

2021 FCA 148  
A-45-19

2021 CAF 148  
A-45-19

**Bell Canada, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltd. and Telus Communications Inc.** (*Applicants*)

**Bell Canada, Cogeco Câble Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltée et Telus Communications Inc.** (*demandereses*)

v.

c.

**Copyright Collective of Canada, Border Broadcasters Inc., Canadian Broadcasters Rights Agency, Canadian Retransmission Collective, Canadian Retransmission Right Association, Direct Response Television Collective Inc., FWS Joint Sports Claimants Inc., Major League Baseball Collective of Canada, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and Canadian Cable Systems Alliance** (*Respondents*)

**Société de perception de droit d’auteur du Canada, Border Broadcasters, Inc., Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens, Société collective de retransmission du Canada, Association du droit de retransmission canadien, Société de gestion collective de publicité directe télévisuelle Inc., FWS Joint Sports Claimants Inc., Société de perception de la Ligue de baseball majeure du Canada, Inc., Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et Canadian Cable Systems Alliance** (*défenderesses*)

A-47-19

A-47-19

**Copyright Collective of Canada, Canadian Broadcasters Rights Agency, Canadian Retransmission Collective, FWS Joint Sports Claimants Inc., Border Broadcasters Inc., Canadian Retransmission Right Association, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and Direct Response Television Collective Inc.** (*Applicants*)

**Société de perception de droit d’auteur du Canada, Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens, Société collective de retransmission du Canada, FWS Joint Sports Claimants Inc., Border Broadcasters, Inc., Association du droit de retransmission canadien, Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et Société de gestion collective de publicité directe télévisuelle Inc.** (*demandereses*)

v.

c.

**Bell Canada, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltd., Telus Communications Inc., Canadian Cable Systems Alliance, and Major League Baseball Collective of Canada Inc.** (*Respondents*)

**Bell Canada, Cogeco Câble Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltée, Telus Communications Inc., Canadian Cable Systems Alliance et Société de perception de la Ligue de baseball majeure du Canada, Inc.** (*défenderesses*)

**INDEXED AS: BELL CANADA v. COPYRIGHT COLLECTIVE OF CANADA**

**RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. SOCIÉTÉ DE PERCEPTION DE DROIT D’AUTEUR DU CANADA**

Federal Court of Appeal, Rennie, de Montigny and Gleason J.J.A.—By videoconference, March 1 and 2; Ottawa, July 22, 2021.

*Copyright — Judicial reviews of Copyright Board of Canada decision determining quantum of royalty rates payable under Television Retransmission Tariff, 2014-2018 — In Court file A-45-19, Board's decision challenged by broadcasting distribution undertakings (BDUs), who distribute over-the-air distant television signals — In Court file A-47-19, Board's decision challenged by collective societies (Collectives), who represent rights of copyright holders — Both parties disagreeing with application of Board's overall "proxy" approach to setting royalty rates — BDUs, Collectives unable to reach agreement on tariff rates for retransmission of distant television signals for 2014-2018 period — Experts, industry witnesses presenting Board with three methodologies for setting tariffs for retransmission of distant signals: proxy, trend-analysis, direct-market approaches — Board characterized chosen proxy approach as "amalgam" between views of these experts — Applied assumptions to its approach in order to yield fair, equitable price — Also applied downward adjustments to initial proxy price to reflect price of distant signals, including "cost of programming", "market power", "program substitutability" adjustments — Declined to make certain adjustments for which it was unable to obtain estimate due to lack of reliable evidence — BDUs submitted that royalty rates fixed by Board not fair, equitable in circumstances, that Board unreasonably failed to make adjustment for simultaneous substitution — Issues in Court file A-45-19 whether Board erred in failing to make adjustment for simultaneous substitution, for relative viewing; erred in its determination of appropriate program substitutability adjustment — Issues in Court file A-47-19 whether Board: used incomplete, superseded version of payment data in its calculations; used wrong profit margin figure; erred in applying adjustment without evidence; erred in applying market power adjustment without evidence; failed to properly apply principles of procedural fairness in capping 2014, 2015 royalty rates — In case at bar, no precedent requiring application of stand-alone simultaneous substitution adjustment whatever context, irrespective of methodology adopted by Board — Board only obligated to consider evidence before it, develop methodology resulting in fair, equitable tariff, explain its reasoning for setting rates — Board's assessment entitled to considerable deference — To extent Board's amalgam proxy methodology not using total or relative amount of viewing to distant signals, no logical basis for Board to apply stand-alone adjustment to account for simultaneous substitution — Open for Board to find that no relative viewing adjustment necessary based on evidence on record — As to Board's determination of appropriate program substitutability adjustment, Board's decision within range of reasonable outcomes — Board erred, relied on superseded information in calculating total BDU payments to proxy*

Cour d'appel fédérale, juges Rennie, de Montigny et Gleason, J.C.A.—Par vidéoconférence, 1<sup>er</sup> et 2 mars; Ottawa, 22 juillet 2021.

*Droit d'auteur — Contrôles judiciaires visant une décision rendue par la Commission du droit d'auteur du Canada, qui a fixé le montant des redevances à payer au titre du Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018 — Dans le dossier de la Cour A-45-19, la décision de la Commission a été contestée par des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR), qui distribuent des signaux éloignés de télévision — Dans le dossier de la Cour A-47-19, la décision de la Commission a été contestée par des sociétés de gestion (les sociétés de gestion), qui représentent les droits des titulaires de droits d'auteur — Les deux parties ne se sont pas entendues sur l'approche globale fondée sur un « point de référence » qui a été utilisée pour fixer les taux de redevances — Les EDR et les sociétés de gestion ont été incapables de parvenir à un accord sur les tarifs de retransmission de signaux éloignés de télévision pour la période de 2014 à 2018 — Des experts et des témoins de l'industrie ont présenté à la Commission trois méthodes d'établissement des tarifs pour la retransmission de signaux éloignés : les approches fondées sur un point de référence, sur l'analyse des tendances et sur le marché — La Commission a qualifié sa propre approche fondée sur un point de référence d'« amalgame » entre les points de vue de ces experts — Elle a appliqué des hypothèses à son approche afin de fixer un prix juste et équitable — Elle a également appliqué des ajustements à la baisse au prix initial du groupe de référence afin qu'il représente le prix des signaux éloignés, notamment des ajustements en fonction du « coût des émissions diffusées », du « pouvoir de marché » et des « possibilités de substitution » — Elle a refusé d'effectuer certains ajustements, car il lui était impossible d'obtenir une estimation fautive d'éléments de preuve fiables — Les EDR ont soutenu que les redevances fixées par la Commission n'étaient pas justes et équitables dans les circonstances, et que le défaut de la Commission d'ajuster le prix en fonction de la substitution simultanée était déraisonnable — Il s'agissait de savoir; dans le dossier de la Cour A-45-19, si la Commission a commis une erreur en omettant d'ajuster le prix pour tenir compte de la substitution simultanée et de l'écoute relative, et dans son calcul de l'ajustement requis pour tenir compte des possibilités de substitution — Il s'agissait de savoir; dans le dossier de la Cour A-47-19, si la Commission : a utilisé une version incomplète et obsolète des données sur les paiements dans ses calculs; a utilisé la mauvaise marge de profit dans ses calculs; a commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du coût d'exploitation et des coûts indirects; a commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du pouvoir de marché; et a manqué aux principes d'équité procédurale en plafonnant les taux de redevances pour les années 2014 et 2015 — Dans la présente affaire, aucun précédent n'exigeait l'application d'un ajustement distinct pour la substitution simultanée, quel que*

*services — Result arrived at by Board unreasonable, not based on evidence — Board not erring in applying adjustment for input, overhead costs without evidence — Up to Board, as expert decision maker, to come up with its best estimate in absence of firm evidence — Board not erring in applying “market power” adjustment without evidence — Fixation of Collectives on very narrow meaning of “market power” misplaced — Finally, Board not erring in capping rates for 2014, 2015 at rates originally proposed by Collectives — Board authorized pursuant to Act to modify or vary proposed tariff, impose terms, conditions as it considers appropriate while ensuring not to unfairly prejudice interested or affected persons — Board’s decision, to extent of its use of wrong pricing data in proxy price calculation, wrong profit margin, set aside — Appeal in A-45-19 dismissed; appeal in A-47-19 allowed in part.*

These were applications for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada (Board) that determined the quantum of royalty rates payable under the *Television Retransmission Tariff, 2014-2018* (Tariff, 2014–2018).

The Board’s decision was challenged by six broadcasting distribution undertakings (BDUs) in Court file A-45-19, and by nine collective societies (Collectives) in Court file A-47-19. Both parties accepted the Board’s overall “proxy” approach to setting the royalty rate. They disagreed, however, with the application of that methodology in light of the evidentiary

*soit le contexte et indépendamment de la méthode utilisée par la Commission — La seule obligation dont devait s’acquitter la Commission consistait à examiner les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, à créer une méthode de laquelle résulterait un tarif juste et équitable et à expliquer le raisonnement qui l’avait amenée à fixer les taux établis — Cette appréciation de la Commission commande une grande déférence — Dans la mesure où la méthode du point de référence par amalgame de la Commission n’utilise pas l’écoute totale ou relative des signaux éloignés, aucun fondement logique ne justifiait l’application par la Commission d’un ajustement distinct pour tenir compte de la substitution simultanée — Il était loisible à la Commission de conclure, vu les éléments de preuve au dossier, qu’il n’était pas nécessaire d’appliquer un ajustement pour tenir compte de l’écoute relative — En ce qui concerne le calcul de l’ajustement requis pour tenir compte des possibilités de substitution, la décision de la Commission appartenait aux issues raisonnables — La Commission a commis une erreur et s’est fondée sur des renseignements obsolètes pour calculer les paiements totaux versés par les EDR pour les services du groupe de référence — Le résultat auquel en est arrivée la Commission était déraisonnable, car il n’était pas fondé sur les éléments de preuve — La Commission n’a commis aucune erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction des coûts d’exploitation et des coûts indirects — Il appartient à la Commission, en sa qualité de décideur expert, d’établir les estimations les plus justes malgré l’absence de preuves solides — La Commission n’a commis aucune erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du pouvoir de marché — L’interprétation très restrictive du concept de « pouvoir de marché » sur laquelle ont insisté les sociétés de gestion n’avait pas lieu d’être — Enfin, la Commission n’a pas commis d’erreur en plafonnant les taux pour 2014 et 2015 aux taux initialement proposés par les sociétés de gestion — La Commission était habilitée, au titre de la Loi, à modifier un projet de tarif et à imposer les modalités qu’elle juge appropriées, tout en s’assurant que cela ne porte pas injustement préjudice aux personnes intéressées ou touchées — La décision de la Commission, dans la mesure où cette dernière a utilisé les mauvaises données sur les prix pour calculer le prix du groupe de référence ainsi que la mauvaise marge de profit, a été annulée — Appel dans le dossier A-45-19 rejeté; appel dans le dossier A-47-19 accueilli en partie.*

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire visant une décision rendue par la Commission du droit d’auteur Canada (la Commission), qui a fixé le montant des redevances à payer au titre du *Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018* (le Tarif, 2014–2018).

La décision de la Commission a été contestée par six entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) dans le dossier de la Cour A-45-19 et par neuf sociétés de gestion (les sociétés de gestion) dans le dossier de la Cour A-47-19. Les deux parties ont accepté l’approche globale fondée sur un « point de référence » qui a été utilisée par la Commission pour fixer le

record. The BDUs are “retransmitters” within the meaning of subsection 31(1) of the Act. They distribute over-the-air distant television signals as part of cable, satellite or Internet Protocol television subscription services. The Collectives are authorized under the Act to represent the rights of copyright holders who are entitled to royalties for the retransmission of their works on over-the-air distant television signals. The retransmission of “distant” signals by BDUs requires payment of royalties to the various collective societies that have filed tariffs. The Board is vested with the authority to approve the proposed tariffs, and to alter royalty rates that it deems appropriate. The BDUs and the Collectives were unable to reach an agreement on tariff rates for the retransmission of distant television signals for the period 2014–2018. A hearing took place during which the Board received evidence from experts and industry witnesses. Three methodologies were presented to the Board to set tariffs for the retransmission of distant signals: the proxy approach, the trend-analysis approach, and the direct-market approach. Different proxy approaches were proposed by the parties’ experts. The Board characterized its chosen proxy approach as an “amalgam” between the views of these experts. The Board adjusted the experts’ respective methodologies and, as noted by the Board, assumptions were applied in order to yield a fair and equitable price. The Board did this in a series of steps, including applying a series of downward adjustments to the initial proxy price for it to reflect the price of distant signals. These included “cost of programming”, “market power” and “program substitutability” adjustments. The Board declined to make certain adjustments for which it was unable to obtain an estimate due to the lack of reliable evidence. The Board capped the royalty rates for 2014 and 2015 at the levels originally proposed by the Collectives, respectively \$1.06 and \$1.14. For the years 2016–2018, the Board approved a rate of \$1.17.

The BDUs submitted that the royalty rates fixed by the Board exceed the amounts that would be fair and equitable in the circumstances, contrary to section 66.501 of the *Copyright Act*. They also contended that the Board unreasonably failed to make an adjustment for simultaneous substitution.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Simultaneous substitution refers to the process whereby Canadian broadcasters can request that their signals be simultaneously substituted for a distant signal programming (usually an American channel) when they are broadcasting a similar program at the same time.

taux de redevances. Les parties ne se sont toutefois pas entendues sur la manière dont cette méthode a été appliquée eu égard au dossier de preuve. Les EDR sont des « retransmetteurs » au sens du paragraphe 31(1) de la Loi. Elles distribuent des signaux éloignés de télévision par l’intermédiaire d’abonnements à des services par câble, des services par satellite et des services de télévision par protocole Internet (IPTV). La Loi autorise les sociétés de gestion à représenter les droits des titulaires de droits d’auteur qui ont droit à des redevances pour la retransmission de leurs œuvres diffusées par des signaux éloignés de télévision. La retransmission de signaux « éloignés » par les EDR nécessite le paiement de redevances aux diverses sociétés de gestion qui ont déposé des tarifs. Il revient à la Commission d’homologuer les projets de tarifs et de modifier les taux de redevances si elle le juge approprié. Les EDR et les sociétés de gestion ont été incapables de parvenir à un accord sur les tarifs de retransmission de signaux éloignés de télévision pour la période de 2014 à 2018. La Commission a tenu une audience au cours de laquelle des experts et des témoins de l’industrie lui ont présenté des éléments de preuve. La Commission s’est fait présenter trois méthodes d’établissement des tarifs pour la retransmission de signaux éloignés : l’approche fondée sur un point de référence, l’approche fondée sur l’analyse des tendances et l’approche fondée sur le marché. Les experts des parties ont proposé différentes approches fondées sur un point de référence. La Commission a qualifié sa propre approche fondée sur un point de référence d’« amalgame » entre les points de vue de ces experts. La Commission a ajusté les méthodes respectives des experts et, ainsi qu’elle l’a mentionné, elle a appliqué des hypothèses afin de fixer un prix juste et équitable. Pour ce faire, la Commission a procédé en plusieurs étapes et a notamment appliqué une série d’ajustements à la baisse au prix initial du groupe de référence afin qu’il représente le prix des signaux éloignés. Il s’agissait notamment d’ajustement en fonction du « coût des émissions diffusées », du « pouvoir de marché » et des « possibilité de substitution ». La Commission a refusé d’effectuer certains ajustements, car il lui était impossible d’obtenir une estimation faute d’éléments de preuve fiables. La Commission a plafonné les taux de redevances pour 2014 et 2015 aux niveaux initialement proposés par les sociétés de gestion, les fixant à 1,06 \$ et à 1,14 \$, respectivement. Pour les années 2016–2018, la Commission a homologué un taux de 1,17 \$.

Les EDR ont soutenu que les redevances fixées par la Commission dépassent les sommes qui seraient justes et équitables dans les circonstances, ce qui est contraire à l’article 66.501 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Elles ont fait valoir également que le défaut de la Commission d’ajuster le prix en fonction de la substitution simultanée était déraisonnable.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La substitution simultanée s’entend du processus par lequel des radiodiffuseurs canadiens peuvent demander que leurs signaux se substituent simultanément à ceux d’une émission diffusée par des signaux éloignés (habituellement ceux d’une chaîne américaine), lorsqu’ils diffusent en même temps une émission semblable.

At issue in Court file A-45-19 was whether the Board erred in failing to make an adjustment for simultaneous substitution and for relative viewing, and in its determination of the appropriate program substitutability adjustment.

At issue in Court file A-47-19 was whether the Board: used an incomplete and superseded version of the payment data in its calculations; used the wrong profit margin figure in its calculations; erred in applying an adjustment for input and overhead costs without evidence; erred in applying a market power adjustment without evidence; and failed to properly apply the principles of procedural fairness in capping the 2014 and 2015 royalty rates.

*Held*, the application in A-45-19 should be dismissed; the application in A-47-19 should be allowed in part.

The BDUs' argument calling for the application of a separate, stand-alone simultaneous substitution adjustment was without merit. In the case at bar, there was no precedent requiring the application of a stand-alone simultaneous substitution adjustment whatever the context and irrespective of the methodology adopted by the Board. The Board was not required to explain why it did not apply an adjustment for simultaneous substitution. The only obligation of the Board was to consider the evidence before it, to develop a methodology that would result in a fair and equitable tariff, and to explain its reasoning for setting the rates as it did. The Board was entitled to prefer one set of experts and their approaches over others, and that kind of assessment is entitled to considerable deference. The Board did not ignore the evidence that was before it and provided reasons not to apply a simultaneous substitution adjustment. To the extent that the Board's amalgam proxy methodology does not in any way include or depend on the use of the total or relative amount of viewing to distant signals, there was no logical basis for the Board to apply a stand-alone adjustment to account for simultaneous substitution. The Board did consider the proposed adjustment for relative viewing from the BDUs' expert, but chose not to apply it and never considered that it was required in the context of its methodology. The Board's findings that no relative viewing adjustment was necessary, and that in any event there was no reliable data with which to make it, were open to it based on the evidence on the record. As to the Board's determination of the appropriate program substitutability adjustment, it assessed and evaluated the evidence before it, and there were no exceptional circumstances to reweigh and reassess the evidence herein. Moreover, the Board's decision was well within the range of reasonable outcomes available to it based on the evidentiary record.

Il s'agissait de savoir, dans le dossier de la Cour A-45-19, si la Commission a commis une erreur en omettant d'ajuster le prix pour tenir compte de la substitution simultanée et de l'écoute relative, et dans son calcul de l'ajustement requis pour tenir compte des possibilités de substitution.

Il s'agissait de savoir, dans le dossier de la Cour A-47-19, si la Commission : a utilisé une version incomplète et obsolète des données sur les paiements dans ses calculs; a utilisé la mauvaise marge de profit dans ses calculs; a commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du coût d'exploitation et des coûts indirects; a commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du pouvoir de marché; et a manqué aux principes d'équité procédurale en plafonnant les taux de redevances pour les années 2014 et 2015.

*Arrêt* : la demande dans le dossier A-45-19 doit être rejetée; la demande dans le dossier A-47-19 doit être accueillie en partie.

Les observations des EDR demandant l'application d'un ajustement indépendant et distinct pour la substitution simultanée étaient sans fondement. Dans la présente affaire, aucun précédent n'exigeait l'application d'un ajustement distinct pour la substitution simultanée, quel que soit le contexte et indépendamment de la méthode utilisée par la Commission. La Commission n'était pas tenue d'expliquer pourquoi elle n'a pas appliqué d'ajustement pour la substitution simultanée. La seule obligation dont devait s'acquitter la Commission consistait à examiner les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, à créer une méthode de laquelle résulterait un tarif juste et équitable et à expliquer le raisonnement qui l'avait amenée à fixer les taux établis. Il était loisible à la Commission de privilégier un groupe d'experts et l'approche proposée par ce groupe, plutôt que d'autres, et ce type d'appréciation commande une grande déférence. La Commission n'a pas fait abstraction des éléments de preuve qui lui avaient été présentés et elle a expliqué les motifs pour lesquels elle n'a pas appliqué d'ajustement pour la substitution simultanée. Dans la mesure où la méthode du point de référence par amalgame proposée par la Commission ne tient aucunement compte ni ne dépend de l'écoute totale ou relative des signaux éloignés, aucun fondement logique ne justifiait l'application par la Commission d'un ajustement distinct pour tenir compte de la substitution simultanée. La Commission a examiné l'ajustement proposé par l'experte des EDR pour tenir compte de l'écoute relative, mais elle a choisi de ne pas l'appliquer et elle n'a jamais estimé que c'était nécessaire dans le contexte de la méthode qu'elle proposait. Il était loisible à la Commission de conclure, vu les éléments de preuve au dossier, qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer un ajustement pour tenir compte de l'écoute relative et que, quoi qu'il en soit, il n'existait pas de données fiables pour appliquer un tel ajustement. En ce qui concerne le calcul de l'ajustement requis pour tenir compte des possibilités

The Board erred and relied on superseded information in calculating the total BDU payments to the proxy services. While the difference in the annual retransmission royalty payments may not represent a substantial amount, the result arrived at by the Board was still unreasonable as it was not based on the evidence that was before it. The Board assigned a 25 percent profit margin to Canadian and U.S. proxy services on its mistaken reading of an expert's opinion. Under the expert's approach, the only correct profit margin adjustment for Canadian and U.S. proxy services would have been set at 10 percent. This part of the Board's reasons was therefore unreasonable. The Board did not err in applying an adjustment for input and overhead costs without evidence. This aspect of the Board's reasons was reasonable and was entirely justified, intelligible and transparent. An input and overhead adjustment is necessary to distinguish between the value of the works being retransmitted and the profits or costs of the broadcasters. Once the necessity of such an adjustment is accepted, it is up to the Board, as an expert decision maker, to come up with its best estimate in the absence of firm evidence. Here, the Board acknowledged that it had no figures to rely upon and made a conservative assessment based on its own expertise. Far from being unreasonable, this course of action was the only available one in the circumstances. The Board did not err in applying a "market power" adjustment without evidence. The dispute between the parties did not seem to relate to the justification for the adjustment, but rather on the alleged absence of evidence to support the quantification of that adjustment. The Board did explain why it decided to apply the same reduction that had been applied in the first retransmission tariff in 1990. The fixation of the Collectives on a very narrow meaning of "market power" was misplaced. The Board was not "plucking an entirely irrelevant figure from another hearing to quantify and justify its market power adjustment". On the contrary, the market power concept used in both the Board's present decision and in its 1990 decision refers to a similar, if not the same, reality. Finally, the Board did not err in capping the rates for 2014 and 2015 at the rates originally proposed by the Collectives. The Board rightly recognized that it was authorized, under section 73 of the Act (now section 70), to modify or vary a proposed tariff and impose terms and conditions as it considers appropriate with the *caveat* that it must ensure not to unfairly prejudice interested or affected persons or give rise to some other procedural or substantive unfairness.

de substitution, la Commission a examiné et apprécié les éléments de preuve qui lui ont été présentés et il ne s'agissait pas en l'espèce de l'une de ces circonstances exceptionnelles où la cour de révision doit apprécier de nouveau la preuve. De plus, la décision de la Commission appartenait tout à fait aux issues raisonnables au regard de la preuve.

La Commission a commis une erreur et s'est fondée sur des renseignements obsolètes pour calculer les paiements totaux versés par les EDR pour les services du groupe de référence. Bien que la différence dans les paiements annuels de redevances de retransmission ne représente peut-être pas une somme substantielle, le résultat auquel en est arrivée la Commission est demeuré déraisonnable, car il n'était pas fondé sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés. La Commission a attribué une marge de profit de 25 p. 100 aux services canadiens et américains du groupe de référence, car elle a fait une interprétation erronée de l'avis d'une experte. Selon l'approche de l'experte, le seul taux d'ajustement approprié pour tenir compte de la marge de profit associée aux services canadiens et américains du groupe de référence aurait été de 10 p. 100. Cette partie des motifs de la Commission était donc déraisonnable. La Commission n'a commis aucune erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction des coûts d'exploitation et des coûts indirects. Ce volet des motifs de la Commission était raisonnable et son choix était totalement justifié, intelligible et transparent. Un ajustement en fonction des coûts d'exploitation et des coûts indirects est nécessaire pour établir une distinction entre la valeur des œuvres retransmises et les profits ou les coûts des radiodiffuseurs. Lorsque la nécessité d'apporter un tel ajustement est acceptée, il appartient ensuite à la Commission, en sa qualité de décideur expert, d'établir les estimations les plus justes malgré l'absence de preuves solides. En l'espèce, la Commission a reconnu qu'elle ne disposait d'aucun chiffre à l'appui et elle a fait une évaluation prudente en se fondant sur sa propre expertise. Loin d'être déraisonnable, cette ligne de conduite était la seule qui s'offrait dans les circonstances. La Commission n'a commis aucune erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du pouvoir de marché. Le différend entre les parties ne semblait pas lié à la justification de l'ajustement, mais plutôt à l'absence alléguée d'éléments de preuve à l'appui de la quantification de cet ajustement. La Commission a expliqué pourquoi elle avait décidé d'appliquer le même taux de réduction que celui qui avait été appliqué dans le premier tarif de retransmission en 1990. L'interprétation très restreinte du concept de « pouvoir de marché » sur laquelle ont insisté les sociétés de gestion n'avait pas lieu d'être. La Commission n'a pas « pig[é] un chiffre sans pertinence aucune d'une autre audience pour quantifier et justifier son ajustement en fonction du pouvoir de marché ». Au contraire, le concept de pouvoir de marché utilisé et dans la décision de la Commission en l'espèce et dans sa décision de 1990 renvoie à une réalité comparable, voire à la même réalité. Enfin, la Commission n'a pas commis d'erreur en plafonnant

The Board's decision, to the extent of its use of the wrong pricing data in its proxy price calculation and of the wrong profit margin, was set aside.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, s. 7(a).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 31(1),(2)(d), 66.501, 68(2)(b), 70, 71(2), 73.  
*Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254.  
*Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations*, SOR/2015-240.  
*Television Retransmission Tariff, 2009-2013*, (2013) C. Gaz. I, Supp. (November 30, 2013).  
*Television Retransmission Tariff, 2014-2018*, (2019) C. Gaz. I, Supp. (August 3, 2019).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1.

##### CONSIDERED:

*Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *Re: Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91; *Canadian Association of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2006 FCA 337, 354 N.R. 310.

##### REFERRED TO:

*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374; *CMRRA-SODRAC Inc.*

les taux pour 2014 et 2015 aux taux initialement proposés par les sociétés de gestion. La Commission a reconnu correctement qu'elle était habilitée, au titre de l'article 73 de la Loi (aujourd'hui l'article 70), à modifier un projet de tarif et à imposer les modalités qu'elle juge appropriées, en ajoutant la mise en garde selon laquelle elle doit s'assurer que cela ne porte pas injustement préjudice aux personnes intéressées ou touchées ou ne donne pas lieu à une autre injustice procédurale ou substantielle.

La décision de la Commission, dans la mesure où cette dernière a utilisé les mauvaises données sur les prix pour calculer le prix du groupe de référence ainsi que la mauvaise marge de profit, a été annulée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 31(1),(2)d, 66.501, 68(2)b, 70, 71(2), 73.  
*Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*, DORS/89-254.  
*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, art. 7a).  
*Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation*, DORS/2015-240.  
*Tarif pour la retransmission de signaux de télévision, 2009-2013*, (2013) Gaz. C. I, suppl. (30 novembre 2013).  
*Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018*, (2019) Gaz. C. I, suppl. (3 août 2019).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, [2019] A.C.S. n° 65 (QL).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *Ré: Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138, [2016] A.C.F. n° 446 (QL); *Association canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2006 CAF 337, [2006] A.C.F. n° 1547 (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374; *CMRRA-SODRAC Inc.*

*v. Apple Canada Inc.*, 2020 FCA 101; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 FCA 424, [2005] 2 F.C.R. 654; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

APPLICATIONS for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada (*Tariff for the Retransmission of Distant Television Signals, 2014-2018*, CB-CDA 2019-056, 2019 CanLII 149630) that determined the quantum of royalty rates payable under the *Television Retransmission Tariff, 2014-2018*. Application in A-45-19 dismissed; application in A-47-19 allowed in part.

#### APPEARANCES

*Gerald (Jay) Kerr-Wilson and Stacey Smydo* for Bell Canada, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltd., Telus Communications Inc., Canadian Cable System Alliance and Major League Baseball Collective of Canada Inc.  
*David W. Kent and Jonathan O'Hara* for Canadian Broadcasters Rights Agency.  
*John E. Callaghan, Laurent Massam and James Green* for Copyright Collective of Canada.

*Daniel G. C. Glover* for Canadian Retransmission Collective.  
*Gregory A. Piasezki and William Regan* for FWS Joint Sports Claimants Inc.  
*Mark Hayes* for Canadian Retransmission Right Association.  
*Ryan Sheahan* for Border Broadcasters Inc.  
*D. Lynne Watt* for Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.  
No one appearing for Direct Response Television Collective Inc.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Ottawa, for Bell Canada, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc.,

*c. Apple Canada Inc.*, 2020 CAF 101; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, [2005] 2 R.C.F. 654; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

DEMANDES de contrôle judiciaire visant une décision rendue par la Commission du droit d'auteur Canada (*Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018*, CB-CDA 2019-056, 2019 CanLII 149630) qui a fixé le montant des redevances à payer au titre du *Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018*. Demande dans le dossier A-45-19 rejetée; demande dans le dossier A-47-19 accueillie en partie.

#### ONT COMPARU :

*Gerald (Jay) Kerr-Wilson et Stacey Smydo* pour Bell Canada, Cogeco Câble Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltée, Telus Communications Inc., Canadian Cable Systems Alliance et Société de perception de la Ligue de baseball majeure du Canada, Inc.  
*David W. Kent et Jonathan O'Hara* pour l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens.  
*John E. Callaghan, Laurent Massam et James Green* pour la Société de perception de droit d'auteur du Canada.  
*Daniel G. C. Glover* pour la Société collective de retransmission du Canada.  
*Gregory A. Piasezki et William Regan* pour FWS Joint Sports Claimants Inc.  
*Mark Hayes* pour l'Association du droit de retransmission canadien.  
*Ryan Sheahan* pour Border Broadcasters Inc.  
*D. Lynne Watt* pour la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.  
Personne n'a comparu pour la Société de gestion collective de publicité directe télévisuelle Inc.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour Bell Canada, Cogeco Câble Inc., Rogers Communications Inc.,



Vidéotron Ltd., Telus Communications Inc., Canadian Cable System Alliance and Major League Baseball Collective of Canada Inc.

*McMillan LLP*, Toronto, for Canadian Broadcasters Rights Agency.

*Gowling WLG (Canada) LLP*, Toronto, for Copyright Collective of Canada.

*McCarthy Tetrault LLP*, Toronto, for Canadian Retransmission Collective.

*Piasetzki Nenniger Kvas LLP*, Toronto, for FWS Joint Sports Claimants Inc.

*Hayes eLaw LLP*, Toronto, Canadian Retransmission Right Association.

*Stikeman Elliott LLP*, Ottawa, for Border Broadcasters Inc.

*Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, for Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

*Lewis Birnberg Hanet, LLP*, Toronto, for Direct Response Television Collective Inc.

Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltée., Telus Communications Inc., Canadian Cable Systems Alliance et Société de perception de la Ligue de baseball majeure du Canada, Inc.

*McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens.

*Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la Société de perception de droit d'auteur du Canada.

*McCarthy Tetrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la Société collective de retransmission du Canada.

*Piasetzki Nenniger Kvas LLP*, Toronto, pour FWS Joint Sports Claimants Inc.

*Hayes eLaw, S.E.N.C.R.L.*, Toronto, pour l'Association du droit de retransmission canadien.

*Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L.*, Ottawa, pour Border Broadcasters Inc.

*Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

*Lewis Birnberg Hanet, S.E.N.C.R.L.*, Toronto, pour la Société de gestion collective de publicité directe télévisuelle Inc.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

[1] DE MONTIGNY J.A.: Six broadcasting distribution undertakings—Bell Canada, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Videotron Ltd., and Telus Communications Inc. (the BDUs), applied for judicial review (A-45-19) of a decision of the Copyright Board of Canada (the Board) dated December 18, 2018, for which reasons were issued on August 2, 2019 [*Tariff for the Retransmission of Distant Television Signals, 2014-2018*, CB-CDA 2019-056, 2019 CanLII 149630 (hereinafter referred to as “Reasons”)]. The Board determined the quantum of royalty rates payable under the *Tariff for the Retransmission of Distant Television Signals, 2014-2018* [*Television Retransmission Tariff, 2014-2018*, (2019) C. Gaz. I, Supp. (August 3, 2019)] (the Tariff, 2014–2018), thereby exercising the discretion conferred by section 70 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act).

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Six entreprises de distribution de radiodiffusion — Bell Canada, Cogeco Câble inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., Vidéotron Ltée et Telus Communications Inc. — (les EDR) ont présenté une demande de contrôle judiciaire (A-45-19) visant une décision qui a été rendue par la Commission du droit d'auteur Canada (la Commission) le 18 décembre 2018 et dont les motifs ont été publiés le 2 août 2019 [*Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de télévision, 2014-2018*, CB-CDA 2019-056, 2019 CanLII 149630 (ci-après appelé « motifs »)]. La Commission a fixé le montant des redevances à payer au titre du *Tarif pour la retransmission de signaux de télévision, 2014-2018* [*Tarif pour la retransmission de signaux de télévision, 2014-2018*, (2019) Gaz. C. I, suppl. (3 août 2019)] (le Tarif, 2014–2018), exerçant ainsi le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'article 70 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi).

[2] This decision is also challenged, in a separate application for judicial review (A-47-19), by eight collective societies—the Copyright Collective of Canada, Border Broadcasters Inc., the Canadian Broadcasters Rights Agency, the Canadian Retransmission Collective, the Canadian Retransmission Right Association, Direct Response Television Collective Inc., FWS Joint Sports Claimants Inc. and the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (the Collectives).

[3] Both parties accept the Board's overall "proxy" approach to setting the royalty rates. This approach involves determining the initial value of a "proxy" set of analogous services and then applying adjustments to bring that value into line with the characteristics of the distant signals to which the royalty applies. They disagree, however, with the application of that methodology in light of the evidentiary record.

[4] The BDUs submit that the royalty rates fixed by the Board exceed the amounts that would be fair and equitable in the circumstances, contrary to section 66.501 of the Act. In particular, the BDUs take issue with the Board's failure to make adjustments for simultaneous substitution and for relative viewing of distant signals as compared to viewing of the proxy services, as well as with what they allege to be a reduction of the substitutability adjustment by half.

[5] The Collectives, for their part, argue that the Board erred in: (1) failing to use the latest available version of the key pricing and subscribership data based upon which the initial proxy price was calculated; (2) using a profit margin figure that was inapplicable to the specialty services selected to form the proxy set; (3) imposing an arbitrary input and overhead reduction; and (4) misapplying its own precedent with respect to a purported market power deduction. Each of these errors, in the Collectives' view, reduced the royalty rates that should have been calculated pursuant to the Board's proxy approach.

[2] Cette décision est également visée par une demande de contrôle judiciaire distincte (A-47-19) déposée par huit sociétés de gestion — la Société de perception de droit d'auteur du Canada, Border Broadcasters, Inc., l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens, la Société collective de retransmission du Canada, l'Association du droit de retransmission canadien, la Société de gestion collective de publicité directe télévisuelle inc., FWS Joint Sports Claimants Inc. et la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (les sociétés de gestion).

[3] Les deux parties acceptent l'approche globale fondée sur un « point de référence » qui a été utilisée par la Commission pour fixer le taux de redevances. Cette approche consiste à déterminer la valeur initiale d'un ensemble de services analogues qui servira de « groupe de référence », puis à apporter des ajustements afin que cette valeur corresponde aux caractéristiques des signaux éloignés auxquels s'appliquent les redevances. Les parties ne s'entendent toutefois pas sur la manière dont cette méthode a été appliquée eu égard au dossier de preuve.

[4] Les EDR soutiennent que les redevances fixées par la Commission dépassent les sommes qui seraient justes et équitables dans les circonstances, ce qui est contraire à l'article 66.501 de la Loi. Les EDR contestent plus précisément le fait que la Commission n'a pas appliqué d'ajustements pour tenir compte de la substitution simultanée et des parts respectives d'auditoire des signaux éloignés par rapport aux parts des services du groupe de référence; elles contestent également ce qui à leur avis constitue une réduction de moitié de l'ajustement appliqué pour tenir compte des possibilités de substitution.

[5] Les sociétés de gestion, pour leur part, soutiennent que la Commission a commis des erreurs : 1) en n'utilisant pas la version la plus récente des principales données sur les prix et les abonnements pour établir le prix initial du groupe de référence; 2) en utilisant une marge bénéficiaire qui ne pouvait s'appliquer aux services spécialisés choisis pour constituer le groupe de référence; 3) en imposant une réduction arbitraire relative aux coûts d'exploitation et aux coûts indirects; 4) en appliquant de manière erronée le précédent qu'elle avait elle-même établi à l'égard d'une déduction censément pour le pouvoir de marché. De l'avis des sociétés

[6] For the reasons set out below, I am of the view that this Court should dismiss the application for judicial review brought by the BDUs (A-45-19), while partially granting the Collectives' application (A-47-19). The following are my reasons to so conclude.

### I. Factual and Procedural Context

[7] The BDUs are "retransmitters" within the meaning of subsection 31(1) of the Act; they distribute over-the-air distant television signals in Canada as part of cable, satellite or Internet Protocol television (IPTV) subscription services they distribute to their customers.

[8] The Collectives are authorized under the Act to represent the rights of copyright holders, including thousands of Canadian and foreign broadcasters and program producers, who are entitled to royalties for the retransmission of their works on over-the-air distant television signals in Canada. The Collectives' copyright holders cannot exercise their rights directly, but must do so through the statutory compulsory licensing regime established by the Act.

[9] The Canadian retransmission regime allows BDUs to retransmit over-the-air broadcast signals without authorization of the programs' copyright owners. Contrary to "local signals" (defined as a TV signal that covers an area within a 32 km radius of the station: see *Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254), the retransmission of "distant" signals requires payment of royalties to the various collective societies that have filed tariffs (Act, paragraph 31(2)(d)). The Board is vested with the authority to approve the proposed tariffs, and to make any alterations to royalty rates that it deems appropriate (Act, subsection 70(1)). In *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489, the Supreme

de gestion, chacune de ces erreurs a réduit les taux de redevances auquel on aurait dû arriver selon l'approche fondée sur un point de référence proposée par la Commission.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que notre Cour devrait rejeter la demande de contrôle judiciaire présentée par les EDR (A-45-19) et qu'elle devrait accueillir en partie celle des sociétés de gestion (A-47-19). Voici les motifs qui m'amènent à cette conclusion.

### I. Le contexte factuel et procédural

[7] Les EDR sont des « retransmetteurs » au sens du paragraphe 31(1) de la Loi; elles distribuent en direct des signaux éloignés de télévision au Canada par l'intermédiaire d'abonnements à des services par câble, des services par satellite et des services de télévision par protocole Internet (IPTV) qu'elles offrent à leurs clients.

[8] La Loi autorise les sociétés de gestion à représenter les droits des titulaires de droits d'auteur, notamment ceux de milliers de radiodiffuseurs et producteurs d'émissions canadiens et étrangers qui ont droit à des redevances pour la retransmission de leurs œuvres diffusées par des signaux éloignés de télévision au Canada. Les titulaires de droits d'auteur représentés par les sociétés de gestion ne peuvent faire valoir leurs droits directement, et ils doivent le faire par l'intermédiaire du régime obligatoire d'octroi de licences établi par la Loi.

[9] Le régime de retransmission canadien permet aux EDR de retransmettre des signaux de radiodiffusion en direct sans l'autorisation des titulaires des droits d'auteur des émissions. Contrairement aux « signaux locaux » (soit des signaux de télévision dont l'aire de transmission se situe à l'intérieur d'un rayon de 32 km de la station aux termes du *Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*, DORS/89-254), la retransmission de signaux « éloignés » nécessite le paiement de redevances aux diverses sociétés de gestion qui ont déposé des tarifs (Loi, alinéa 31(2)(d)). Il revient à la Commission d'homologuer les projets de tarifs et de modifier les taux de redevances si elle le juge approprié (Loi, paragraphe 70(1)). Dans le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion*

Court has aptly summarized this regime in the following way [at paragraph 58]:

It bears underlining that, in the case of works carried in both local and distant signals, the copyright owner has *no right to prohibit* the simultaneous retransmission of the work; recourse is limited to receiving through a collective society the prescribed royalty, but only for the simultaneous retransmission of works carried in distant signals (ss. 76(1) and 76(3) of the *Copyright Act*). On the one hand, the copyright owner is granted a general right to retransmit the work. This retransmission right is part of the right, under s. (3)(1)(f), to communicate the work by telecommunication to the public. On the other hand, the owner's general right to retransmit is restricted by a carve-out in s. 31(2) of the *Copyright Act*, which effectively grants to a specific class of retransmitters two retransmission rights. The first right lets these users simultaneously retransmit without a royalty payment, works carried in a local signal. The second right lets them simultaneously retransmit works carried in distant signals, but only subject to the payment of royalties under a form of compulsory licence regime (*Copyright Act*, s. 31(2)(a) and (d)). Both user rights are, subject to s. 31(2), beyond the owner's control. [Emphasis in original.]

[10] On March 28, 2013, the Collectives initiated the underlying proceeding by filing a proposed tariff for the retransmission of distant television signals for the years 2014–2018 (the Proposed Tariff). The proposed royalty rate was \$1.06 per subscriber per month for 2014 for “large” retransmitters (those serving over 6,000 premises), rising to \$1.38 in 2018.

[11] The Board certified the first retransmission tariff in 1990, at \$0.70 per subscriber per month (the 1990 Decision). A second hearing took place in 1993, following which the Board decided that there was no reason to abandon or modify the rate-setting principles adopted in its 1990 Decision, and left the rates for the period 1992–1994 unchanged (the 1993 Decision). For

*CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489, la Cour suprême a habilement résumé ce régime ainsi [au paragraphe 58] :

Il convient de souligner que, dans le cas des œuvres portées à la fois par des signaux locaux et par des signaux éloignés, le titulaire du droit d'auteur *n'a pas le droit d'interdire* la retransmission simultanée de ces œuvres; son recours se limite à recevoir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, la redevance prescrite, mais uniquement pour la retransmission simultanée des œuvres portées par des signaux éloignés (par. 76(1) et 76(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*). D'une part, le titulaire du droit d'auteur se voit reconnaître un droit général de retransmettre l'œuvre. Ce droit de retransmission fait partie du droit que lui reconnaît l'al. (3)(1)f) de communiquer l'œuvre au public par télécommunication. D'autre part, le droit général de retransmission du titulaire du droit d'auteur est limité par l'exception prévue au par. 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui confère effectivement deux droits de retransmission à une catégorie particulière de retransmetteurs. Le premier de ces droits autorise ces utilisateurs à retransmettre simultanément, sans avoir à verser de redevances, des œuvres portées par des signaux locaux. Le second droit permet aux utilisateurs de retransmettre simultanément des œuvres portées par des signaux éloignés, sous réserve uniquement du paiement de redevances en vertu d'une sorte de régime de licences obligatoires (*Loi sur le droit d'auteur*, al. 31(2)a) et d)). Sous réserve du par. 31(2), ces deux droits reconnus aux utilisateurs échappent au contrôle du titulaire du droit d'auteur. [En italique dans l'original.]

[10] Le 28 mars 2013, les sociétés de gestion ont intenté la procédure sous-jacente en déposant un projet de tarif pour la retransmission des signaux éloignés de télévision pour les années 2014 à 2018 (le projet de tarif). Le taux de redevances proposé était de 1,06 \$ par abonné par mois pour l'année 2014 pour les « grands » retransmetteurs (ceux desservant plus de 6 000 locaux) et augmentait à 1,38 \$ en 2018.

[11] C'est en 1990 que la Commission a homologué le premier tarif de retransmission; ce tarif s'établissait alors à 0,70 \$ par abonné par mois (la décision de 1990). Une deuxième audience a eu lieu en 1993, au terme de laquelle la Commission a jugé qu'il n'y avait aucune raison d'abandonner ou de modifier les principes de fixation des taux adoptés dans sa décision de 1990, et les taux

the periods between 1993 and 2014, the Board certified tariffs agreed upon by the relevant broadcasting distribution undertakings and collective societies. The BDUs and the Collectives were unable to reach an agreement, however, for the period 2014–2018. On July 31, 2013, the BDUs, along with two other undertakings and the Canadian Cable System Alliance, jointly filed timely objections to the Proposed Tariff.

[12] This led the Board to conduct its first hearing on tariff rates since 1993. The hearing took place over 15 days divided into four hearing sessions in November and December 2015, and January, March and August 2016. During the proceeding, the Board received evidence from ten experts and five industry witnesses.

[13] Pending the Board’s final decision, the BDUs and the Collectives requested the certification of an interim tariff which would, as proposed, continue the terms of the recently certified Tariff for the Retransmission of Distant Radio and Television Signals, 2009–2013 [*Television Retransmission Tariff, 2009-2013*, (2013) *Can. Gaz.* I, Supp. (November 30, 2013)]. In an interim decision dated December 19, 2013, the Board acceded to the parties’ request. The Television Retransmission Tariff, 2009–2013 would remain applicable, unless modified, until the final tariff was certified for the years 2014–2018.

[14] In the course of a tariff proceeding, the Board must set the amount of royalties that each retransmitter is required to pay to the collective societies (the quantum). It must also determine how the total amount of royalties is to be distributed amongst the collective societies (the allocation). In the present case, at the request of the Collectives, the Board addressed the two issues separately. Indeed, while the allocation issue was left to be further determined, the oral hearing before the Board exclusively concerned the quantum issue.

pour la période de 1992 à 1994 sont demeurés inchangés (la décision de 1993). De 1993 à 2014, la Commission a homologué des tarifs dont avaient convenu les entreprises de distribution de radiodiffusion et les sociétés de gestion concernées. Les EDR et les sociétés de gestion ont toutefois été incapables de parvenir à un accord pour la période de 2014 à 2018. Le 31 juillet 2013, les EDR, ainsi que deux autres entreprises et la Canadian Cable Systems Alliance, ont déposé conjointement une opposition au projet de tarif dans le délai prévu.

[12] La Commission a donc dû tenir sa première audience sur les tarifs depuis 1993. L’audience a nécessité 15 jours, répartis en quatre séances tenues en novembre et décembre 2015, puis en janvier, mars et août 2016. Durant l’instance, dix experts et cinq témoins de l’industrie ont présenté des éléments de preuve à la Commission.

[13] Les EDR et les sociétés de gestion ont également demandé que soit homologué un tarif provisoire, selon lequel les modalités du Tarif pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, 2009–2013 [*Tarif pour la retransmission de signaux de télévision, 2009-2013*, (2013) *Gaz. C. I*, suppl. (30 novembre 2013)] récemment homologué continueraient de s’appliquer, en attendant que la Commission rende sa décision définitive. Dans une décision provisoire rendue le 19 décembre 2013, la Commission a fait droit à cette demande. Elle a déterminé que le tarif pour la retransmission des signaux de télévision de 2009–2013 continuerait de s’appliquer, à moins d’être modifié, jusqu’à ce qu’un tarif définitif soit homologué pour les années 2014 à 2018.

[14] Dans le cadre d’une instance tarifaire, la Commission doit fixer le montant des redevances que chaque retransmetteur doit payer aux sociétés de gestion (le montant). Elle doit également déterminer comment le montant total des redevances sera réparti entre les sociétés de gestion (la répartition). En l’espèce, à la demande des sociétés de gestion, la Commission a examiné ces deux questions séparément. En réalité, l’audience devant la Commission a porté exclusivement sur le montant des redevances, la question de la répartition devant être tranchée ultérieurement.

[15] As previously mentioned, the Collectives' proposed rates for the years 2014–2018 initially ranged from \$1.06 to \$1.38. After the exchange of interrogatories, the Collectives proposed in May 2015 a further increase of the retransmission royalty rate to \$2.00 per subscriber per month for 2014, with an annual adjustment factor of 4.4 percent for the years 2015 through 2018 (leading to a monthly rate of \$2.38 for 2018). The Collectives justified these higher rates by relying on the new information that was not previously available to them, showing the significant changes that occurred in the industry since the early 1990s. For instance, they referred to the significant increase in the number of distant signals retransmitted by BDUs, the increased value of these distant signals, and the new feature of time shifting allowing distant signals to duplicate local signals from a different time zone. Needless to say, the BDUs disputed the significance of these changes.

[16] In the course of the hearing, the BDUs and the Collectives presented the Board with extensive written and oral evidence, and counsel for both sides made detailed written and oral submissions. The Collectives and the BDUs jointly commissioned a study to provide information on the average number of distant signals per residential subscriber from 2004 to 2014. As for the expert economist witnesses, their general approach was to use the market-based amounts paid by BDUs for permission to distribute various U.S. and Canadian specialty television services as a “proxy” for estimating the value of distant television signals. On that basis, they opined on the royalty rates that BDUs should pay to the Collectives for the retransmission of those distant signals.

[17] Following the conclusion of the hearing, the Collectives requested, without objection from the BDUs, that a decision with respect to the quantum be issued as soon as possible. A decision on the quantum, the Collectives argued, might prove helpful in negotiating the remaining allocation issues, in addition to alleviating

[15] Comme je l'ai mentionné plus haut, les taux initialement proposés par les sociétés de gestion pour la période de 2014 à 2018 allaient de 1,06 \$ à 1,38 \$. À la suite de l'échange de demandes de renseignements, les sociétés de gestion ont proposé, en mai 2015, que le taux des redevances pour la retransmission soit augmenté à 2 \$ par abonné par mois pour l'année 2014, et qu'un facteur d'ajustement annuel de 4,4 p. 100 s'applique par la suite aux années 2015 à 2018 (portant ainsi le taux mensuel à 2,38 \$ pour 2018). Les sociétés de gestion ont justifié ces augmentations en invoquant de nouveaux renseignements qui ne leur avaient pas été communiqués avant et qui montraient les changements importants s'étant produits au sein de l'industrie depuis le début des années 1990. Elles ont notamment souligné la hausse importante du nombre de signaux éloignés retransmis par les EDR, la valeur accrue de ces signaux éloignés ainsi que la nouvelle fonction de décalage grâce à laquelle les signaux éloignés peuvent reproduire des signaux locaux à partir d'un fuseau horaire différent. Il va sans dire que les EDR ont contesté l'importance de ces changements.

[16] Durant l'audience, les EDR et les sociétés de gestion ont présenté à la Commission de nombreux éléments de preuve écrits et oraux, et les avocats des deux parties ont présenté des observations écrites et orales détaillées. Les sociétés de gestion et les EDR ont aussi commandé une étude conjointe visant à recueillir des renseignements sur le nombre moyen de signaux éloignés par abonné résidentiel, de 2004 à 2014. L'approche générale préconisée par les économistes experts appelés à témoigner consistait à estimer la valeur des signaux éloignés de télévision en utilisant comme « point de référence » des sommes fondées sur les prix du marché que les EDR devaient payer pour obtenir l'autorisation de distribuer divers services de télévision spécialisés américains et canadiens. Sur ce fondement, ces experts se sont prononcés sur les taux de redevances que les EDR devraient verser aux sociétés de gestion pour la retransmission de ces signaux éloignés.

[17] Au terme de l'audience, les sociétés de gestion ont demandé que la décision sur le montant soit rendue le plus tôt possible, et les EDR ne s'y sont pas opposées. Les sociétés de gestion ont fait valoir qu'une décision sur le montant pourrait faciliter les négociations sur les questions qui restaient à régler relativement à la

the burden of maintaining significant monetary reserves and/or holding back on the distribution of royalties.

[18] On December 18, 2018, the Board released its decision, without reasons, in respect of the quantum of the Tariff, 2014–2018. The Board noted that the certification of the Tariff as approved pursuant to section 73 of the Act would only follow the determination of the allocation. The royalty rates were set as per the following table:

Number of premises	2014	2015	2016-2018
Up to 1,500	0.49	0.57	0.60
1,501–2,000	0.54	0.62	0.65
2,001–2,500	0.60	0.68	0.71
2,501–3,000	0.66	0.74	0.77
3,001–3,500	0.71	0.79	0.82
3,501–4,000	0.77	0.85	0.88
4,001–4,500	0.83	0.91	0.94
4,501–5,000	0.89	0.97	1.00
5,001–5,500	0.94	1.02	1.05
5,501–6,000	1.00	1.08	1.11
6,000+	1.06	1.14	1.17

[19] On January 31, 2019, the Board was informed that an agreement on the allocation among all of the Collectives had been reached.

[20] The reasons of the Board, which I detail below, were released on August 2, 2019. While the reasons cover both the quantum and the allocation of royalties, I only discuss the Board’s treatment of the former since the latter, as acknowledged by the parties, is not at issue.

## II. The decision below

[21] After having reviewed the evidence submitted by the parties, the Board first considered the Act’s legal framework with respect to the retransmission regime and dealt with a few legal issues that are of no bearing for the

répartition et qu’elle pourrait également alléger le fardeau lié au maintien d’importantes réserves financières ou au report de la remise des redevances.

[18] Le 18 décembre 2018, la Commission a rendu sa décision, sans motifs, concernant les montants du tarif pour 2014 à 2018. La Commission a indiqué qu’il y aurait homologation du tarif, en application de l’article 73 de la Loi, uniquement après qu’aurait été rendue la décision sur la répartition. Les taux de redevances ont été fixés conformément au tableau qui suit :

Nombre de locaux	2014	2015	2016-2018
Jusqu’à 1 500	0,49	0,57	0,60
1 501 à 2 000	0,54	0,62	0,65
2 001 à 2 500	0,60	0,68	0,71
2 501 à 3 000	0,66	0,74	0,77
3 001 à 3 500	0,71	0,79	0,82
3 501 à 4 000	0,77	0,85	0,88
4 001 à 4 500	0,83	0,91	0,94
4 501 à 5 000	0,89	0,97	1,00
5 001 à 5 500	0,94	1,02	1,05
5 501 à 6 000	1,00	1,08	1,11
Plus de 6 000	1,06	1,14	1,17

[19] Le 31 janvier 2019, la Commission a été informée que les sociétés de gestion avaient conclu une entente quant à la répartition.

[20] Les motifs de la Commission, que j’examine en détail ci-après, ont été publiés le 2 août 2019. Bien que ces motifs portent à la fois sur le montant et la répartition des redevances, je n’examinerai que la manière dont la Commission a déterminé le montant des redevances, car, comme l’ont reconnu les parties, la répartition n’est pas en litige.

## II. La décision de l’instance inférieure

[21] Après avoir examiné les éléments de preuve présentés par les parties, la Commission s’est d’abord penchée sur le cadre législatif concernant le régime de retransmission, puis sur quelques questions de droit

resolution of this application for judicial review. It is the economic analysis that is at the heart of this litigation.

[22] Three methodologies were presented to the Board to set tariffs for the retransmission of distant signals: the proxy approach, the trend-analysis approach, and the direct-market approach. Both the BDUs and the Collectives agree that the Board appropriately adopted a comparative services “proxy” methodology in order to value distant signals.

[23] Different proxy approaches were proposed by the Collectives’ expert Professor Church and the BDUs’ expert Dr. Chipty. The Board characterized its chosen proxy approach as an “amalgam” between the views of these experts (Reasons, at paragraph 418). Adjustments to their respective methodologies and assumptions were applied, the Board noted, in order to “yield[] the fair and equitable price” (Reasons, at paragraph 418). The Board did this in a series of steps.

[24] First, the Board constructed a proxy for distant signals which, in its words, “adequately resembles the content of Canadian distant signals, and at the same time, ensures that the price of the proxy is the result of a competitive market” (Reasons, at paragraph 420). The Board found that the royalties to retransmit programming on distant over-the-air signals should be based on the amounts paid by BDUs to Canadian and U.S. specialty television services to retransmit programming. To this end, the Board considered the 24 U.S. speciality services proposed by Professor Church, and the 47 Canadian category B speciality services proposed by Dr. Chipty. From this set of speciality services, the Board first excluded vertically-integrated Canadian category B speciality services, holding that “the price of a proxy including these services may not resemble a competitive market price” (Reasons, at paragraph 421). The Board also excluded certain U.S. speciality services whose content greatly differed from distant signal content (Reasons, at paragraph 421). The Board finally selected

n’ayant aucune incidence sur l’issue de la présente demande de contrôle judiciaire. C’est l’analyse économique qui est au cœur du présent litige.

[22] La Commission s’est fait présenter trois méthodes d’établissement des tarifs pour la retransmission de signaux éloignés : l’approche fondée sur un point de référence, l’approche fondée sur l’analyse des tendances et l’approche fondée sur le marché. Les EDR et les sociétés de gestion conviennent qu’il était justifié pour la Commission d’adopter une méthode de comparaison fondée sur un « point de référence » pour déterminer la valeur des signaux éloignés.

[23] L’expert des sociétés de gestion, M. Church, et l’experte des EDR, M<sup>me</sup> Chipty, ont proposé différentes approches fondées sur un point de référence. La Commission a qualifié sa propre approche fondée sur un point de référence d’« amalgame » entre les vues de ces experts (motifs, au paragraphe 418). La Commission a précisé que des ajustements avaient été apportés aux méthodes et hypothèses respectives de ces experts afin de « fixer un prix juste et équitable » (motifs, au paragraphe 418). Pour ce faire, la Commission a procédé en plusieurs étapes.

[24] Premièrement, la Commission a constitué un groupe de référence dont le contenu, selon ses propres termes, « ressemble à celui des signaux éloignés canadiens et qui, en même temps, assure un prix reflétant celui d’un marché concurrentiel » (motifs, au paragraphe 420). La Commission a conclu que les redevances à payer pour la retransmission d’émissions diffusées par des signaux éloignés devraient être fondées sur les prix payés par les EDR aux fournisseurs de services de télévision spécialisés canadiens et américains pour la retransmission d’émissions. À cette fin, la Commission a pris en considération les 24 services spécialisés américains proposés par M. Church et les 47 services spécialisés canadiens de catégorie B proposés par M<sup>me</sup> Chipty. De ce groupe de services spécialisés, la Commission a d’abord exclu les services spécialisés canadiens de catégorie B qui sont intégrés verticalement, en faisant observer que « le prix d’un groupe de référence comprenant de tels services pourrait ne pas correspondre au prix dans un marché concurrentiel » (motifs, au paragraphe 421).



a subset of the remaining services in order to obtain “a proxy that most closely resembles the genre distribution of distant signals” (Reasons, at paragraph 422). The Board’s choice landed on 20 U.S. speciality services and three Canadian “category B” speciality services (Reasons, at paragraph 424).

[25] Second, the Board calculated the total monthly payments made by four English-Canadian BDUs to the proxy services (Reasons, at paragraph 425). The four BDUs were chosen for the completeness of their payment information. The amount of \$21,187,297 was obtained by multiplying the per subscriber rate for each service by the number of the four BDUs’ subscribers who actually subscribed to the service.

[26] Third, the Board divided the total monthly payments (\$21,187,297) by the number of all of the four BDUs’ subscribers (8,078,000), rather than the number of the four BDUs’ subscribers who actually subscribed to the services (Reasons, at paragraph 426). This yielded an average proxy price of \$2.62 per subscriber per month. This approach constituted a “penetration adjustment”, as it effectively assumed that, if the proxy services were distributed to all BDUs’ subscribers (like distant signals), it would be without any increase in the total amounts paid to them by the BDUs.

[27] Fourth, the Board applied a series of downward adjustments to the initial proxy price for it to reflect the price of distant signals (Reasons, at paragraph 427). These adjustments can be summarized as follows:

- (a) “Cost of programming” adjustment: The Board held that the tariff should only apply to the programming portion of the proxy price, and proceeded to isolate the cost of programming (Reasons, at

La Commission a également exclu certains services spécialisés américains dont le contenu était très différent de celui des signaux éloignés (motifs, au paragraphe 421). Enfin, la Commission a choisi, parmi les services restants, un sous-groupe qui lui permettait d’obtenir « un groupe de référence dont les genres ressemblent le plus à ceux des signaux éloignés » (motifs, au paragraphe 422). La Commission a arrêté son choix sur 20 services spécialisés américains et trois services spécialisés canadiens « de catégorie B » (motifs, au paragraphe 424).

[25] Deuxièmement, la Commission a calculé les paiements mensuels totaux effectués par quatre EDR anglo-canadiennes pour des services du groupe de référence (motifs, au paragraphe 425). Les quatre EDR ont été choisies en raison du caractère exhaustif des renseignements qu’elles ont fournis sur leurs paiements. Le montant de 21 187 297 \$ a été obtenu en multipliant le taux de chaque service par abonné par le nombre d’abonnés de ces quatre EDR qui étaient réellement abonnés au service visé.

[26] Troisièmement, la Commission a divisé le montant total des paiements mensuels (21 187 297 \$) par le nombre total d’abonnés de ces quatre EDR (8 078 000), plutôt que par le nombre d’abonnés des quatre EDR qui étaient réellement abonnés aux services en question (motifs, au paragraphe 426). Elle a ainsi obtenu un prix moyen de 2,62 \$ par abonné par mois, pour le groupe de référence. Cette approche se voulait un « ajustement en fonction de la pénétration du marché », car il y est présumé qu’en réalité, si les services du groupe de référence étaient distribués à l’ensemble des abonnés des EDR (comme les signaux éloignés), cela se ferait sans qu’il y ait augmentation du montant total versé par les EDR.

[27] Quatrièmement, la Commission a appliqué une série d’ajustements à la baisse au prix initial du groupe de référence afin qu’il représente le prix des signaux éloignés (motifs, au paragraphe 427). Ces ajustements peuvent se résumer ainsi :

- a) Ajustement en fonction du « coût des émissions diffusées » : La Commission a conclu que le tarif ne devrait s’appliquer qu’à la portion du prix du groupe de référence qui était attribuable à la

paragraph 428). It first applied a 25 percent adjustment factor to exclude the average profit margin of all of the proxy services, whether U.S. or Canadian based (Reasons, at paragraph 430). It further applied a 10 percent adjustment factor to exclude input and overhead costs (Reasons, at paragraph 431). As a result, the proxy price went from \$2.62 to \$1.70.

- (b) “Market power” adjustment: The Board reasoned that certain proxy services, targeting very specific audiences in “niche” markets, exercise greater market power than more general channels (Reasons, at paragraphs 432–433). To account for this disparity, the Board applied the same 25 percent adjustment factor it had used in its 1990 Decision (Reasons, at paragraph 434). Despite recognizing that two changes in the speciality services market had occurred since 1990 (an increase in number and a higher degree of program specialization), the Board assumed that the effects of these changes cancelled out (Reasons, at paragraph 435). This market power adjustment reduced the proxy price from \$1.70 to \$1.28.
- (c) “Program substitutability” adjustment: The Board held that distant signal programs tend to be substituted, by way of alternate viewing sources, more than specialty services programs (Reasons, at paragraph 437). The value of distant signals, therefore, decreases more than does the value of speciality services (Reasons, at paragraph 438). In fixing an adjustment factor, the Board relied on the data detailing the use of personal video recorders (PVR) and “over-the-top” (OTT) services. In the Board’s view, an adjustment factor of 16.5 percent, modelled after the PVR and OTT services’ combined percentage of use, “would
- diffusion d’émissions; elle a donc cherché à isoler le coût des émissions diffusées (motifs, au paragraphe 428). Elle a d’abord appliqué un facteur d’ajustement de 25 p. 100 pour exclure la marge de profit moyenne de tous les services du groupe de référence, qu’ils soient américains ou canadiens (motifs, au paragraphe 430). Elle a ensuite appliqué un facteur d’ajustement de 10 p. 100 pour exclure les coûts d’exploitation et les coûts indirects (motifs, au paragraphe 431). Le prix du groupe de référence est ainsi passé de 2,62 \$ à 1,70 \$.
- b) Ajustement en fonction du « pouvoir de marché » : La Commission a estimé que certains services du groupe de référence, qui s’adressent à des auditoires très précis dans des « créneaux » du marché, exercent un plus grand pouvoir de marché que les chaînes plus générales (motifs, aux paragraphes 432 et 433). Pour tenir compte de cette disparité, la Commission a appliqué le même facteur d’ajustement de 25 p. 100 qu’elle avait utilisé dans sa décision de 1990 (motifs, au paragraphe 434). Tout en reconnaissant que deux changements touchant le marché des services spécialisés s’étaient produits depuis 1990 (augmentation du nombre de services spécialisés et du degré de spécialisation des émissions), la Commission a présumé que les effets de ces changements s’annulaient (motifs, au paragraphe 435). Cet ajustement en fonction du pouvoir de marché a réduit le prix du groupe de référence de 1,70 \$ à 1,28 \$.
- c) Ajustement en fonction des « possibilités de substitution » : La Commission a conclu que les émissions diffusées sur des signaux éloignés ont davantage tendance à être substituées, au moyen d’autres sources de visionnement, que celles diffusées par les services spécialisés (motifs, au paragraphe 437). La valeur des signaux éloignés diminue donc davantage que celle des services spécialisés (motifs, au paragraphe 438). Pour déterminer le facteur d’ajustement, la Commission s’est fondée sur des données décrivant en détail l’utilisation d’enregistreurs numériques personnels (ENP) et de services « par contournement ».

[have] overestimate[d] the true impact of alternative viewing opportunities” (Reasons, at paragraph 442). The Board divided the figure by half, resulting in the application of an 8.25 percent adjustment factor. The proxy price of \$1.28 was thereby reduced to \$1.17 (Reasons, at paragraph 443).

[28] The Board declined to make any other adjustments for which it was unable to obtain an estimate due to the lack of reliable evidence. For example, the Board refused to make an adjustment to the price of the proxy based on relative viewing of distant signals to the speciality channels contained in the proxy, and did not consider whether similar genres on the speciality services and distant signals have similar values to subscribers. The Board similarly refused to take into account the potential disparity of bargaining power between the BDUs and the Collectives, and also assumed that payments for the same service from different BDUs should roughly be the same (Reasons, at paragraphs 446–450).

[29] As a result, the Board found that the royalty rate of \$1.17 per subscriber per month, to be paid by large BDUs, could have been reasonable for the year 2014 (Reasons, at paragraph 451). The same could have been said for the years 2015–2018, since inflation and possible declines in viewership would likely offset each other (Reasons, at paragraphs 452–453).

[30] However, the Board held that it was “not prepared to approve a tariff in excess of the amounts initially proposed by the Collectives” (Reasons, at paragraph 451). In keeping with this approach, the Board capped the royalty rates for 2014 and 2015 at the levels originally proposed by the Collectives, respectively \$1.06 and \$1.14 (Reasons, at paragraphs 451 and 453). For the years 2016–2018, the originally proposed rates were not lower, but higher than \$1.17, and thus the Board approved this figure (Reasons, at paragraph 453).

De l’avis de la Commission, un facteur d’ajustement de 16,5 p. 100, basé sur le pourcentage combiné d’utilisation des ENP et des services par contournement, aurait « constitu[é] une surestimation de l’impact réel des possibilités de substitution » (motifs, au paragraphe 442). La Commission a donc réduit ce facteur de moitié et appliqué un facteur d’ajustement de 8,25 p. 100. Le prix du groupe de référence, qui était de 1,28 \$, a ainsi été ramené à 1,17 \$ (motifs, au paragraphe 443).

[28] La Commission a refusé d’effectuer d’autres ajustements, car il lui était impossible d’obtenir une estimation faite d’éléments de preuve fiables. La Commission a notamment refusé d’ajuster le prix du groupe de référence en fonction du ratio d’écoute des signaux éloignés par rapport aux chaînes spécialisées contenues dans le groupe de référence, et elle n’a pas cherché non plus à déterminer si des genres similaires diffusés par les services spécialisés et sur les signaux éloignés avaient une valeur comparable pour les abonnés. De même, la Commission a refusé de tenir compte de la disparité potentielle entre le pouvoir de négociation des EDR et celui des sociétés de gestion et a présumé que différentes EDR devraient essentiellement payer le même montant pour un même service (motifs, aux paragraphes 446 à 450).

[29] La Commission a donc conclu qu’un taux de redevances de 1,17 \$ par abonné par mois, exigible des grandes EDR, aurait été raisonnable pour l’année 2014 (motifs, au paragraphe 451). Elle aurait pu tirer la même conclusion pour les années 2015 à 2018, puisque les effets de l’inflation et ceux de la baisse possible du nombre de téléspectateurs se seraient sans doute annulés réciproquement (motifs, au paragraphes 452 et 453).

[30] Toutefois, la Commission a conclu qu’elle n’était « pas prêt[e] à homologuer un tarif dont les montants sont supérieurs à ceux qu’ont proposés initialement les sociétés de gestion » (motifs, au paragraphe 451). En conformité avec cette approche, la Commission a plafonné les taux de redevances pour 2014 et 2015 aux niveaux initialement proposés par les sociétés de gestion, les fixant à 1,06 \$ et à 1,14 \$, respectivement (motifs, aux paragraphes 451 et 453). Quant aux années 2016 à 2018, les taux initialement proposés n’étaient pas inférieurs,

mais supérieurs à 1,17 \$, alors et c'est ce taux que la Commission a homologué (motifs, au paragraphe 453).

### III. Issues

[31] The application for judicial review brought by the BDUs (A-45-19) raises three questions, which can be reformulated as follows:

- (1) Did the Board err in failing to make an adjustment for simultaneous substitution?
- (2) Did the Board err in failing to make an adjustment for relative viewing?
- (3) Did the Board err in its determination of the appropriate program substitutability adjustment?

[32] The Collectives' application for judicial review (A-47-19), on the other hand, raises five questions which I have restated as follows:

- (1) Did the Board use an incomplete and superseded version of the payment data in its calculations?
- (2) Did the Board use the wrong profit margin figure in its calculations?
- (3) Did the Board err in applying an adjustment for input and overhead costs without evidence?
- (4) Did the Board err in applying a market power adjustment without evidence?
- (5) Did the Board fail to properly apply the principles of procedural fairness in capping the 2014 and 2015 royalty rates?

### III. Les questions en litige

[31] La demande de contrôle judiciaire présentée par les EDR (A-45-19) soulève trois questions, qui peuvent être reformulées ainsi :

- 1) La Commission a-t-elle commis une erreur en omettant d'ajuster le prix pour tenir compte de la substitution simultanée?
- 2) La Commission a-t-elle commis une erreur en omettant d'ajuster le prix pour tenir compte de l'écoute relative?
- 3) La Commission a-t-elle commis une erreur dans son calcul de l'ajustement requis pour tenir compte des possibilités de substitution?

[32] La demande de contrôle judiciaire des sociétés de gestion (A-47-19) soulève pour sa part cinq questions, que j'ai reformulées ainsi :

- 1) La Commission a-t-elle utilisé une version incomplète et obsolète des données sur les paiements dans ses calculs?
- 2) La Commission a-t-elle utilisé la mauvaise marge de profit dans ses calculs?
- 3) La Commission a-t-elle commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction des coûts d'exploitation et des coûts indirects?
- 4) La Commission a-t-elle commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du pouvoir de marché?
- 5) La Commission a-t-elle manqué aux principes d'équité procédurale en plafonnant les taux de redevances pour les années 2014 et 2015?

IV. Standard of review

[33] There is no issue between the parties that the Board’s royalty-setting decisions involve questions of mixed fact and law that should be reviewed on the reasonableness standard on applications for judicial review. As this Court stated in *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91 (*Re:Sound*), such decisions are suffused with subjective judgment calls, policy considerations and regulatory experience, and courts are not in the best position to opine on policy issues involving public interest and economic aspects. The following statement is as apposite here as it was in that case [at paragraph 50]:

A decision about the quantum of “equitable remuneration”, such as the one in this case, is not a simple one, arrived at by processing information objectively and logically against fixed, legal criteria. Rather, it is a complex, multifaceted decision involving sensitive weighings of information, impressions and indications using criteria that may shift and be weighed differently from time to time depending upon changing and evolving circumstances. Accordingly, the Board’s decision on such an issue is [relatively unconstrained]....

[34] The amendments that have been made to the Act following that decision and the decision of the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*) are of no impact on the applicable standard of review in the case at bar. Subsection 70(1) of the Act, much like paragraph 68(2)(b) at issue in *Re:Sound*, still instructs the Board to approve the Proposed Tariff after making any alterations “that the Board considers appropriate”. As for *Vavilov*, it made no change to the existing law in this respect; if anything, it reinforced the presumption that reasonableness is the default standard of review and this case clearly does not fall into one of the few exceptions where correctness should apply: see *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors*

IV. La norme de contrôle

[33] Les parties reconnaissent que les décisions de la Commission concernant l’établissement des redevances soulèvent des questions mixtes de fait et de droit susceptibles de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable. Comme notre Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138, [2016] A.C.F. n° 446 (QL) (*Ré:Sonne*), de telles décisions sont empreintes d’éléments subjectifs, de considérations de politique et d’expériences de réglementation, et les tribunaux ne sont pas les mieux placés pour formuler des opinions sur des questions de politique comportant des considérations d’intérêt public et économique. La déclaration suivante est aussi à propos en l’espèce qu’elle l’était dans cette affaire [au paragraphe 50] :

Une décision concernant le montant de la « rémunération équitable » comme celle en cause en l’espèce n’est pas simple, et il ne suffit pas de trier l’information objectivement et logiquement selon des critères juridiques fixes pour y arriver. Il s’agit plutôt d’une décision complexe comportant de multiples aspects pour laquelle il faut apprécier avec finesse les renseignements, les impressions et les indications en suivant des critères qui peuvent évoluer et être appréciés différemment de temps à autre selon les circonstances changeantes et en évolution. Par conséquent, la Commission doit jouir d’une [...] latitude [relativement dépourvue de contraintes] pour rendre sa décision sur une telle question.

[34] Les modifications qui ont été apportées à la Loi après qu’ont été rendus cette décision et l’arrêt de la Cour suprême *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, [2019] A.C.S. n° 65 (QL) (*Vavilov*), n’ont aucune incidence sur la norme de contrôle à appliquer en l’espèce. Le paragraphe 70(1) de la Loi, tout comme l’alinéa 68(2)b) en cause dans l’arrêt *Ré:Sonne*, indique toujours que la Commission peut homologuer le projet de tarif après avoir apporté les modifications « qu’elle estime appropriées ». Quant à l’arrêt *Vavilov*, il n’a modifié en rien le droit en vigueur à cet égard; de fait, il est plutôt venu renforcer la présomption que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle par défaut, et la présente affaire ne s’inscrit manifestement pas dans l’une des quelques exceptions où c’est la norme de la décision

and *Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, at paragraphs 14–21; *CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.*, 2020 FCA 101 (*CMRRA-SODRAC*), at paragraphs 4–7.

[35] For a decision to be considered reasonable, it must be “based on an internally coherent and rational chain of analysis” and “justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at paragraph 85). Accordingly, a reviewing court must refrain from deciding the issue itself, or seek to determine what would have been the correct solution to the problem (*Vavilov*, at paragraph 83). This is particularly the case when the enabling statute confers on a decision maker a broad policy mandate with an unconstrained range of options to choose from. This is not to say that a reviewing court should not intervene when the challenged decision exemplifies a failure of rationality internal to the reasoning process, or where there is no line of analysis that could reasonably lead the tribunal from the evidence in the record to the conclusion it reached. But this is not a conclusion to be arrived at lightly, as *Vavilov* instructs [at paragraph 100]:

The burden is on the party challenging the decision to show that it is unreasonable. Before a decision can be set aside on this basis, the reviewing court must be satisfied that there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency. Any alleged flaws or shortcomings must be more than merely superficial or peripheral to the merits of the decision. It would be improper for a reviewing court to overturn an administrative decision simply because its reasoning exhibits a minor misstep. Instead, the court must be satisfied that any shortcomings or flaws relied on by the party challenging the decision are sufficiently central or significant to render the decision unreasonable.

[36] As for the allegation by the Collectives that the Board improperly applied procedural fairness in capping the royalty rates for 2014–2015, it must be reviewed on the correctness standard. For a discussion on the application of the correctness standard to

correcte qui doit s’appliquer : voir *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, aux paragraphes 14 à 21; *CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*, 2020 CAF 101 (*CMRRA-SODRAC*), aux paragraphes 4 à 7.

[35] Pour être jugée raisonnable, la décision doit être « fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » et être « justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Par conséquent, la cour de révision doit s’abstenir de trancher elle-même la question en litige ou de chercher à déterminer la solution correcte au problème (*Vavilov*, au paragraphe 83). C’est particulièrement le cas lorsque la loi habilitante confère au décideur un vaste mandat en matière de politiques administratives et qu’aucune contrainte ne limite les options qui s’offrent au décideur. Cela ne signifie pas que la cour de révision ne devrait pas intervenir lorsque la décision contestée témoigne d’un raisonnement intrinsèquement irrationnel ou qu’aucun mode d’analyse ne pourrait raisonnablement amener le tribunal à conclure comme il l’a fait au vu de la preuve au dossier. Pareille conclusion ne doit toutefois pas être formulée à la légère, comme l’enseigne l’arrêt *Vavilov* [au paragraphe 100] :

Il incombe à la partie qui conteste la décision d’en démontrer le caractère déraisonnable. Avant de pouvoir infirmer la décision pour ce motif, la cour de révision doit être convaincue qu’elle souffre de lacunes graves à un point tel qu’on ne peut pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence. Les lacunes ou insuffisances reprochées ne doivent pas être simplement superficielles ou accessoires par rapport au fond de la décision. Il ne conviendrait pas que la cour de révision infirme une décision administrative pour la simple raison que son raisonnement est entaché d’une erreur mineure. La cour de justice doit plutôt être convaincue que la lacune ou la déficience qu’invoque la partie contestant la décision est suffisamment capitale ou importante pour rendre cette dernière déraisonnable.

[36] Quant à l’allégation des sociétés de gestion selon laquelle la Commission a manqué à ses obligations d’équité procédurale en plafonnant les taux de redevances pour 2014 et 2015, elle doit être examinée au regard de la norme de la décision correcte. Pour une

procedural fairness issues, in the post-*Vavilov* era, see: *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35. See also, in an analogous context of the private copying regime: *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 FCA 424, [2005] 2 F.C.R. 654 (CPCC), at paragraph 172.

## V. Analysis

### A. *A-45-19*

- (1) Did the Board err in failing to make an adjustment for simultaneous substitution?

[37] Simultaneous substitution has been part of the Canadian broadcasting landscape for many years, and refers to the process whereby Canadian broadcasters can request that their signals be simultaneously substituted for a distant signal programming (usually an American channel) when they are broadcasting a similar program at the same time. In these instances, viewers may be tuned to the distant signal channel, but they are in effect watching a simultaneously substituted program (including the advertising embedded in that programming) from a local signal. This practice, which is required or authorized pursuant to paragraph 7(a) of the *Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555 and the *Simultaneous Programming Service Deletion and Substitution Regulations*, SOR/2015-240, is meant to protect Canadian broadcasters who have bought programs from American producers, and to keep advertising dollars in the Canadian market.

[38] The BDUs contend that the Board's failure to make an adjustment for simultaneous substitution is unreasonable in two respects. First, the Board purportedly erred by departing from past decisions, in which adjustments for simultaneous substitution has been applied, without providing reasons. In advancing this

discussion de l'application de la norme de la décision correcte aux questions d'équité procédurale dans l'ère post-*Vavilov*, voir *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35. Voir également, dans le contexte analogue du régime de copie pour usage privé : *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*, 2004 CAF 424, [2005] 2 R.C.F. 654 (SCPCP), au paragraphe 172.

## V. Discussion

### A. *A-45-19*

- 1) La Commission a-t-elle commis une erreur en omettant d'ajuster le prix pour tenir compte de la substitution simultanée?

[37] La substitution simultanée fait partie du paysage de la radiodiffusion canadienne depuis de nombreuses années. Le terme s'entend du processus par lequel des radiodiffuseurs canadiens peuvent demander que leurs signaux se substituent simultanément à ceux d'une émission diffusée par des signaux éloignés (habituellement ceux d'une chaîne américaine), lorsqu'ils diffusent en même temps une émission semblable. En pareilles circonstances, les téléspectateurs peuvent syntoniser la chaîne du signal éloigné alors que, dans les faits, ils regardent une émission substituée en simultané (y compris la publicité diffusée durant cette émission) à partir d'un signal local. Cette pratique, qui est exigée ou autorisée au titre de l'alinéa 7a) du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, et du *Règlement sur le retrait et la substitution simultanée de services de programmation*, DORS/2015-240, vise à protéger les radiodiffuseurs canadiens qui ont acheté des émissions de producteurs américains et à faire en sorte que le marché canadien conserve les revenus publicitaires.

[38] Les EDR font valoir que le défaut de la Commission d'ajuster le prix en fonction de la substitution simultanée est déraisonnable à deux égards. Elles soutiennent premièrement que la Commission a commis une erreur en s'écartant, sans fournir de motifs, de décisions antérieures dans lesquelles des ajustements avaient

argument, the BDUs note that a 20 percent adjustment for simultaneous substitution was applied in the Board's 1990 Decision; the same rate setting principle was applied in its 1993 Decision and was carried through subsequent agreements between the parties. In essence, the BDUs argue that the Board chose not to follow these precedents without providing any justification.

[39] Second, the Board would have further erred by ignoring the “uncontroverted and unequivocal evidence” tendered by the parties on simultaneous substitution. On this point, the BDUs emphasize that the approaches of Dr. Chipty (an expert for the BDUs) and Dr. Wall (an expert for the Collectives) both included, albeit in a different manner, an adjustment for simultaneous substitution.

[40] The Collectives counter that neither side argued for the application of a “stand-alone” simultaneous substitution adjustment. The Collectives submit that the only proposed use of simultaneous substitution information, which came from Dr. Chipty, was narrowly construed. This information's sole purpose would have been to refine Dr. Chipty's set-top box data, and to determine the true amount of distant signal viewing that it comprised. The approach of Dr. Wall, on the other hand, did not even call for the use of a separate simultaneous substitution adjustment. Under Dr. Wall's approach, the proxy price first established in the 1990 Decision was understood as a “given” which ought to be updated, without any particular reference to simultaneous substitution. In brief, upon dismissing Dr. Chipty's set-top box data as biased and unrepresentative, the Board discredited the only viewing data set for which simultaneous substitution could have been relevant.

été apportés pour tenir compte de la substitution simultanée. Dans leurs observations à ce sujet, les EDR notent que la Commission avait appliqué un ajustement de 20 p. 100 pour tenir compte de la substitution simultanée dans sa décision de 1990, qu'elle avait appliqué le même principe de fixation des taux dans sa décision de 1993 et que ce principe avait été appliqué dans des ententes subséquentes entre les parties. Les EDR font essentiellement valoir que la Commission a choisi de ne pas suivre ces précédents, sans fournir de justification.

[39] Deuxièmement, la Commission aurait commis une autre erreur en faisant abstraction des [TRADUCTION] « éléments de preuve non contredits et sans équivoque » présentés par les parties relativement à la substitution simultanée. Sur ce point, les EDR insistent sur le fait que les approches proposées par M<sup>me</sup> Chipty (une experte pour les EDR) et M. Wall (un expert pour les sociétés de gestion) prévoyaient toutes les deux, bien que d'une manière différente, un ajustement en fonction de la substitution simultanée.

[40] Les sociétés de gestion rétorquent qu'aucune partie n'a demandé l'application d'un ajustement [TRADUCTION] « indépendant » servant à tenir compte de la substitution simultanée. Elles font valoir que la seule utilisation des renseignements sur la substitution simultanée, laquelle a été proposée par M<sup>me</sup> Chipty, a été interprétée d'une manière restrictive. Ces renseignements auraient eu pour seul but d'améliorer les données provenant de boîtiers décodeurs fournies par M<sup>me</sup> Chipty et de déterminer la véritable part d'écoute des signaux éloignés que ces données représentaient. L'approche de M. Wall, en revanche, ne prévoyait même pas l'utilisation d'un ajustement distinct pour la substitution simultanée. Selon l'approche de M. Wall, le prix du groupe de référence initialement établi dans la décision de 1990 constituait un prix [TRADUCTION] « donné » qui devait être mis à jour, sans qu'il soit fait mention de substitution simultanée. En résumé, en rejetant les données provenant de boîtiers décodeurs de M<sup>me</sup> Chipty, en les qualifiant de faussées et de non représentatives, la Commission a discrédité le seul ensemble de données sur l'écoute qui aurait pu être utile à l'évaluation de la substitution simultanée.



[41] The Collectives add that no prior decisions of the Board stand for the application of a “stand-alone” simultaneous substitution adjustment in the present context, where the Board chose a different proxy methodology than the one employed in its 1990 Decision. In any event, the Board is not bound by its prior decisions.

[42] Having carefully considered the evidence that was before the Board and given appropriate consideration to the parties’ submissions, I am of the view that the BDUs’ argument calling for the application of a separate, stand-alone simultaneous substitution adjustment, is without merit.

[43] First of all, it need not be repeated that the Board is not bound by its prior decisions and that *stare decisis* does not apply to administrative decision making: *Vavilov*, at paragraph 129. Of course, a decision maker that does depart from past practices or longstanding practices bears the burden of explaining why it is doing so, because those affected by a tribunal’s decision are entitled to expect that like cases will be treated alike: *Vavilov*, at paragraph 131. In the case at bar, however, there was no precedent requiring the application of a stand-alone simultaneous substitution adjustment whatever the context and irrespective of the methodology adopted by the Board.

[44] In its 1990 Decision, the Board used as a starting point the wholesale price for only one speciality service (A&E), and considered that the value of a distant signal should be discounted by 20 percent because programs on distant signals are simultaneously substituted while those on A&E are not. In its latest decision, the Board refused to build on that approach and to use the growth of the price of A&E and the growth of the number of distant signals per subscribers to update the last certified price, as suggested by Dr. Wall. The Board was of the view that A&E, which was a good proxy for distant signals in 1990, could no longer serve as a good proxy for a number of reasons and therefore decided to opt for the amalgam proxy methodology based on

[41] Les sociétés de gestion ajoutent qu’aucune décision antérieure de la Commission ne prévoit l’application d’un ajustement [TRADUCTION] « indépendant » pour la substitution simultanée dans le contexte actuel, où la Commission a choisi une méthode de substitution différente de celle utilisée dans sa décision de 1990. Quoiqu’il en soit, la Commission n’est pas liée par ses décisions antérieures.

[42] Après avoir examiné avec soin les éléments de preuve qui ont été présentés à la Commission et avoir dûment tenu compte des observations des parties, je suis d’avis que les observations des EDR demandant l’application d’un ajustement indépendant et distinct pour la substitution simultanée sont sans fondement.

[43] Premièrement, il n’est guère nécessaire de répéter que la Commission n’est pas liée par ses décisions antérieures et que la règle du *stare decisis* ne s’applique pas aux décisions administratives : *Vavilov*, au paragraphe 129. Certes, il incombe au décideur qui choisit de s’écarter de pratiques antérieures ou de pratiques de longue date d’en expliquer les raisons, car les personnes qui sont touchées par la décision d’un tribunal sont en droit de s’attendre à ce que des affaires semblables soient traitées de la même manière : *Vavilov*, au paragraphe 131. Dans la présente affaire, toutefois, aucun précédent n’exigeait l’application d’un ajustement distinct pour la substitution simultanée, quel que soit le contexte et indépendamment de la méthode utilisée par la Commission.

[44] Dans sa décision de 1990, la Commission a utilisé comme point de départ le prix de gros d’un seul service spécialisé (A&E) et a estimé que la valeur d’un signal éloigné devrait être réduite de 20 p. 100, car les émissions diffusées par signaux éloignés étaient simultanément substituées, tandis que celles d’A&E ne l’étaient pas. Dans sa plus récente décision, la Commission a refusé de s’inspirer de cette approche et d’utiliser la hausse du prix du signal d’A&E et l’augmentation du nombre de signaux éloignés par abonné pour actualiser le dernier prix homologué, comme le proposait M. Wall. La Commission a estimé qu’A&E, qui représentait un bon point de référence pour les signaux éloignés en 1990, n’était plus représentatif pour plusieurs raisons; elle

Dr. Chipty and Professor Church's approaches (Reasons, at paragraphs. 394–398).

[45] In that new context, the Board was not required to explain why it did not apply an adjustment for simultaneous substitution; such an adjustment has never been designed as a stand-alone adjustment but was very much tied to the methodology adopted in 1990. The only obligation of the Board was to consider the evidence before it, to develop a methodology that would result in a fair and equitable tariff, and to explain its reasoning for setting the rates as it did: see *CMRRA-SODRAC*, at paragraph 17. In coming to its conclusion, the Board was entitled to prefer one set of experts and their approaches over others, and that kind of assessment is entitled to considerable deference.

[46] I also agree with the Collectives that the BDUs' argument, calling for the application of a stand-alone simultaneous substitution adjustment, was never formally presented to the Board. Dr. Wall never suggested that simultaneous substitution ought to be used in every proxy model either in his report or during his examination or cross-examination. His first two methods to estimate the value of distant signals do not rely on the use of the total or relative amount of viewing to distant signals, whereas his third method, which is based on an update of the 1990 Decision, does not formally involve the application of a revised simultaneous substitution adjustment. In any event, as previously mentioned, the Board rejected that approach.

[47] As for Dr. Chipty, who was the only one to make explicit use of simultaneous substitution, she narrowly construed it as an aid to the assessment of another type of adjustment—the relative viewing adjustment, to which I will turn next. Dr. Chipty proposed to adjust her initial proxy price by a relative viewing adjustment factor, calculated as the ratio of distant signal viewing

à donc décidé d'opter pour une méthode utilisant un amalgame de références, fondée sur les approches proposées par M<sup>me</sup> Chipty et M. Church (motifs, aux paragraphes 394 à 398).

[45] Vu ce nouveau contexte, la Commission n'était pas tenue d'expliquer pourquoi elle n'a pas appliqué d'ajustement pour la substitution simultanée; ce type d'ajustement n'a jamais été conçu pour servir d'ajustement indépendant, car il était au contraire très largement lié à la méthode adoptée en 1990. La seule obligation dont devait s'acquitter la Commission consistait à examiner les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, de créer une méthode de laquelle résulterait un tarif juste et équitable et d'expliquer le raisonnement qui l'avait amenée à fixer les taux établis : voir *CMRRA-SODRAC*, au paragraphe 17. Pour parvenir à sa conclusion, il était loisible à la Commission de privilégier un groupe d'experts et l'approche proposée par ce groupe, plutôt que d'autres, et ce type d'appréciation commande une grande déférence.

[46] Je conviens également avec les sociétés de gestion que l'observation des EDR à l'appui de l'application d'un ajustement distinct pour la substitution simultanée n'a jamais été officiellement présentée à la Commission. M. Wall n'a jamais affirmé que la substitution simultanée devait être prise en compte dans chaque modèle de référence, que ce soit dans son rapport ou lors de son interrogatoire ou de son contre-interrogatoire. Les deux premières méthodes qu'il a proposées pour estimer la valeur des signaux éloignés n'utilisent pas le nombre total ou relatif d'écoutes de signaux éloignés, alors que sa troisième méthode, qui est fondée sur une mise à jour de la décision de 1990, ne prévoit pas officiellement l'application d'un ajustement révisé pour la substitution simultanée. Quoi qu'il en soit, comme je l'ai mentionné plus haut, la Commission a rejeté cette approche.

[47] Quant à M<sup>me</sup> Chipty, dont l'approche est la seule où est explicitement utilisée la substitution simultanée, elle en a fait une interprétation restrictive, y voyant un outil pour faciliter l'évaluation d'un autre type d'ajustement — l'ajustement pour l'écoute relative, que j'examinerai dans la prochaine section. M<sup>me</sup> Chipty a proposé d'ajuster son prix initial du groupe de référence en

relative to proxy services viewing. The viewing minutes on which Dr. Chipty relied came from set-top box tuning data, which failed to distinguish between (1) viewing to a distant signal; and (2) viewing to a simultaneously substituted local signal on a distant signal channel. To isolate the latter type of viewing, which ought to be removed from the calculation, Dr. Chipty proposed to use the simultaneous substitution information from a narrow sample of data, encompassing the popular services of three BDUs from the three largest cities over a two-week period. Upon reviewing Dr. Chipty's approach and the underlying data, the Board found the selected sample to be "problematic", "unrepresentative of nation-wide viewership" and susceptible to "bias" (Reasons, at paragraph 360). I agree with the Collectives that, as a result, the Board discredited the only viewing data for which simultaneous substitution could have been relevant.

[48] Finally, Professor Church's approach contemplated the notion of simultaneous substitution, but applied no discount for it because the viewing minutes to a simultaneously substituted local signal had already been excised from his proposed distant viewing data. No further adjustment, as the one applied in the 1990 Decision, was therefore required.

[49] In this light, I am of the view that the Board did not ignore the evidence that was before it and provided reasons not to apply a simultaneous substitution adjustment. Such an adjustment is relevant only to the measurement of distant signal viewing. To the extent that the Board's amalgam proxy methodology does not in any way include or depend on the use of the total or relative amount of viewing to distant signals, there was no logical basis for the Board to apply a stand-alone adjustment to account for simultaneous substitution.

fonction d'un facteur d'ajustement pour l'écoute relative, qui correspondait au rapport entre l'écoute des signaux éloignés et l'écoute des services de référence. Les minutes d'écoute sur lesquelles M<sup>me</sup> Chipty s'est fondée provenaient des données de syntonisation de boîtiers de décodage, lesquelles n'établissaient aucune distinction entre 1) l'écoute de signaux éloignés et 2) l'écoute de signaux locaux se substituant en simultanée sur une chaîne de signaux éloignés. Pour isoler ce dernier type d'écoute qui devrait être supprimé des calculs, M<sup>me</sup> Chipty a proposé d'utiliser les renseignements sur la substitution simultanée qui provenaient d'un petit échantillon de données couvrant les services populaires de trois EDR des trois plus grandes villes, sur une période de deux semaines. Après avoir examiné l'approche proposée par M<sup>me</sup> Chipty et les données à l'appui, la Commission a estimé que l'échantillon sélectionné posait « problème », qu'il était « non représentati[f] de l'auditoire à l'échelle nationale » et qu'il risquait de « fausser » l'analyse (motifs, au paragraphe 360). Je souscris à l'observation des sociétés de gestion voulant que la Commission ait ainsi discrédité les seules données sur l'écoute pour lesquelles la substitution simultanée aurait pu être pertinente.

[48] Enfin, dans son approche, M. Church a prévu la notion de substitution simultanée, mais il n'a appliqué aucune réduction, car les minutes d'écoute d'un signal local substitué en simultanée avaient déjà été retirées des données sur l'écoute de signaux éloignés qu'il proposait. Il n'était donc pas nécessaire d'apporter d'autre ajustement, comme celui apporté dans la décision de 1990.

[49] Dans cette optique, je suis d'avis que la Commission n'a pas fait abstraction des éléments de preuve qui lui avaient été présentés et qu'elle a expliqué les motifs pour lesquels elle n'a pas appliqué d'ajustement pour la substitution simultanée. Cet ajustement n'est utile que pour mesurer l'écoute des signaux éloignés. Dans la mesure où la méthode du point de référence par amalgame proposée par la Commission ne tient aucunement compte ni ne dépend de l'écoute totale ou relative des signaux éloignés, aucun fondement logique ne justifiait l'application par la Commission d'un ajustement distinct pour tenir compte de la substitution simultanée.

[50] The BDUs' request for a stand-alone simultaneous substitution adjustment is therefore raised for the first time in the context of this application for judicial review. For that reason, it ought not be entertained by this Court: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 22–29. This Court is deprived of the evidentiary record necessary to consider the issue and does not have the benefit of the Board's views on that issue. Moreover, the Board cannot be faulted for not having addressed an issue that was not clearly raised by the BDUs before it.

- (2) Did the Board err in failing to make an adjustment for relative viewing?

[51] The BDUs argue that, having recognized the need to adjust for relative viewing, the Board erred by making no such adjustment in the face of appropriate evidence—namely the set-top box data used by Dr. Chipty—which was either ignored or dismissed without adequate explanation. With all due respect, this argument is entirely without merit.

[52] Relative viewing accounts for the alleged difference in value between distant signal programming and speciality services. The Board did consider Dr. Chipty's proposed adjustment for relative viewing but chose not to apply it and never considered that it was required in the context of its methodology. As an amalgam of Dr. Chipty and Dr. Church's approaches, the Board's methodology involved the choice of adjustments that would yield a fair and equitable price. The fact that other adjustments may have been appropriate does not in any way elevate them to the level of being necessary.

[53] Moreover, the Board gave an explanation as to why such an adjustment was not warranted. As previously mentioned, the Board found that the set-top data upon which Dr. Chipty based her adjustment suffered

[50] C'est donc dans la présente demande de contrôle judiciaire que l'application d'un ajustement distinct pour la substitution simultanée a été demandée par les EDR pour la première fois. Pour ce motif, notre Cour ne devrait pas examiner cette demande : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, aux paragraphes 22 à 29. Notre Cour ne dispose pas du dossier de preuve nécessaire à l'examen de la question ni ne peut bénéficier des vues de la Commission sur cette question. Qui plus est, on ne peut reprocher à la Commission de ne pas avoir examiné une question que les EDR ne lui avaient pas clairement exposée.

- 2) La Commission a-t-elle commis une erreur en omettant d'ajuster le prix pour tenir compte de l'écoute relative?

[51] Les EDR soutiennent que la Commission, ayant reconnu la nécessité d'effectuer un ajustement en fonction de l'écoute relative, a commis une erreur en n'appliquant pas cet ajustement malgré des éléments de preuve appropriés — à savoir les données provenant de boîtiers de décodage utilisées par M<sup>me</sup> Chipty — lesquelles données ont été écartées ou rejetées sans explication adéquate. En tout respect, cette observation est totalement sans fondement.

[52] L'écoute relative tient compte de la différence de valeur alléguée entre les émissions diffusées par des signaux éloignés et celles des services spécialisés. La Commission a examiné l'ajustement proposé par M<sup>me</sup> Chipty pour tenir compte de l'écoute relative, mais elle a choisi de ne pas l'appliquer et elle n'a jamais estimé que c'était nécessaire dans le contexte de la méthode qu'elle proposait. Issue d'un amalgame entre les approches de M<sup>me</sup> Chipty et de M. Church, la méthode de la Commission consistait à choisir les ajustements qui donneraient un prix juste et équitable. Le fait que d'autres ajustements auraient pu convenir ne signifie pas pour autant que ceux-ci étaient nécessaires.

[53] La Commission a également expliqué pourquoi il n'y avait pas lieu d'appliquer un tel ajustement. Comme je l'ai mentionné plus haut, la Commission a conclu que les données provenant de boîtiers de décodage sur

from important drawbacks, being inconsistent with other broadcasting industry data sources and unrepresentative of nationwide viewership (Reasons, at paragraph 358). It is on that basis that the Board refused to venture into making an estimate:

First, due to the lack of data, no adjustment on the price of the proxy can be done based on the relative viewing of distant signals to the specialty channels contained in the proxy. As explained by Dr. Chipty, the price of the proxy should be adjusted by the ratio of viewing attributed to distant signals relative to the viewing attributed to the selected proxy. Since the parties did not provide reliable viewing data for each specialty service, it is not possible to make that adjustment.

Reasons, at paragraph 447.

[54] Contrary to the BDUs' submission, therefore, I find that the Board's reasons are reasonable, "based on an internally coherent and rational chain of analysis" and "justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker": *Vavilov*, at paragraph 85. The Board's findings that no relative viewing adjustment was necessary, and that in any event there was no reliable data with which to make it, were open to it on the basis of the evidence on the record. Indeed, Dr. Chipty herself acknowledged on cross-examination before the Board that her proposed relative viewing adjustment should be set aside if the set-box data was to be found unreliable.

- (3) Did the Board err in its determination of the appropriate program substitutability adjustment?

[55] The BDUs contend that it was unreasonable to reduce the 16.5 percent program substitutability adjustment by half, as the Board did, without any evidence. Moreover, the Board ruled on the program substitutability adjustment without requiring additional evidence

lesquelles M<sup>me</sup> Chipty avait fondé son ajustement présentait de graves lacunes, car elles étaient incompatibles avec d'autres sources de données de l'industrie de la radiodiffusion et non représentatives de l'auditoire à l'échelle nationale (motifs, au paragraphe 358). C'est pour cette raison que la Commission a refusé de faire une estimation :

En premier lieu, vu le manque de renseignements, nous ne pouvons pas ajuster le prix du groupe de référence en fonction du ratio d'écoute des signaux éloignés par rapport aux chaînes spécialisées contenues dans le groupe de référence. Comme l'a expliqué M<sup>me</sup> Chipty, le prix du groupe de référence devrait être ajusté en fonction de la proportion d'écoute des signaux éloignés dans l'ensemble du groupe de référence déterminé. Mais étant donné que les parties n'ont pas fourni de données d'écoute fiables pour chaque service spécialisé, il est impossible d'effectuer un tel ajustement.

Motifs, au paragraphe 447.

[54] Contrairement aux observations des EDR, je conclus par conséquent que les motifs de la Commission sont raisonnables, qu'ils sont fondés « sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » et qu'ils sont « justifié[s] au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » : *Vavilov*, au paragraphe 85. Il était loisible à la Commission de conclure, vu les éléments de preuve au dossier, qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer un ajustement pour tenir compte de l'écoute relative et que, quoi qu'il en soit, il n'existait pas de données fiables pour appliquer un tel ajustement. De fait, M<sup>me</sup> Chipty elle-même a reconnu, dans son contre-interrogatoire devant la Commission, que l'ajustement qu'elle proposait pour tenir compte de l'écoute relative devrait être annulé si les données provenant de boîtiers décodeurs étaient jugées non fiables.

- 3) La Commission a-t-elle commis une erreur dans son calcul de l'ajustement requis pour tenir compte des possibilités de substitution?

[55] Les EDR soutiennent qu'il était déraisonnable de réduire de moitié l'ajustement de 16,5 p. 100 pour tenir compte des possibilités de substitution, comme l'a fait la Commission, sans preuve à l'appui. Qui plus est, la Commission a statué sur la question de l'ajustement en

from the parties, although it had previously done so on two occasions.

[56] In my opinion, the whole of the BDUs' argument in that respect is flawed, in that it rests on an erroneous premise. I agree with the Collectives that the Board never contemplated two different figures, i.e. 16.5 percent and 8.25 percent, as fairly accounting for the program substitutability impact of PVR and OTT services. It only ever considered a single figure, i.e. 8.25 percent, to be a "reasonable" estimate of the overall effect of such services.

[57] It is clear from the Board's reasons that the 16.5 percent figure, based on the combined usage data from PVR and OTT services, was always an entry point for the subsequent analysis—never a possible figure of the program substitutability adjustment. While the Board agreed that it was reasonable to apply a downward adjustment on the price of the proxy to take into account PVR use (7.5 percent) and viewing of OTT services (9 percent), there is no doubt that the total of these two figures (16.5 percent) was only the first step of the Board's reasoning; it could not be held to be the proper adjustment factor because it was clearly an overestimate. Drawing on its specialized expertise, it provided the following reasons for holding that the substitution rate must necessarily be lower than the usage rate of PVR and OTT services:

However, we believe that a 16.5 per cent adjustment would overestimate the true impact of alternative viewing opportunities for two reasons. First, local signals are only a proportion of all programming being recorded on the PVR, and a reduction should be done to the adjustment to take this into account. Second, OTT services are not perfect substitutes for distant signals. Therefore, it would be incorrect to assume that all usage of such services substitutes for distant-signal viewing.

Reasons, at paragraph 442.

fonction des possibilités de substitution sans demander aux parties de déposer des éléments de preuve supplémentaires, alors qu'elle l'avait fait précédemment à deux reprises.

[56] Je suis d'avis que l'ensemble des observations des EDR sur cette question est lacunaire, car il repose sur une prémisse erronée. Je conviens avec les sociétés de gestion que la Commission n'a jamais envisagé deux chiffres distincts, c'est-à-dire 16,5 p. 100 et 8,25 p. 100, pour tenir compte équitablement des effets des possibilités de substitution qu'offrirait l'utilisation des ENP et des services de contournement. Elle a toujours considéré qu'un seul chiffre, c'est-à-dire 8,25 p. 100, offrirait une estimation « raisonnable » de l'effet global de ces services.

[57] Il ressort clairement des motifs de la Commission que le taux de 16,5 p. 100, basé sur l'usage combiné des ENP et des services par contournement, s'est toujours voulu un point d'entrée pour l'analyse subséquente, jamais un facteur d'ajustement pouvant servir à tenir compte des possibilités de substitution. Bien que la Commission ait convenu qu'il était raisonnable d'ajuster à la baisse le prix du groupe de référence pour tenir compte de l'utilisation des ENP (7,5 p. 100) et de l'écoute par services par contournement (9 p. 100), il ne fait aucun doute que la somme de ces deux chiffres (16,5 p. 100) ne constituait que la première étape du raisonnement de la Commission; ce taux ne pouvait être considéré comme étant un facteur d'ajustement indiqué, car il s'agissait clairement d'une surestimation. S'appuyant sur son expertise spécialisée, la Commission a offert les motifs suivants pour conclure que le taux de substitution devait nécessairement être inférieur au taux d'utilisation des ENP et des services par contournement :

Cependant, nous croyons qu'un ajustement de 16,5 pour cent constitue une surestimation de l'impact réel des possibilités de substitution, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, les signaux locaux ne représentent qu'une part de toute la programmation enregistrée au moyen des ENP; l'ajustement devrait donc être réduit en conséquence. Ensuite, les services par contournement ne sont pas de parfaits substituts des signaux éloignés; par conséquent, nous ne pouvons pas tenir pour acquis que l'entièreté de l'utilisation qui est faite de ces services remplace les émissions écoutées à partir de signaux éloignés.

Motifs, au paragraphe 442.

[58] That explanation certainly provides a rational basis for setting the program substitutability adjustment at a significantly lower rate than the total usage of PVR and OTT services. Whether the Board erred by reducing the 16.5 percent figure by half, without specific evidence to this effect, is a different question.

[59] While the Board could not rely on clear and detailed evidence as to the exact portion of usage of PVR and OTT services that did substitute for distant signal viewing, it nonetheless had some evidence which allowed for an estimate.

[60] I agree that the Board's reasons for setting the adjustment at 8.25 percent could have been more thorough, but it was the BDUs' burden to provide the Board with sufficient evidence in the first place. In any event, these are not circumstances where, as in *Canadian Association of Broadcasters v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2006 FCA 337, 354 N.R. 310, the Board had merely referred to the evidence as a whole for justifying a particular quantification, thereby implying that "[w]e are the experts. This is the figure: trust us" (at paragraph 17).

[61] In the case at bar, the Board did explain how it came to an estimate by holding that such "figure better reflects the fact that the substitution rate is lower than the usage rate of these services" (Reasons, at paragraph 443). It assessed and evaluated the evidence before it, and we are not in those exceptional circumstances where the reviewing court should reweigh and reassess the evidence. Moreover, the Board's decision is well within the range of reasonable outcomes available to it based on the evidentiary record.

[58] Cette explication fournit certainement un fondement rationnel justifiant le choix d'un taux nettement plus bas que les taux additionnés d'utilisation des ENP et des services par contournement à titre de facteur d'ajustement pour tenir compte des possibilités de substitution. Quant à savoir si la Commission a commis une erreur en réduisant de moitié le taux de 16,5 p. 100, sans preuve précise à l'appui, il s'agit là d'une question différente.

[59] Même si la Commission ne disposait pas d'éléments de preuve clairs et détaillés indiquant quelle part exacte de l'écoute des signaux éloignés était remplacée par l'utilisation d'ENP et de services par contournement, elle disposait néanmoins de certains éléments de preuve lui permettant de procéder à une estimation.

[60] Je reconnais que les motifs exposés par la Commission pour expliquer son choix de fixer l'ajustement à 8,25 p. 100 auraient pu être plus étoffés; cependant, il incombait en premier lieu aux EDR de fournir à la Commission des éléments de preuve suffisants. Quoi qu'il en soit, les circonstances en l'espèce diffèrent de celles de l'affaire *Association canadienne des radiodiffuseurs c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2006 CAF 337, [2006] A.C.F. n° 1547 (QL), où la Commission avait simplement renvoyé à la preuve dans son ensemble pour justifier une quantification donnée, comme si elle avait dit : « Ce sont nous les experts. Tel est le chiffre : faites-nous confiance » (au paragraphe 17).

[61] En l'espèce, la Commission n'a pas expliqué comment elle en était arrivée à cette estimation, déclarant que « ce facteur concorde davantage avec le fait que le taux de substitution est inférieur au taux d'utilisation de ces services » (motifs, au paragraphe 443). Elle a examiné et apprécié les éléments de preuve qui lui ont été présentés et il ne s'agit pas, en l'espèce, de l'une de ces circonstances exceptionnelles où la cour de révision doit apprécier de nouveau la preuve. De plus, la décision de la Commission appartient tout à fait aux issues raisonnables au regard de la preuve.

## B. A-47-19

- (1) Did the Board use an incomplete and superseded version of the payment data in its calculations?

[62] The Collectives contend that the Board, upon calculating the Canadian proxy services payment, relied on an incomplete and superseded version of the pricing data. The payment information originally supplied by the BDUs during the discovery phase was incomplete, and it is only as a result of the undertakings made at the hearing that the missing payment data was entered into evidence. This new information added \$274,265.95 per month to the total BDUs' payments for the three Canadian services included in the Board's proxy. Yet, the Board failed to take into account this updated information from its initial proxy calculation. Such omission, the Collectives argue, is material because it creates roughly a \$4 million shortfall, before the applicable downward adjustments, in annual retransmission royalty payments.

[63] At the hearing before this Court, the BDUs conceded that the Board made a mistake in not taking the most up-to-date data, but that it is for the Board to correct that error, not for this Court. The BDUs also emphasize that the Board's downward adjustments have a far greater impact than using slightly different payment data to establish the proxy rate.

[64] In my view, there is no doubt that the Board erred and relied on superseded information in calculating the total BDU payments to the proxy services. The Board used the data in Dr. Chipty's pre-hearing written report, not as a result of conscious choice, but involuntarily and most likely as an oversight. While the difference in the annual retransmission royalty payments may not represent a substantial amount, relatively speaking, the result

## B. A-47-19

- 1) La Commission a-t-elle utilisé une version incomplète et obsolète des données sur les paiements dans ses calculs?

[62] Les sociétés de gestion soutiennent que la Commission s'est basée sur une version incomplète et obsolète des données sur les prix pour calculer les paiements pour les services canadiens du groupe de référence. Les renseignements sur les paiements fournis au départ par les EDR lors de l'interrogatoire préalable étaient incomplets, et ce n'est qu'à la suite des engagements pris à l'audience que les données manquantes sur les paiements ont été déposées en preuve. Ces nouveaux renseignements ont augmenté de 274 265,95 \$ par mois le montant total des paiements versés par les EDR pour les trois services canadiens compris dans le groupe de référence de la Commission. Or, la Commission n'a pas tenu compte de ces données qui avaient été actualisées par rapport à ses calculs initiaux fondés sur le groupe de référence. Une telle omission est importante, soutiennent les sociétés de gestion, car elle crée un manque à gagner d'environ quatre millions de dollars, avant les ajustements à la baisse applicables, dans les redevances de retransmission annuelles.

[63] Lors de l'audience devant notre Cour, les EDR ont reconnu que la Commission avait commis une erreur en n'utilisant pas les données les plus à jour, mais elles ont précisé qu'il appartenait à la Commission, et non à notre Cour, de corriger cette erreur. Les EDR insistent également sur le fait que les ajustements à la baisse apportés par la Commission ont une incidence beaucoup plus grande sur le taux du groupe de référence que l'utilisation de données légèrement différentes sur les paiements.

[64] À mon avis, il ne fait aucun doute que la Commission a commis une erreur et qu'elle s'est fondée sur des renseignements obsolètes pour calculer les paiements totaux versés par les EDR pour les services du groupe de référence. La Commission a utilisé les données du rapport écrit de M<sup>me</sup> Chipty présenté avant l'audience; cela n'est toutefois pas le résultat d'un choix délibéré, mais constitue vraisemblablement une



arrived at by the Board is still unreasonable as it is not based on the evidence that was before it.

[65] The real issue for this Court relates to the appropriate remedy. Should the Court remit the matter to the Board for redetermination, or should it substitute its own decision for that of the Board? Since the Collectives allege that the Board made other reviewable errors in applying its proxy approach, I shall return to that question later on in these reasons.

- (2) Did the Board use the wrong profit margin figure in its calculations?

[66] The retransmission scheme is designed to compensate the owners of copyright in works (television programs, films, music) that are carried on distant signals, and not the broadcasters. Since the proxy of specialty services used by the Board includes all payments made by the BDUs, the Board has to try to identify and eliminate the portion of the total payment attributable to the value of the signal in order to arrive at a just and reasonable royalty rate for the works in distant signals. The profit margin adjustment reflects this requirement.

[67] The Collectives contend that the Board's 25 percent downward adjustment to exclude the profit margin of Canadian proxy services is based on its flawed understanding of Dr. Chipty's opinion. In fact, Dr. Chipty had advanced that the profit margin for the specific type of Canadian services encompassed by the proxy, *i.e.* non-vertically integrated services, was about 10 percent. The profit margin for all types of Canadian services, whether vertically integrated or non-vertically integrated, was deemed to be 25 percent. In the Collectives' words, the Board could not apply the 25 percent profit margin figure associated with and dominated by the

omission involontaire. Bien que la différence dans les paiements annuels de redevances de retransmission ne représente peut-être pas une somme substantielle, le résultat auquel en est arrivée la Commission demeure, somme toute, déraisonnable, car il n'est pas fondé sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés.

[65] La véritable question que doit trancher notre Cour concerne la mesure de redressement indiquée. Notre Cour devrait-elle renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen ou devrait-elle substituer sa propre décision à celle de la Commission? Comme les sociétés de gestion soutiennent que la Commission a commis d'autres erreurs susceptibles de contrôle dans l'application de son approche fondée sur un groupe de référence, je reviens sur cette question plus loin dans les présents motifs.

- 2) La Commission a-t-elle utilisé la mauvaise marge de profit dans ses calculs?

[66] Le régime de retransmission vise à indemniser les titulaires des droits d'auteur des œuvres (émissions de télévision, films, musique) qui sont diffusées sur des signaux éloignés, et non les radiodiffuseurs. Comme le groupe de référence de services spécialisés utilisé par la Commission comprend tous les paiements versés par les EDR, la Commission devait tenter de déterminer et d'éliminer la portion de ces paiements totaux qui est attribuable à la valeur des signaux pour en arriver à un taux de redevances juste et raisonnable pour les œuvres diffusées par des signaux éloignés. L'ajustement en fonction de la marge de profit est apporté à cette fin.

[67] Les sociétés de gestion soutiennent que l'ajustement à la baisse de 25 p. 100 appliqué par la Commission pour exclure la marge de profit des services canadiens du groupe de référence est fondé sur son interprétation erronée de l'opinion de M<sup>me</sup> Chipty. De fait, M<sup>me</sup> Chipty a affirmé que la marge de profit pour le type précis de services canadiens compris dans le groupe de référence, c'est-à-dire les services non intégrés verticalement, était d'environ 10 p. 100. La marge de profit pour tous les types de services canadiens, qu'ils soient intégrés verticalement ou non intégrés verticalement, était réputée être de 25 p. 100. Selon les sociétés de gestion,

very services, i.e. vertically integrated services, that it had previously excluded from the proxy. Therefore, the 10 percent profit margin figure was the sole figure that the Board, given its stated reliance on Dr. Chipty's views, could select.

[68] The Board further compounded its error, the Collectives say, when attributing a 25 percent profit margin to the U.S. proxy services. In her expert report, Dr. Chipty combined the profit margins of the U.S. and Canadian proxy services (all of which are non-vertically integrated), thus calling for an undifferentiated profit margin adjustment of 10 percent.

[69] Once again, I agree with the Collectives and their account of the views expressed by Dr. Chipty on profit margins. Indeed, the Board itself accurately summarized Dr. Chipty's findings earlier on in its reasons:

.... To isolate the profit from total payments, Dr. Chipty uses the CRTC's report, where a 25 per cent average profit is calculated for all Canadian Category B specialty services and a 10 per cent average profit is calculated for non-vertically integrated Canadian Category B specialty services. Since there is no profit margin available for the U.S. specialty services, Dr. Chipty assumes at least 10 per cent profit for the U.S. specialty services. This is under the assumption that since the U.S. specialty services are not vertically integrated with BDUs, they have a lower profit, like the non-vertically integrated Category B specialty services.

Reasons, at paragraph 313 (footnote omitted).

[70] It seems clear from that excerpt that the Board properly understood Dr. Chipty's report as distinguishing between vertically integrated and non-vertically integrated Canadian services. Under Dr. Chipty's approach, and as recounted by the Board, the former and the latter combined attract a 25 percent profit margin while the latter, due to their corporate structure, only produce

la Commission ne pouvait pas appliquer la marge de profit de 25 p. 100 principalement associée aux services mêmes — c'est-à-dire les services intégrés verticalement — qu'elle avait précédemment exclus du groupe de référence. La marge de profit de 10 p. 100 était donc le seul chiffre que la Commission, ayant affirmé qu'elle se fonderait sur l'approche de M<sup>m</sup>e Chipty, pouvait sélectionner.

[68] Les sociétés de gestion affirment que la Commission a aggravé son erreur en attribuant une marge de profit de 25 p. 100 aux services américains du groupe de référence. Dans son rapport d'expert, M<sup>m</sup>e Chipty a combiné les marges de profit des services américains et canadiens du groupe de référence (lesquels sont tous des services non intégrés verticalement), proposant ainsi un ajustement indifférencié de 10 p. 100 pour la marge de profit.

[69] Là encore, je suis d'accord avec les sociétés de gestion et je souscris à leur interprétation des vues exprimées par M<sup>m</sup>e Chipty sur les marges de profit. De fait, plus haut dans ses motifs, la Commission elle-même avait bien résumé les conclusions de M<sup>m</sup>e Chipty :

[...] Pour isoler le profit des paiements totaux, M<sup>m</sup>e Chipty se sert du rapport du CRTC, où un profit moyen de 25 pour cent est calculé pour tous les services spécialisés canadiens de catégorie B et un profit moyen de 10 pour cent est calculé pour les services spécialisés canadiens de catégorie B non intégrés verticalement. Étant donné qu'on ne dispose d'aucune marge de profit pour les services spécialisés américains, M<sup>m</sup>e Chipty suppose que les services spécialisés américains réalisent un profit d'au moins 10 pour cent, en tenant pour acquis que, puisque les services spécialisés américains ne sont pas intégrés verticalement avec les EDR, ils réalisent un profit moins important, comme les services spécialisés canadiens de catégorie B non intégrés verticalement.

Motifs, au paragraphe 313 (renvoi omis).

[70] Il semble clairement ressortir de cet extrait que la Commission a bien interprété le rapport de M<sup>m</sup>e Chipty quant à la distinction à faire entre les services canadiens intégrés verticalement et non intégrés verticalement. Selon l'approche de M<sup>m</sup>e Chipty, telle que reprise par la Commission, la combinaison des premiers et des derniers donne une marge de profit de 25 p. 100, alors

a 10 percent profit margin. Dr. Chipty further assumes that the non-vertically integrated U.S. services generate a minimum 10 percent profit margin because, similar to non-vertically integrated Canadian services, they have a lower profit than vertically integrated services.

[71] While it had adequately summarized the available expert evidence, the Board went on to misrepresent Dr. Chipty's position at a latter stage of its reasons. Indeed, upon purportedly setting an adjustment for the profit margin of non-vertically integrated Canadian proxy services, the Board relied on the 25 percent figure associated to all types of Canadian services. In doing so, the Board not only overlooked the distinction that Dr. Chipty herself had carefully drafted, but also indirectly reintroduced the previously excluded vertically integrated services by using their profit margin data. This also led the Board into further error when applying the same 25 percent figure to the U.S. specialty services, on the basis that "there is no reason to believe that the profit margin of the U.S. specialty services is lower than that of the Canadian category B specialty services" (Reasons, at paragraph 430). This assessment is based on a false premise and overlooks Dr. Chipty's evidence that U.S. specialty services included in the proxy have a lower profit margin because they are not vertically integrated with the BDUs.

[72] I agree with the BDUs that the Board cannot be expected to follow blindly every expert's opinion. However, in this case, the Board assigned a 25 percent profit margin to Canadian and U.S. proxy services on its mistaken reading of Dr. Chipty's opinion. Under Dr. Chipty's approach, the only correct profit margin adjustment for Canadian and U.S. proxy services would have been set at 10 percent. This part of the Board's reasons is therefore unreasonable, as it "fail[s] to reveal a rational chain of analysis" and "fundamentally misapprehend[s] or fail[s] to account for the evidence before [the Board]": *Vavilov*, at paragraphs 103 and 126.

que les derniers, en raison de leur structure organisationnelle, ne donnent qu'une marge de profit de 10 p. 100. M<sup>me</sup> Chipty assume en outre que les services américains non intégrés verticalement génèrent une marge de profit minimale de 10 p. 100, car, tout comme les services canadiens non intégrés verticalement, ils génèrent des profits moindres que les services intégrés verticalement.

[71] Bien qu'elle ait bien résumé la preuve d'expert produite, la Commission a plus loin dans ses motifs fait une interprétation erronée de la thèse de M<sup>me</sup> Chipty. De fait, en établissant soi-disant un ajustement pour tenir compte de la marge de profit des services canadiens non intégrés verticalement du groupe de référence, la Commission s'est fondée sur le taux de 25 p. 100 associé à tous les types de services canadiens. Ce faisant, non seulement la Commission a fait abstraction de la distinction que M<sup>me</sup> Chipty avait elle-même soigneusement établie, mais elle a aussi, en utilisant la marge de profit que génèrent les services intégrés verticalement, indirectement réintroduit des services qu'elle avait précédemment exclus. Cela a également amené la Commission à commettre une autre erreur en appliquant le même taux de 25 p. 100 aux services spécialisés américains sur le fondement que « rien ne nous permet de croire que la marge de profit des services spécialisés américains est inférieure à celle des services spécialisés canadiens de catégorie B » (motifs, au paragraphe 430). Cette appréciation est fondée sur une fausse prémisse et fait abstraction des éléments de preuve de M<sup>me</sup> Chipty, selon lesquels les services spécialisés américains du groupe de référence génèrent une marge de profit moindre, car ils ne sont pas intégrés verticalement avec les EDR.

[72] Je suis d'accord avec les EDR qu'on ne peut s'attendre à ce que la Commission suive aveuglément l'opinion de chaque expert. En l'espèce, toutefois, la Commission a attribué une marge de profit de 25 p. 100 aux services canadiens et américains du groupe de référence, car elle a fait une interprétation erronée de l'avis de M<sup>me</sup> Chipty. Selon l'approche de M<sup>me</sup> Chipty, le seul taux d'ajustement approprié pour tenir compte de la marge de profit associée aux services canadiens et américains du groupe de référence aurait été de 10 p. 100. Cette partie des motifs de la Commission est donc déraisonnable, car elle « ne f[ait] pas état d'une analyse

- (3) Did the Board err in applying an adjustment for input and overhead costs without evidence?

[73] The Collectives argue that there was no evidence supporting the Board's decision to apply a further 10 percent downward adjustment to account for input and overhead costs. Dr. Chipty, on whom the Board relied in deciding to exclude non-programming costs, made no adjustment for input and overhead costs because she lacked the information to make such an adjustment. The Board acknowledged that there was no evidence as to the amount of any input or overhead cost reduction, but nevertheless decided to apply one anyway on the assumption that these costs are real and must be excluded to isolate the costs of the retransmitted works:

Dr. Chipty does not make any adjustment for input and overhead costs due to the lack of information. While we do not have figures for input and overhead costs, we know that these costs exist, and even a conservative estimate would place these at 10 per cent. Therefore, we find that it is reasonable to apply a 10 per cent deduction on the price of the proxy to exclude input and overhead costs. This adjustment reduces the price to \$1.70.

Reasons, at paragraph 431 (footnote omitted).

[74] In my view, this aspect of the Board's reasons is reasonable and is entirely justified, intelligible and transparent. It is beyond dispute that an input and overhead adjustment is necessary to distinguish between, on the one hand, the value of the works being retransmitted and, on the other hand, the profits or costs of the broadcasters. The object of retransmission rights is to reward the owners of programs for the former, not for the latter. Once we accept the necessity of such an adjustment, it

rationnelle » et que la Commission « s'est fondamentalement mépris[e] sur la preuve qui lui a été soumise ou n'en a pas tenu compte » : *Vavilov*, aux paragraphes 103 et 126.

- 3) La Commission a-t-elle commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction des coûts d'exploitation et des coûts indirects?

[73] Les sociétés de gestion font valoir qu'aucun élément de preuve n'étayait la décision de la Commission d'appliquer un ajustement à la baisse supplémentaire de 10 p. 100 pour tenir compte des coûts d'exploitation et des coûts indirects. M<sup>me</sup> Chipty, à laquelle la Commission s'est fiée pour décider d'exclure les coûts non liés à la programmation, n'a apporté aucun ajustement pour les coûts d'exploitation et les coûts indirects, car elle ne disposait pas des renseignements nécessaires à cette fin. La Commission a reconnu qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté à l'égard de la réduction pour les coûts d'exploitation ou les coûts indirects, mais elle a néanmoins décidé d'appliquer un ajustement en présumant que ces coûts sont réels et qu'ils doivent être exclus afin d'isoler les coûts des œuvres retransmises :

Ne disposant pas de l'information nécessaire, M<sup>me</sup> Chipty n'effectue aucun ajustement pour tenir compte des facteurs de production et des coûts indirects. Bien que nous ne disposions pas de données relatives aux coûts d'exploitation et aux coûts indirects, nous savons que ces coûts existent et qu'une part de 10 pour cent constituerait une estimation prudente. Ainsi, nous croyons qu'il est raisonnable d'appliquer une déduction de 10 pour cent au prix du groupe de référence afin d'exclure les coûts d'exploitation et les coûts indirects. Cet ajustement réduit le prix à 1,70 \$.

Motifs, au paragraphe 431 (renvoi omis).

[74] Je suis d'avis que ce volet des motifs de la Commission est raisonnable et son choix est totalement justifié, intelligible et transparent. Il est incontestable qu'un ajustement en fonction des coûts d'exploitation et des coûts indirects est nécessaire pour établir une distinction entre, d'une part, la valeur des œuvres retransmises et, d'autre part, les profits ou les coûts des radiodiffuseurs. L'objectif des droits de retransmission est de rémunérer les propriétaires d'émissions

is up to the Board, as an expert decision maker, to come up with its best estimate in the absence of firm evidence. In doing so, the Board was obviously not bound by the opinion of one of the experts before it. Nor is it an instance where the tribunal misapprehended the evidence that was put to it by the parties. Quite to the contrary, the Board acknowledged that it had no figures to rely upon and made a conservative assessment based on its own expertise. Far from being unreasonable, this course of action was the only available one in the circumstances.

- (4) Did the Board err in applying a “market power” adjustment without evidence?

[75] The Collectives also challenge the Board’s market power adjustment on the same basis that there was no evidence for it. The Board applied a 25 percent downward adjustment in the initial proxy price in recognition of the fact that some specialty services included in the proxy target very specific audiences in “niche” markets, which enables them to exercise market power and to ask higher prices for their services. According to the Collectives, the 25 percent figure is not supported by any evidence and rests only on a similar adjustment made by the Board in its 1990 Decision. Not only did the Board offer no justification for using the same reduction that had been applied in a different set of circumstances 29 years earlier, but it allegedly misread and misapplied that precedent because the price adjustment in that earlier decision was not related to market power but to simultaneous substitution and penetration adjustment.

[76] I have not been persuaded that the Board’s reasons with respect to the so-called “market power” are

pour la valeur de leurs œuvres et non pour les profits ou les coûts. Lorsque nous reconnaissons la nécessité d’apporter un tel ajustement, il appartient ensuite à la Commission, en sa qualité de décideur expert, d’établir les estimations les plus justes malgré l’absence de preuves solides. Pour ce faire, la Commission n’était manifestement pas liée par l’opinion d’un expert en particulier. Il ne s’agit pas non plus d’un cas où le tribunal a mal interprété les éléments de preuve qui lui ont été présentés par les parties. Bien au contraire; la Commission a reconnu qu’elle ne disposait d’aucun chiffre à l’appui et elle a fait une évaluation prudente en se fondant sur sa propre expertise. Loin d’être déraisonnable, cette ligne de conduite était la seule qui s’offrait dans les circonstances.

- 4) La Commission a-t-elle commis une erreur en ajustant, sans preuve, le prix en fonction du « pouvoir de marché »?

[75] Les sociétés de gestion contestent également l’ajustement appliqué par la Commission pour tenir compte du pouvoir de marché, en invoquant là encore l’absence de preuve. La Commission a appliqué un ajustement à la baisse de 25 p. 100 au prix initial du groupe de référence, pour tenir compte du fait que certains services spécialisés compris dans le groupe de référence s’adressent à des auditoires bien précis occupant des « créneaux » du marché, ce qui leur permet d’exercer un pouvoir de marché et de commander des prix plus élevés pour leurs services. Selon les sociétés de gestion, ce taux de 25 p. 100 n’est corroboré par aucun élément de preuve et il repose uniquement sur l’ajustement comparable apporté par la Commission dans sa décision de 1990. Non seulement la Commission aurait omis de fournir une justification pour expliquer l’application du même taux de réduction que celui qu’elle avait appliqué 29 ans auparavant dans des circonstances différentes, mais encore elle aurait mal interprété et mal appliqué ce précédent, parce que l’ajustement de prix dans cette décision antérieure n’était pas lié au pouvoir de marché, mais se voulait plutôt un ajustement en fonction de la substitution simultanée et de la pénétration du marché.

[76] Je n’ai pas été convaincu que les motifs donnés par la Commission à l’égard de ce qui a été appelé le

unreasonable. Once again, the dispute between the parties does not seem to relate to the justification for the adjustment, but rather on the alleged absence of evidence to support the quantification of that adjustment. At the hearing, counsel for the Collectives acknowledged that specialty services have more market power because of their “niche” clientele, but took issue with the 25 percent reduction.

[77] First, it is worth pointing out that the Board does explain why it decided to apply the same reduction that had been applied in 1990. It identified two developments (many more specialty services, and their more specialized nature) that might have affected the 25 percent adjustment, but chose to assume that they both cancelled out in the absence of any evidence to the contrary. This is a finding that was open to the Board, as an expert adjudicative and regulatory tribunal. The reasoning of the Board in that respect is “rational and logical”, and does not exhibit any “clear logical fallacies”: *Vavilov*, at paragraphs 102 and 104.

[78] Second, I agree with the BDUs that the fixation of the Collectives on a very narrow meaning of “market power” is misplaced. Relying on a paragraph of the 1990 Decision that referred to “market power” as being associated with the ability of a specialty service to exclude viewers who are not willing to pay, the Collectives fault the Board for using the same concept in relation to the power arising from niche programming. Yet in both cases, what is at stake is the pricing power originating from the unavailability of a service other than from a single source. I must therefore disagree with the Collectives when they argue that the Board is “plucking an entirely irrelevant figure from another hearing to quantify and justify its market power adjustment” (Collectives’ memorandum of fact and law, at paragraph 61). On the contrary, the market power concept used in both decisions refers to a similar, if not the same reality.

« pouvoir de marché » sont déraisonnables. Encore une fois, le différend entre les parties ne semble pas lié à la justification de l’ajustement, mais plutôt à l’absence alléguée d’éléments de preuve à l’appui de la quantification de cet ajustement. Lors de l’audience, les avocats des sociétés de gestion ont reconnu que les services spécialisés ont un plus grand pouvoir de marché en raison de la clientèle occupant des « créneaux », mais ils se sont opposés à la réduction de 25 p. 100.

[77] Premièrement, il convient de préciser que la Commission explique pourquoi elle a décidé d’appliquer le même taux de réduction qu’en 1990. Elle a pris note de deux changements (accroissement marqué du nombre de services spécialisés et caractère encore plus spécialisé de ces services) qui pourraient avoir eu une incidence sur l’ajustement de 25 p. 100, mais elle a choisi de présumer qu’ils s’annulaient l’un l’autre, vu l’absence de preuve contraire. Il s’agit d’une conclusion qu’il était loisible à la Commission de tirer, en sa qualité de tribunal d’arbitrage et de réglementation spécialisé. Le raisonnement exposé à l’appui par la Commission est « rationnel et logique » et il n’est pas entaché d’erreurs manifestes sur le plan rationnel » : *Vavilov*, aux paragraphes 102 et 104.

[78] Deuxièmement, je conviens avec les EDR que l’interprétation très restreinte du concept de « pouvoir de marché » sur laquelle insistent les sociétés de gestion n’a pas lieu d’être. Invoquant un paragraphe de la décision de 1990 où le « pouvoir de marché » est associé à la possibilité, pour un service spécialisé, d’exclure les téléspectateurs qui refusent de payer, les sociétés de gestion reprochent à la Commission d’avoir utilisé le même concept pour définir le pouvoir découlant de la programmation des créneaux du marché. Pourtant, dans les deux cas, l’enjeu porte sur le pouvoir de fixation des prix attribuable au fait qu’un service n’est disponible qu’auprès d’une source unique. Je ne peux donc être d’accord avec les sociétés de gestion lorsqu’elles soutiennent que la Commission [TRADUCTION] « pige un chiffre sans pertinence aucune d’une autre audience pour quantifier et justifier son ajustement en fonction du pouvoir de marché » (mémoire des faits et du droit des sociétés de gestion, au paragraphe 61). Au contraire, le concept de pouvoir de marché utilisé dans les deux décisions renvoie à une réalité comparable, voire à la même réalité.

[79] As for the other factors to which the Board referred in the conclusion of its 1990 Decision (simultaneous substitution and penetration adjustment), they may not relate strictly speaking to market power, but they certainly impact the value of programming offered by specialty services. When the Board refers to the market power of the specialty services, it is clear that it refers to a larger analysis of the various factors that may explain why the price for these services may be higher.

[80] For all of the above reasons, I must therefore dismiss that argument.

[81] This brings me to a consideration of the remedies. The Collectives have urged us to substitute our own decision to that of the Board, and to make the adjustments that should have been made. In their view, the Board's calculation errors are easy to fix and can be remedied by plucking the right numbers into the methodology adopted by the Board. The Collectives also argue that time is of the essence, and that the parties are already well into the next five-year tariff period.

[82] *Vavilov* teaches us that it “will most often be appropriate to remit the matter to the decision maker to have it reconsider the decision” (at paragraph 141). I do not think that this case is one of the scenarios where following this general rule would create excessive delays not contemplated by Parliament. I appreciate that the two errors identified by this Court in assessing the adjustment to the proxy price, namely the use of an incomplete and superseded version of the payment data as well as the use of the wrong profit margin figure, are quite straightforward and do not involve a reconsideration of the overall approach implemented by the Board. At the same time, the amounts at stake are considerable, and as much as the Collectives filed with this Court (as an appendix to their factum) a calculation of the effect of correcting each error, we do not have the views of the BDUs on that issue.

[79] Quant aux autres facteurs mentionnés par la Commission dans la conclusion de sa décision de 1990 (ajustement en fonction de la substitution simultanée et de la pénétration du marché), ils ne sont peut-être pas strictement liés au pouvoir de marché, mais ils ont certainement une incidence sur la valeur de la programmation offerte par les services spécialisés. Lorsque la Commission parle du pouvoir de marché des services spécialisés, il ne fait aucun doute qu'elle fait référence à une analyse plus large des divers facteurs susceptibles d'expliquer pourquoi le prix de ces services peut être plus élevé.

[80] Pour tous les motifs qui précèdent, je dois par conséquent rejeter cette observation.

[81] Cela m'amène à l'examen des mesures de redressement. Les sociétés de gestion pressent notre Cour de substituer sa propre décision à celle de la Commission et d'apporter les ajustements qui auraient dû être apportés. Elles sont d'avis que les erreurs de calcul de la Commission sont faciles à corriger et que l'on peut y remédier en insérant les bons chiffres dans la méthode adoptée par la Commission. Elles soutiennent également qu'il est urgent d'agir, car les parties sont déjà bien engagées dans la prochaine période de tarification de cinq ans.

[82] L'arrêt *Vavilov* enseigne qu'il « conviendra le plus souvent de renvoyer l'affaire au décideur pour qu'il revoie la décision » (au paragraphe 141). Je ne crois pas que la présente affaire soit l'un de ces scénarios où l'application de cette règle générale entraînerait des retards excessifs non envisagés par le législateur. Je reconnais que les deux erreurs relevées par notre Cour dans l'établissement de l'ajustement du prix du groupe de référence, à savoir l'utilisation d'une version incomplète et obsolète des données sur le paiement et l'utilisation d'une marge de profit erronée, sont assez simples et n'exigent pas le réexamen de l'approche globale mise en œuvre par la Commission. Parallèlement, les sommes en jeu sont considérables et, bien que les sociétés de gestion aient déposé auprès de notre Cour (en annexe de leur mémoire) des calculs indiquant les effets résultant de la correction de chacune de ces erreurs, nous ne savons pas quelle est la position des EDR sur cette question.

[83] Moreover, Parliament has created the Board, an expert administrative tribunal, and entrusted it to determine the fair and equitable royalties to be paid for the retransmission of distant signals. Ultimately, it is for the Board to approve a proposed tariff and publish it in the *Canada Gazette*, pursuant to subsection 73(1), now section 70.

[84] I understand that the retransmission royalty rates for the period 2014–2018 were only released in December 2018, and that the Tariff was only approved and published on August 3, 2019. We are now, in effect, reconsidering royalty rates that should have applied between three and seven years ago. This long delay is obviously of concern, and is the source of uncertainty for all the players involved. I trust that the Board will be able to amend its Tariff in conformity with these reasons in an expeditious way. In the meantime, the parties will be able to govern themselves and make whatever business decisions they may have to make in light of the adjustments that will be required as a result of this decision.

- (5) Did the Board fail to properly apply the principles of procedural fairness in capping the 2014 and 2015 royalty rates?

[85] Finally, the Collectives argue that the Board failed to properly apply the principles of procedural fairness and made three errors in imposing a cap on the 2014 and 2015 royalty rates. First, the Board compared the revised rates to those contained in the initial Proposed Tariff, instead of comparing the rates it intended to certify on the basis of the economic evidence that was before it with the original tariff proposals. Had the Board focussed on the right difference, it would not have found such difference to be “significant”. The difference for 2014 and 2015 would have been respectively \$0.11 and \$0.03, as opposed to \$0.94 and \$0.95.

[83] Qui plus est, le législateur a créé la Commission, un tribunal administratif spécialisé, et lui a confié la mission de déterminer les redevances justes et équitables devant être payées pour la retransmission des signaux éloignés. Au bout du compte, il appartient à la Commission d’homologuer le projet de tarif et de le publier dans la *Gazette du Canada*, en application du paragraphe 73(1), aujourd’hui l’article 70, de la Loi.

[84] Je reconnais que les taux de redevances pour la transmission pour la période de 2014 à 2018 n’ont été publiés qu’en décembre 2018 et que le tarif n’a été homologué et publié que le 3 août 2019. En réalité, nous nous penchons maintenant sur des taux de redevances qui auraient dû être appliqués il y a de trois à sept ans. Ce long délai est certes préoccupant et il constitue une source d’incertitude pour tous les intervenants concernés. Je suis persuadé que la Commission sera en mesure de modifier rapidement le tarif en conformité avec les présents motifs. Dans l’intervalle, les parties seront en mesure de gérer leurs affaires et de prendre toutes les décisions de nature opérationnelle qu’elles pourraient devoir prendre pour tenir compte des ajustements qui devront être apportés à la suite de la présente décision.

- 5) La Commission a-t-elle manqué aux principes d’équité procédurale en plafonnant les taux de redevances pour les années 2014 et 2015?

[85] Enfin, les sociétés de gestion soutiennent que la Commission a omis d’appliquer correctement les principes d’équité procédurale et qu’elle a commis trois erreurs en imposant un plafond sur les taux de redevances pour 2014 et 2015. Premièrement, la Commission aurait comparé les taux révisés à ceux proposés dans le projet de tarif initial, au lieu de comparer les taux qu’elle avait l’intention d’homologuer sur le fondement des éléments de preuve économiques qui lui avaient été présentés aux projets de tarif initiaux. Si la Commission s’était concentrée sur la bonne différence, elle n’aurait pas jugé que cette différence était « importante ». Les différences pour 2014 et 2015 auraient ainsi été de 0,11 \$ et de 0,03 \$, respectivement, plutôt que de 0,94 \$ et de 0,95 \$.



[86] Second, it is contended that the Board exaggerated the importance of the statutory notice period. Following the decision of this Court in *CPCC*, the Board accepted that it is not bound by the *non ultra petita* principle and can set a tariff that is higher than the rate originally proposed by the parties. Yet the Board is said to have failed to evaluate the competing interests of the Collectives by putting too much emphasis on the benefit they would gain if allowed to rely on the revised tariff, without taking into account that they were required to file their proposed tariffs long before obtaining the BDUs' confidential business information.

[87] Third, the Collectives submit that there was no material evidence of prejudice before the Board, despite the fact that both the Canadian Cable Systems Alliance (CCSA) and its members had notice that they could object to a proposed tariff and had an opportunity to present their case. In the absence of clear evidence of harm, the Collectives claim that the Board should have refrained from making assumptions as to the capacity of the BDUs to pay "such a significant potential retroactive increase in royalties over such an extended period of time" (Reasons, at paragraph 238).

[88] After having carefully considered these arguments, I have concluded that they ought to be rejected. The Board was correct to frame the issue as one of procedural fairness, and rightly considered that these proceedings do not attract the application of the *non ultra petita* principle (which does not apply to the Board in any event, following the decision of this Court in *CPCC*). The Board also rightly recognized that it was authorized, under section 73 of the Act (now section 70), to modify or vary a proposed tariff and impose terms and conditions as it considers appropriate, with the following caveat:

.... In doing so, and in determining whether it should approve rates other than those originally proposed and published in the *Canada Gazette*, however, the Board must attempt to ensure that doing so would not unfairly prejudice interested or affected persons or give rise to some

[86] Deuxièmement, elles soutiennent que la Commission a exagéré l'importance du délai de préavis prévu par la loi. À la suite de l'arrêt *SCPCP* rendu par notre Cour, la Commission a reconnu qu'elle n'était pas liée par la règle *non ultra petita* et qu'elle peut fixer un tarif supérieur au tarif initialement proposé par les parties. Il est pourtant reproché à la Commission de ne pas avoir évalué les intérêts opposés des sociétés de gestion, en insistant trop sur les gains qu'elles réaliseraient si elles pouvaient compter sur le tarif révisé, sans tenir compte du fait qu'elles avaient dû déposer leurs projets de tarif bien avant d'obtenir les renseignements commerciaux confidentiels des EDR.

[87] Troisièmement, les sociétés de gestion font valoir que la Commission ne disposait d'aucune preuve substantielle de préjudice, bien que la Canadian Cable Systems Alliance (CCSA) et ses membres aient été informés qu'ils pouvaient s'opposer au projet de tarif et qu'ils avaient eu l'occasion de présenter leur cause. Les sociétés de gestion soutiennent que, faute de preuve manifeste de préjudice, la Commission aurait dû s'abstenir de formuler des hypothèses quant à la capacité des EDR d'assumer « une augmentation rétroactive potentielle aussi importante des redevances sur une période aussi longue » (motifs, au paragraphe 238).

[88] Après avoir examiné avec soin ces observations, je conclus qu'elles devraient être rejetées. La Commission a agi correctement en énonçant la question comme en étant une d'équité procédurale et lorsqu'elle a conclu que la présente instance ne commandait pas l'application de la règle *non ultra petita* (qui, en tout état de cause, ne s'applique pas à la Commission, selon l'arrêt *SCPC* de notre Cour). La Commission a également reconnu correctement qu'elle était habilitée, au titre de l'article 73 de la Loi (aujourd'hui l'article 70), à modifier un projet de tarif et à imposer les modalités qu'elle juge appropriées, en ajoutant la mise en garde suivante :

[...] Pour ce faire, et pour déterminer si elle doit homologuer d'autres taux que ceux initialement proposés et publiés dans la *Gazette du Canada*, la Commission doit toutefois s'efforcer de s'assurer que cela ne porterait pas injustement préjudice aux personnes intéressées ou

other procedural or substantive unfairness or violation of the principles of natural justice.

Reasons, at paragraph 234.

[89] The Board was also mindful of the fact that there might be an imbalance in the available information between the parties, but correctly pointed out that this is not the only consideration in play. It then identified three concerns that needed to be addressed in order to ensure that the amendment did not undermine the integrity of the tariff-setting process set out in the Act.

[90] The first, which relates to the significant increase in the proposed rates, did not in and of itself lead the Board not to approve the revised tariff for the period preceding its filing in May 2015. Contrary to the Collectives' submission, it was not the "main" reason the Board gave for imposing its cap on the 2014 and 2015 royalty rates. It merely emphasized the need to carefully scrutinize the proposed increases out of "fairness concerns", to paraphrase the Board at paragraph 228 of its reasons.

[91] It is no doubt true that the Board used, as its comparative base for the original tariff proposals, the revised tariff proposals instead of the rates actually certified by the Board. I do not think, however, that the Board is to blame in that respect. After all, as it noted in its reasons, "[t]he entire hearing, and the expert and other evidence presented, revolved around the revised request" (Reasons, at paragraph 233). The issue that was to be decided was whether the Board should consider the revised claim, and if so to what extent, and not whether the Board's own assessment of the tariff should apply for the entire period including the two years preceding the filing of the revised tariff proposals. I also fail to understand how the decision of the Board can be considered to be contrary to *CPCC*, as suggested by the Collectives, as no revised tariff proposals were filed in that case. Finally, I am also unable to agree with the Collectives that this finding affected other portions of the Board's fairness

touchées ou ne donnerait pas lieu à une autre injustice procédurale ou substantielle ou à une violation des principes de justice naturelle.

Motifs, au paragraphe 234.

[89] La Commission était également consciente du déséquilibre possible entre les parties quant à l'information dont elles disposaient, tout en soulignant correctement qu'il ne s'agissait pas du seul facteur en cause. Elle a ensuite mentionné trois facteurs qui devaient être pris en compte pour que la modification ne porte pas atteinte à l'intégrité du processus d'établissement des tarifs prévu par la Loi.

[90] Le premier, qui concerne la hausse importante des taux proposés, n'est pas ce qui, en soi, a amené la Commission à ne pas homologuer le tarif révisé pour la période précédant son dépôt, en mai 2015. Contrairement à ce qu'ont fait valoir les sociétés de gestion, ce ne fut pas le motif [TRADUCTION] « principal » donné par la Commission pour imposer un plafond au taux de redevances pour 2014 et 2015. Ce facteur n'a fait que mettre en évidence l'importance d'examiner avec soin les hausses proposées par souci d'apaiser les « préoccupations en matière d'équité », comme l'a déclaré la Commission au paragraphe 228 de ses motifs.

[91] Il est vrai que la Commission a utilisé, comme base pour établir des comparaisons avec les projets de tarifs initiaux, les projets de tarifs révisés plutôt que les tarifs qu'elle avait déjà homologués. Je ne crois toutefois pas qu'il faille blâmer la Commission à cet égard. Après tout, comme elle l'a indiqué dans ses motifs, « [t]oute l'audience, ainsi que les témoignages d'experts et les autres éléments de preuve présentés, reposent sur la demande révisée » (motifs, au paragraphe 233). La question à trancher était de savoir si la Commission devait examiner la demande révisée et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle devait le faire; il ne s'agissait pas de déterminer si l'appréciation du tarif faite par la Commission devait s'appliquer à toute la période, y compris aux deux années précédant le dépôt des projets de tarifs révisés. Je ne vois pas non plus en quoi la décision de la Commission serait contraire à l'arrêt *SCPCP*, comme le soutiennent les sociétés de gestion, car aucun

analysis, as I shall try to demonstrate in the following paragraphs of these reasons.

[92] The main reason for not approving a tariff in excess of the amounts originally claimed by the Collectives for the period preceding the filing of the revised tariff appears to stem from a concern not to upset the scheme of the Act, and not to allow a party the possibility to do indirectly what it could not do directly. The Board was concerned, rightly so in my view, that allowing the Collectives to file revised rates more than two years after filing their initial proposal would effectively enable them to take advantage retroactively from the new rates prior to the date of their filing, despite the impact that such a course of action could have on other parties:

.... Although a tariff can have a retroactive effect when it is approved by the Board, a proposed tariff always operates prospectively from the start of its effective date, which runs no earlier than from January 1<sup>st</sup> following its proper filing. There is no mechanism in the *Act* whereby a tariff proposal may take effect prior to such effective date, and certainly not prior to its filing with the Board. Permitting the Collectives to file significantly “revised rates” in the fashion they have in the present case would enable them to benefit retroactively as if the amendment were made at the original filing date more than two years earlier, once approved – an advantage to which they would not otherwise be entitled. Generally speaking, we do not think the Board’s broad power to amend should be interpreted in a manner that would permit a party, in effect, to substitute for an initial proposed tariff another substantially different proposed tariff, in the guise of an “amendment”, after consideration of the initially proposed tariff is already substantially underway. The Board must have regard to the potential impact of such an initiative on the parties and other interested or affected persons.

Reasons, at paragraph 236 (emphasis added).

projet de tarif révisé n’avait été présenté dans cette affaire. Enfin, je ne peux souscrire à l’observation des sociétés de gestion selon laquelle cette conclusion a eu une incidence sur d’autres portions de l’analyse sur l’équité faite par la Commission, comme je tenterai d’en faire la démonstration dans les paragraphes ci-après des présents motifs.

[92] La principale raison de ne pas approuver de tarif supérieur aux montants initialement demandés par les sociétés de gestion pour la période précédant le dépôt du tarif révisé semble issue d’un souci de ne pas aller à l’encontre de l’économie générale de la Loi, ni de donner à une partie la possibilité de faire indirectement ce qu’elle ne pourrait pas faire directement. La Commission craignait — et c’était à mon avis justifié — qu’autoriser les sociétés de gestion à déposer des tarifs révisés plus de deux ans après le dépôt de leur projet initial leur permettrait en fait de bénéficier rétroactivement des nouveaux taux avant la date de leur dépôt, malgré les effets qu’une telle approche pourrait avoir sur d’autres parties :

[...] Bien qu’un tarif puisse avoir un effet rétroactif lorsqu’il est homologué par la Commission, un projet de tarif est toujours en vigueur de façon prospective à compter du début de sa date d’entrée en vigueur, qui ne commence pas avant le 1<sup>er</sup> janvier suivant son dépôt. La *Loi* ne prévoit aucun mécanisme par lequel un projet de tarif peut entrer en vigueur avant cette date, et certainement pas avant son dépôt auprès de la Commission. Le fait d’autoriser les sociétés de gestion à déposer des taux qui ont fait l’objet de révisions importantes comme elles l’ont fait en l’espèce leur donnerait un avantage rétroactif, comme si la modification avait été apportée à la date de dépôt initiale, plus de deux ans auparavant, après l’homologation – un avantage auquel elles n’auraient pas droit autrement. Dans l’ensemble, nous ne croyons pas que le vaste pouvoir de modification de la Commission doive être interprété d’une manière qui permettrait à une partie, en fait, de substituer à un projet de tarif initial un autre projet de tarif sensiblement différent, sous la forme d’une « modification », après que l’examen du tarif initialement proposé est déjà en bonne voie. La Commission doit tenir compte des répercussions possibles d’une telle initiative sur les parties et les autres personnes intéressées ou touchées.

Motifs, au paragraphe 236 (non souligné dans l’original).

[93] This line of reasoning has nothing to do with the significance of the increased rates, and everything to do with respect for the intention of Parliament. Of course, the size of the increase compounds the problem, but the real issue is one of principle. The same is true with the related concern of notice to the potential users of the tariff. At the time, subsection 71(2) of the Act required that a tariff proposal be filed at least nine months before its effective date, so as to allow potential users to plan and protect themselves from the increased liabilities associated with potential retroactive tariffs ultimately approved by the Board, as well as to inform them of the possibility to object to such a proposal. While it appears that such notice was given to both CCSA and its members by way of letter on June 18, 2015 (five months before the retransmission hearings), and that CCSA eventually withdrew its initial objection, the Board noted that it was not clear whether that letter was equivalent to a formal notice under the Act.

[94] Of course, we do not know whether any BDU would have been prejudiced by the certification of rates in excess of the rates originally sought for the tariff periods prior to the revised claims. No such evidence beyond vague and unsupported claims by CCSA was presented to the Board. However, this is beside the point. Matters of procedural fairness are not predicated on demonstrable and actual prejudice, and in my view the Board amply justified why it should not exercise its power to vary the initial Proposed Tariff and apply the revised rates for the years 2014–2015.

[95] For the above reasons, I am of the view that the Board did not err in capping the rates for 2014 and 2015 at the rates originally proposed by the Collectives.

[93] Ce raisonnement n'a rien à voir avec l'importance de l'augmentation des taux, mais tout à voir avec le respect de l'intention du législateur. Certes, l'ampleur de l'augmentation vient aggraver le problème, mais la véritable question en est une de principe. Il en va de même des préoccupations connexes concernant le préavis aux utilisateurs éventuels du tarif. À l'époque, le paragraphe 71(2) de la Loi exigeait qu'un projet de tarif soit déposé au moins neuf mois avant sa date d'entrée en vigueur afin de permettre aux utilisateurs éventuels de planifier et de se protéger de l'augmentation des charges à payer relativement aux tarifs rétroactifs susceptibles d'être en fin de compte homologués par la Commission, ainsi que de les informer qu'ils avaient la possibilité de s'opposer au projet de tarif. Bien qu'il semble qu'un tel préavis ait été signifié à la CCSA et à ses membres, au moyen d'une lettre datée du 18 juin 2015 (soit cinq mois avant les audiences sur la retransmission) et que la CCSA ait finalement retiré son opposition initiale, la Commission a noté qu'il n'a pu être clairement établi si cette lettre équivalait à un préavis officiel comme le prévoit la Loi.

[94] Bien sûr, nous ne savons pas si des EDR auraient subi un préjudice si des taux supérieurs aux taux initialement demandés avaient été homologués pour les périodes tarifaires précédant les demandes révisées. Aucun élément de preuve, si ce n'est de vagues allégations non corroborées de la part de la CCSA, n'a été présenté à la Commission. Cependant, là n'est pas la question. Les questions d'équité procédurale ne reposent pas sur la démonstration d'un préjudice réel, et je suis d'avis que la Commission a amplement justifié pourquoi elle ne devait pas exercer son pouvoir de modifier le projet de tarif initial et appliquer les taux révisés aux années 2014 et 2015.

[95] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la Commission n'a pas commis d'erreur en plafonnant les taux pour 2014 et 2015 aux taux initialement proposés par les sociétés de gestion.

VI. Conclusion

[96] For all of the foregoing reasons, I would dismiss the application for judicial review in file A-45-19, grant the application for judicial review in part in file A-47-19, and set aside the Board's decision to the extent of its use of the wrong pricing data in its proxy price calculation and of the wrong profit margin. In light of the divided success, each party should bear its own costs.

RENNIE J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

VI. Conclusion

[96] Pour tous les motifs qui précèdent, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire dans le dossier A-45-19, j'accueillerais en partie la demande de contrôle judiciaire dans le dossier A-47-19 et j'annulerais les parties de la décision de la Commission où cette dernière a utilisé les mauvaises données sur les prix pour calculer le prix du groupe de référence ainsi que la mauvaise marge de profit. Aucune partie n'ayant obtenu complètement gain de cause, chacune assumera ses propres dépens.

LE JUGE RENNIE, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je suis d'accord.