de Ré:Sonne*

[112] En plus de rejeter les motifs donnés par la Commission au soutien de sa décision, Ré:Sonne affirme que la décision est déraisonnable parce qu'elle ne respecte pas deux principes fondamentaux sur lesquels repose le droit à une rémunération équitable : les utilisateurs devraient payer les artistes-interprètes et les producteurs pour leur utilisation d'enregistrements sonores, et le paiement de redevances au titre de la rémunération équitable doit pouvoir être fait par les utilisateurs en un versement unique.

[113] L'argument de Ré:Sonne selon lequel des utilisateurs vont [TRADUCTION] « s'en tirer sans frais » si le *Tarif 6.B* ne vise pas les artistes-interprètes et les producteurs qui ne l'ont pas autorisée à les représenter à l'égard d'enregistrements particuliers suppose que Ré:Sonne dispose d'un monopole quant aux projets de tarifs pour des redevances visées à l'article 19.

[114] C'est à bon droit que les défendeurs soutiennent que la Loi ne contient aucune disposition en ce sens. Rien selon moi n'empêche les artistes-interprètes ou les producteurs de former leur propre société de gestion, ou de devenir membres d'une société de gestion existante, pour qu'elle gère pour leur compte leur droit à une rémunération équitable. Il se peut que Ré:Sonne soit actuellement la seule société de gestion à représenter des détenteurs droits visés à l'article 19, mais cela ne veut pas dire que jamais une autre société de gestion ne verra

Tariff 1.A on behalf of different groups of makers and performers, although the Board authorized only one of them, the NRCC, to collect for both.

[115] True, on the Board's interpretation of the Act performers and makers will not receive equitable remuneration until they sign up with a collective society. However, this seems a relatively easy step to take, especially since it is only necessary for either the maker *or* performer to bring a recording into a collective society's repertoire to enable it to collect royalties for both. In our legal system rights holders must normally take some action to vindicate their rights. When Parliament intends to make exceptions to the "opt in" principle generally applicable to the collective administration of rights under the Act, as it has done for retransmission and private copying, it has expressly so provided.

[116] Nor is the potential existence of more than one society representing different makers and performers inconsistent with the principle that a user may not be required to make more than a single payment in order to discharge its obligation to pay an equitable remuneration in accordance with subparagraph 68(2)(a)(iii).

[117] Again, *Tariff 1.A* is instructive. After considering the tariffs proposed by two collective societies, the Board designated the NRCC to collect the amounts set by the Board on behalf of both collective societies, and left it to SOGEDAM to claim its members' share from the NRCC: see paragraphs 35–39 of the Board's reasons.

[118] Finally, Re:Sound says that the Board erred in law by reading into section 20 an additional eligibility requirement, namely that makers or performers can only receive equitable remuneration for a recording for which

le jour et favorisera ainsi une saine concurrence. D'ailleurs, deux sociétés de gestion avaient proposé des tarifs pour le compte de groupes de producteurs et d'artistes-interprètes différents dans le cas du *Tarif 1.A*, bien que la Commission n'ait finalement autorisé que l'une d'elles, la SCGDV, à percevoir des redevances pour les deux.

[115] Il est bien vrai que, selon l'interprétation de la Loi avancée par la Commission, les artistes-interprètes et les producteurs ne toucheront une rémunération équitable que s'ils s'inscrivent auprès d'une société de gestion. Cela semble toutefois relativement aisé à faire, d'autant plus qu'il suffit que *soit* le producteur *soit* l'artiste-interprète fasse ajouter un enregistrement dans le répertoire d'une société de gestion pour que celle-ci puisse percevoir des redevances pour l'un et pour l'autre. Dans notre système juridique, les détenteurs de droits ne peuvent habituellement rester passifs s'ils veulent faire valoir leurs droits. Lorsque le législateur a voulu assortir d'exceptions le principe de la « participation volontaire » (« *opt in* ») généralement applicable au régime de gestion de droits prévu par la Loi, comme il l'a fait en matière de retransmission et de copie pour usage privé, il l'a disposé de manière expresse.

[116] L'existence possible de plus d'une société de gestion représentant différents producteurs et artistes-interprètes n'est pas non plus contraire au principe selon lequel, selon le sous-alinéa 68(2)a)(iii), l'utilisateur n'a pas à faire plus qu'un versement unique pour payer ses redevances de rémunération équitable.

[117] Le *Tarif 1.A* s'avère encore une fois instructif. Après avoir examiné les tarifs proposés par deux sociétés de gestion, la Commission a confié à la SCGDV la mission de percevoir pour le compte des deux sociétés les montants qu'elle a fixés, et elle a laissé le soin à la SOGEDAM de recouvrer auprès de la SCGDV la part revenant à ses membres (voir les paragraphes 35 à 39 des motifs de la décision de la Commission).

[118] Ré:Sonne affirme finalement que la Commission a commis une erreur de droit en interprétant l'article 20 comme comportant une condition d'admissibilité additionnelle, soit que les producteurs et les artistes-

they have appointed a collective society to act for them. Again, I do not agree.

[119] Requiring a performer or maker to sign up a recording with a collective society before being able to receive equitable remuneration is not of the same character as the eligibility conditions in section 20, namely, the maker's place of residence at the date of first fixation, or where the fixations occurred. These cannot be changed after the recording has been made and determine whether equitable remuneration is ever payable in respect of a particular recording. In contrast, makers or performers of recordings may at any time authorize a collective society to act on their behalf in respect of a recording. Moreover, as already noted, signing up with a collective society is hardly an onerous requirement.

[120] In short, none of the arguments advanced by Re:Sound in favour of its interpretation of the Act persuades me that the Board's decision was unreasonable.

ISSUE 4: Did the Board commit reviewable errors in setting equitable remuneration royalties for the use of eligible recordings of music to accompany physical activities other than fitness classes?

[121] As I have already noted, *Tariff 6.B* applies to the use of music to accompany, not only fitness classes, but also skating, dance instruction, and other physical activities. Re:Sound directed relatively few submissions to the application of *Tariff 6.B* to activities other than fitness classes, no doubt because the grounds of review relied on to challenge *Tariff 6.B* with respect to fitness classes also applied, to differing extents, to these other activities. The respondents were similarly taciturn on these aspects of *Tariff 6.B*. I can be equally brief.

interprètes ne peuvent toucher une rémunération équitable que pour les enregistrements à l'égard desquels ils ont désigné une société de gestion pour les représenter. Là encore, je rejette cette thèse.

[119] Exiger que l'artiste-interprète ou le producteur inscrive un enregistrement auprès d'une société de gestion avant de pouvoir toucher une rémunération équitable n'est pas de même nature que les conditions d'admissibilité prévues à l'article 20, qui ont trait au lieu de résidence du producteur à la date de la première fixation, ou au lieu où les fixations ont été réalisées. Ces éléments ne peuvent changer une fois qu'un enregistrement a été effectué et ils permettent d'établir si une rémunération équitable pourra un jour être payable à l'égard de cet enregistrement. Par contre, les producteurs et les artistes-interprètes peuvent en tout temps autoriser une société de gestion à les représenter à l'égard d'un enregistrement donné. En outre, comme on l'a vu, l'inscription auprès d'une société de gestion peut difficilement être qualifiée d'exigence contraignante.

[120] Bref, aucun des arguments avancés par Ré:Sonne au soutien de son interprétation de la Loi ne m'a convaincu que la décision de la Commission était déraisonnable.

4^e QUESTION – La Commission a-t-elle commis des erreurs susceptibles de contrôle en fixant des redevances au titre de la rémunération équitable pour l'utilisation d'enregistrements de musique admissibles en accompagnement d'activités physiques autres que les cours de conditionnement physique?

[121] Comme je l'ai déjà signalé, le *Tarif 6.B* vise l'utilisation de musique pour accompagner non seulement des cours de conditionnement physique, mais aussi d'autres activités physiques comme le patinage et l'enseignement de la danse. Ré:Sonne s'est relativement peu exprimée dans ses observations sur l'application du *Tarif 6.B* à des activités autres que les cours de conditionnement physique, sans doute parce que les motifs de contrôle invoqués pour contester ce tarif au regard de ces cours s'appliquaient aussi, à des degrés divers, à ces

[122] Noting that “little or no attention” was given during the proceedings to the use of recorded music to accompany physical activities other than fitness classes, the Board had to use “the best information available to [it]”: paragraph 173.

[123] It set the royalties for dance instruction in the same way as it did for fitness classes: at paragraphs 174–175. Since the agreements between SOCAN and individual users provide for the payment of an amount that was essentially the minimum royalty under *SOCAN Tariff 19*, the Board used this figure as a base and reduced it to reflect Re:Sound’s repertoire. The resulting amount, \$23.42, was payable by each venue to Re:Sound as a flat annual fee for the use of recorded music to accompany dance instruction and other physical activities targeted in *Tariff 6.B* for which no specific fee had been set.

[124] The Board set the royalty for skating by reference to SOCAN Tariff 7, which deals only with this activity: at paragraph 176. It took the minimum rate paid under this latter tariff and adjusted it down to reflect the percentage of eligible recordings in Re:Sound’s repertoire. This produced a royalty of 0.44 percent of gross receipts from admissions, exclusive of sales and amusement taxes, payable annually by each skating venue, subject to a minimum of \$38.18.

[125] Re:Sound challenged the Board’s decision on the royalties payable with respect to skating, dance instruction, and other physical activities on the ground that the Board had erred in law by limiting the recordings in respect of which Re:Sound could collect royalties to those for which performers or makers had authorized

autres activités. Les défendeurs ont eux aussi été peu loquaces quant à ces facettes du *Tarif 6.B*. Je peux me montrer tout aussi bref.

[122] Faisant remarquer qu’on s’était « peu ou pas penché » au cours de la procédure sur l’utilisation de musique enregistrée pour accompagner d’autres formes d’activité physique que les cours de conditionnement physique, la Commission a dit avoir dû utiliser « les meilleures données dont [elle] dispos[ait] » (paragraphe 173).

[123] La Commission a fixé les redevances en matière d’enseignement de la danse de la même façon qu’elle l’avait fait pour les cours de conditionnement physique (aux paragraphes 174 et 175). Comme les ententes conclues entre la SOCAN et des utilisateurs individuels stipulaient que, pour l’essentiel, les redevances à verser étaient le minimum prévu par le *Tarif 19 de la SOCAN*, la Commission a recouru à ce montant comme point de départ, puis l’a réduit pour tenir compte de la part de répertoire de Ré:Sonne. Le montant alors obtenu, 23,42 \$, devait être payé à Ré:Sonne par chaque établissement comme redevance annuelle forfaitaire pour l’utilisation de musique enregistrée aux fins d’accompagnement des cours de danse et des autres activités physiques visées au *Tarif 6.B* et pour lesquelles aucun autre taux particulier n’avait été prévu.

[124] La Commission a établi le montant de redevances applicable au patinage en fonction du tarif 7 de la SOCAN, qui porte uniquement sur cette activité (au paragraphe 176). Elle a utilisé le taux minimal payable en vertu de ce tarif, puis l’a ajusté à la baisse pour tenir compte du pourcentage d’enregistrements admissibles figurant dans le répertoire de Ré:Sonne. Il en est résulté un taux de 0,44 p. 100 des recettes brutes d’entrée, à l’exclusion des taxes de vente et d’amusement, payable chaque année par chaque site de patinage, sous réserve d’un montant minimal de 38,18 \$.

[125] Ré:Sonne a contesté la décision de la Commission concernant les redevances payables relativement au patinage, à l’enseignement de la danse et à d’autres activités physiques, au motif que la Commission avait commis une erreur de droit en restreignant les enregistrements pour lesquels elle pouvait percevoir

it to act on their behalf. For the reasons given above, I do not agree.

[126] Since this was the only ground on which Re:Sound challenged the royalty set in *Tariff 6.B* for skating, this aspect of the Board's decision stands.

[127] However, because the Board set the royalties for dance instruction, and all other physical activities for which no specific rate was set, in the same way as it did for fitness classes, I would set aside this aspect of *Tariff 6.B* on the ground of a breach of the duty of procedural fairness. In these circumstances, it is not necessary to consider Re:Sound's allegation that the royalty for these activities was also unreasonably low.

Conclusions

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

[129] Since Re:Sound was unsuccessful on the equally important issue of statutory interpretation concerning the percentage of eligible recordings on which the Board had to base royalties, I would award no costs.

TRUDEL J.A.: I agree.

WEBB J.A.: I agree.

des redevances à ceux à l'égard desquels des artistes-interprètes ou des producteurs l'avaient autorisée à les représenter. Par les motifs susmentionnés, je rejette cette thèse.

[126] Puisque tel était le seul motif pour lequel Ré:Sonne a contesté les redevances fixées au *Tarif 6.B* à l'égard du patinage, cet aspect de la décision de la Commission est maintenu.

[127] Toutefois, comme la Commission a fixé les redevances relatives à l'enseignement de la danse et aux autres activités physiques sans taux particulier de la même manière qu'elle l'avait fait pour les cours de conditionnement physique, j'annulerais cet aspect du *Tarif 6.B* pour manquement à l'obligation d'équité procédurale. Cela dit, il ne sera pas nécessaire d'examiner l'allégation de Ré:Sonne selon laquelle le montant des redevances pour ces activités était aussi déraisonnablement peu élevé.

Conclusions

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

[129] Comme Ré:Sonne a été déboutée sur la question tout aussi importante de l'interprétation des lois quant au pourcentage d'enregistrements admissibles sur lequel la Commission devait se fonder pour établir le montant des redevances, je n'adjugerais aucuns dépens.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.