

Copyright Board  
Canada



Commission du droit d'auteur  
Canada

**Collective Administration in relation to rights  
under sections 3, 15, 18 and 21**

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

*Copyright Act, subsection 70.15(1)*

*Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 70.15(1)*

File: Reprographic Reproduction 2005-2009

Dossier : Reproduction par reprographie 2005-  
2009

STATEMENT OF ROYALTIES TO BE  
COLLECTED BY ACCESS COPYRIGHT FOR  
THE REPROGRAPHIC REPRODUCTION, IN  
CANADA, OF WORKS IN ITS REPERTOIRE

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR  
ACCESS COPYRIGHT POUR LA  
REPRODUCTION PAR REPROGRAPHIE, AU  
CANADA, D'ŒUVRES DE SON RÉPERTOIRE

(Educational Institutions – 2005-2009)

(Établissements d'enseignement – 2005-2009)

**DECISION OF THE BOARD**

**DÉCISION DE LA COMMISSION**

*Reasons delivered by:*

*Motifs exprimés par :*

Mr. Justice William J. Vancise  
Mrs. Francine Bertrand-Venne  
Mrs. Sylvie Charron

M. le juge William J. Vancise  
M<sup>e</sup> Francine Bertrand-Venne  
M<sup>e</sup> Sylvie Charron

*Date of Decision*

*Date de la décision*

June 26, 2009

Le 26 juin 2009

<u>TABLE OF CONTENTS</u>	<u>PAGE</u>	<u>TABLE DES MATIÈRES</u>
<b>INTRODUCTION</b>	1	<b>INTRODUCTION</b>
A. The Parties	1	A. Les parties
B. Glossary	2	B. Glossaire
C. Background	3	C. Historique
<b>THE PARTIES' POSITION</b>	5	<b>LA POSITION DES PARTIES</b>
A. Access Copyright	5	A. Access Copyright
B. The Objectors	7	B. Les opposants
<b>EVIDENCE</b>	8	<b>LA PREUVE</b>
A. Volume Study	8	A. L'enquête de volume
B. Access Copyright	11	B. Access Copyright
C. The Objectors	13	C. Les opposants
<b>LEGAL ISSUES</b>	16	<b>QUESTIONS DE DROIT</b>
A. To what extent can primary and secondary schools avail themselves of the fair dealing exception?	16	A. Dans quelle mesure les écoles primaires et secondaires peuvent-elles se prévaloir de l'exception relative à l'utilisation équitable?
B. Does the exception set out in subsection 29.4(2) of the <i>Act</i> apply to works in Access Copyright's repertoire?	36	B. L'exception prévue au paragraphe 29.4(2) de la <i>Loi</i> joue-t-elle à l'égard des œuvres faisant partie du répertoire d'Access?
C. Are works of non-affiliated rights holders who have cashed a royalty cheque part of Access Copyright's repertoire for the purposes of this case?	40	C. Les œuvres de titulaires non affiliés qui ont encaissé un chèque de redevances font-elles partie du répertoire d'Access aux fins de la présente instance?
<b>ECONOMIC ANALYSIS</b>	42	<b>ANALYSE ÉCONOMIQUE</b>
A. Volume of Photocopies	42	A. Volume de photocopies
B. Value of a Photocopied Page	46	B. La valeur d'une page photocopiee
C. Royalty Rate	56	C. Le taux de redevances

D. Total Royalties and Ability to Pay	57	D. Redevances totales et capacité de payer
<b>TARIFF WORDING</b>	57	<b>LIBELLÉ DU TARIF</b>
A. Ambit	58	A. Portée
B. Prohibitions	59	B. Interdictions
C. Attribution	59	C. Mention de la source
D. Notices	60	D. Avis
E. Surveys	60	E. Enquêtes
F. Transitional Provisions	62	F. Dispositions transitoires

Ottawa, June 26, 2009

Ottawa, le 26 juin 2009

**File: Reprographic Reproduction 2005-2009**

**Dossier : Reproduction par reprographie  
2005-2009**

**Reasons for the decision certifying the Access  
Copyright tariff for educational institutions**

**Motifs de la décision homologuant le tarif  
d'Access Copyright visant les établissements  
d'enseignement**

**INTRODUCTION**

**INTRODUCTION**

[1] These reasons deal with a tariff that applies to the reproduction of literary, dramatic and artistic works included in, among other things, books, newspapers and magazines for use in primary and secondary level educational institutions in Canada outside Quebec. This is the first time the Board has been requested to certify a tariff for these types of works. Photocopies of these works are important administrative and teaching tools for educational institutions in Canada, where photocopying is common practice.

[1] Les présents motifs traitent d'un tarif qui vise la reproduction d'œuvres littéraires, dramatiques et artistiques contenues entre autres dans des livres, journaux et magazines pour utilisation dans les établissements d'enseignement canadiens (à l'exclusion du Québec) de niveau primaire et secondaire. C'est la première fois que la Commission est appelée à homologuer un tarif pour ce type d'œuvres. Les photocopies de ces œuvres sont un outil pédagogique et administratif important pour les établissements d'enseignement au Canada, et l'utilisation de la photocopieuse y est monnaie courante.

**A. The Parties**

**A. Les parties**

[2] Access Copyright, The Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright or Access) is a not-for-profit corporation. Its members are organizations representing authors and publishers of copyright protected works published in books, magazines, journals and newspapers. An equal number of persons representing authors and publishers comprise its 18-member board of directors.

[2] *Access Copyright, The Canadian Copyright Licensing Agency* (Access Copyright ou Access) est une société à but non lucratif. Y adhèrent des organisations représentant des auteurs et éditeurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur publiées dans des livres, magazines, revues et journaux. Son conseil d'administration, qui compte 18 membres, est composé de représentants d'auteurs et d'éditeurs chacun pour moitié.

[3] Access acquires its repertoire in two ways. It signs affiliation agreements with Canadian authors and publishers who own copyrights. It also represents rights holders from Quebec and 23 other jurisdictions pursuant to bilateral agreements. In practice, Access administers the right to authorize reprography of that entire repertoire for all of Canada except Quebec, where the repertoire is administered by *La*

[3] Access acquiert son répertoire de deux façons. Elle conclut des ententes d'affiliation avec les titulaires de droits canadiens, tant auteurs qu'éditeurs. Elle représente aussi des ayants droit provenant du Québec et de 23 autres ressorts en vertu d'ententes bilatérales. En pratique, Access administre le droit d'autoriser la reprographie de l'ensemble de ce répertoire pour tout le Canada sauf le Québec, où c'est la Société

*Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC).*

[4] The Objectors in this case are the Ministries of Education of the twelve Canadian provinces and territories outside Quebec and each of the Ontario school boards (the “Objectors”).

## **B. Glossary**

[5] To allow the reader to better understand the following reasons, we find it useful to begin by defining a certain number of terms that will be used throughout.

[6] The *volume study* is the survey that Access conducted to estimate the volume and nature of transactions, copies and photocopied pages in primary and secondary educational institutions and in the Ministries of Education throughout Canada, except in Quebec.

[7] A *transaction* takes place when one or more documents are reproduced, in whole or in part, a certain number of times.

[8] A *copy* is a set of pages from the copied document. A transaction where three documents are each reproduced three times creates nine copies.

[9] Every reproduction of each page is a *photocopied page*. Reproducing a two-page document three times produces six photocopied pages.

[10] The *logging sticker* documents the particulars of each transaction recorded during the volume study. It is filled out by a freelance research assistant hired for that purpose, and initialled by the person making the copy. It indicates the number of photocopied pages, the number of copies made, the number of pages reproduced from the original, the person for whom the copy was made (person making the

québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) qui administre le répertoire.

[4] Les opposants dans la présente affaire sont les ministères de l'Éducation des douze provinces et territoires canadiens hors Québec ainsi que chacune des commissions scolaires de l'Ontario (les « opposants »).

## **B. Glossaire**

[5] Pour permettre au lecteur de mieux comprendre ce qui suit, nous avons jugé bon de définir d'entrée de jeu un certain nombre de termes utilisés par la suite.

[6] L'*enquête de volume* est l'enquête qu'Access a menée afin d'estimer le volume et la nature des transactions, copies et pages photocopées dans les institutions d'enseignement primaire et secondaire et dans les ministères de l'Éducation partout au Canada sauf au Québec.

[7] Une *transaction* est l'instance durant laquelle on reproduit, en tout ou en partie, un ou plusieurs documents un certain nombre de fois.

[8] Une *copie* est un jeu des pages du document qu'on a copié. Une transaction durant laquelle on reproduit trois fois chacun trois documents résulte en la création de neuf copies.

[9] Chaque reproduction de chaque page est une *page photocopée*. Reproduire trois fois un document de deux pages produit six pages photocopées.

[10] L'*étiquette d'enregistrement* documente ce qui s'est produit lors de chacune des transactions captées durant l'enquête de volume. Elle est remplie par un assistant de recherche pigiste embauché à cette fin et le copiste y appose ses initiales. Elle indique le nombre de pages photocopées, le nombre de copies effectuées, le nombre de pages d'un document original reproduit, la personne pour qui la copie a été

copy, staff member, student, other), the person who initiated the transaction and the purposes for which the copies are intended (administration, criticism or review, entertainment, future reference, inclusion in an exam, private study, projection in class, research, student instruction, undetermined purpose or other).

[11] A *class set* is a set of books intended to remain in a specific place at all times and be shared by students. The books may be used by more than one class or by various students in the same class.

[12] A *consumable* is a document that is intended for a single use and that may not be reproduced. In contrast, a *reproducible* is a document sold with the authorization to reproduce it for in-class use.

[13] An *allowable purpose* is a purpose that may give rise to the fair dealing exception in sections 29, 29.1 or 29.2 of the *Act*. These are research, private study, criticism, review and news reporting.

### C. Background

[14] The filing of the proposed tariff under review marks the culmination of a long process. Shortly after it was founded in 1988, CANCOPY (as Access Copyright was then known) sought to negotiate agreements for the photocopying of its repertoire at the primary and secondary school levels. In 1991, it reached a first agreement with Ontario. Between 1991 and 1997, other provinces and territories followed suit. All agreements established the royalty at \$1 per full-time equivalent (FTE) student.<sup>1</sup>

[15] From the beginning, Access advanced a principle it views as fundamental: eventually, royalties should reflect the volume and nature of the pages actually photocopied. In the absence of

faite (copiste, membre du personnel, élève, autre), la personne ayant initié la transaction et les fins auxquelles on destine les copies (administration, critique ou compte rendu, divertissement, consultation future, incorporation dans un examen, étude privée, projection en classe, recherche, enseignement, fin indéterminée ou autre).

[11] Un *ensemble de classe* est un ensemble de livres destinés à rester en tout temps dans un local précis et que les élèves se partagent. Ils peuvent servir à plus d'une classe ou encore, à différents élèves faisant partie d'une même classe.

[12] Un *document consommable* est un document destiné à n'être utilisé qu'une fois et dont la reproduction est interdite. Au contraire, un *document reproductible* est vendu avec l'autorisation de le reproduire pour usage en classe.

[13] Une *fin énumérée* est une fin pouvant donner ouverture à l'exception d'utilisation équitable en vertu des articles 29, 29.1 ou 29.2 de la *Loi* : recherche, étude privée, critique, compte rendu et communication de nouvelles.

### C. Historique

[14] Le dépôt du projet de tarif sous examen est le point culminant d'un long processus. Peu après sa fondation en 1988, CANCOPY (comme était connue à l'époque Access Copyright) a cherché à négocier des ententes pour la photocopie de son répertoire aux niveaux primaire et secondaire. En 1991, elle concluait une première entente avec l'Ontario. Entre 1991 et 1997, les autres provinces et territoires ont fait de même. Toutes les ententes établissaient la redevance à 1 \$ par élève équivalent temps plein (ETP).<sup>1</sup>

[15] Dès le début, Access a mis de l'avant le principe, fondamental pour elle, voulant que la redevance soit tôt ou tard fonction du volume et de la nature des pages réellement photocopiées.

data allowing that volume to be established, Access negotiated progressive increases based on certain surveys. Since the number of photocopies captured in surveys greatly exceeded the predetermined volume used to set an upper limit on the royalties, the rates quickly reached those limits, which could go up to \$2 per FTE student.

[16] Starting in 1998, Access began negotiations with a sub-committee of the Council of Ministers of Education, Canada (CMEC). All but one of the provinces agreed to set the royalties for the 1998-1999 school year at \$2 per FTE student. Only British Columbia insisted that the royalty it paid remain at \$1.60. Access filed an application with the Board to fix royalties pursuant to subsection 70.2(1) of the *Copyright Act* (the “*Act*”). The Board did not proceed with the application after the province accepted the \$2 royalty.

[17] In 1999, Access reached a five-year pan-Canadian agreement. The agreement, which was to end in August 2004, provided for progressive royalty increases per FTE student up to about \$2.30.<sup>2</sup> The agreement presented certain advantages for Access, but the royalty was still not based on the actual number of photocopied pages.

[18] Beginning in December 2003, Access and a negotiating committee of the CMEC undertook negotiations intended to lead to the licence’s renewal. From the outset, Access made it clear that the new agreement would have to reflect the value and volume of photocopied pages. After several months, the parties still had not managed to agree on a methodology to establish that value and volume, so Access decided to take another approach.

[19] On March 31, 2004, pursuant to subsection 70.13(2) of the *Act*, Access filed two proposed statements of royalties. This decision deals with

En l’absence de données permettant d’établir ce volume, Access a négocié des augmentations progressives en se fondant sur certains sondages. Comme le nombre de photocopies établi par sondage dépassait largement un volume prédéterminé à partir duquel les redevances étaient plafonnées, les taux ont rapidement atteint ces plafonds, qui pouvaient aller jusqu’à 2 \$ par élève ETP.

[16] Dès 1998, Access entreprenait des négociations avec un sous-comité du Conseil des ministres de l’Éducation du Canada (CMÉC). Toutes les provinces sauf une s’entendirent pour établir les redevances pour l’année scolaire 1998-1999 à 2 \$ par élève ETP. Seule la Colombie-Britannique tenait à ce que sa redevance demeure à 1,60 \$. Access déposa auprès de la Commission une demande de fixation de redevances conformément au paragraphe 70.2(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (la « *Loi* »). La Commission fut dessaisie après que la province eût accepté la redevance de 2 \$.

[17] En 1999, Access concluait une entente pancanadienne de cinq ans. L’entente, qui devait prendre fin en août 2004, prévoyait des hausses progressives de la redevance par élève ETP jusqu’à environ 2,30 \$.<sup>2</sup> L’entente présentait certains avantages pour Access, mais il restait encore à fonder la redevance sur le nombre réel de pages photocopées.

[18] Dès décembre 2003, Access et un comité de négociation du CMÉC entreprirent des négociations devant mener au renouvellement de la licence. D’entrée de jeu, Access précisa que la nouvelle entente allait devoir refléter la valeur et le volume de pages photocopées. Après plusieurs mois, les parties n’étant toujours pas arrivées à convenir d’une méthodologie permettant d’établir cette valeur et ce volume, Access décida de s’y prendre autrement.

[19] Le 31 mars 2004, conformément au paragraphe 70.13(2) de la *Loi*, Access déposait deux projets de tarifs. L’un d’entre eux fait

the one targeting copies made by primary and secondary educational institutions and persons who are acting under their authority. The proposal, which applies to the years 2005 to 2009, was published in the *Canada Gazette* as required in the *Act*. Prospective users and their representatives were notified of their right to challenge the proposal. The Objectors exercised that right.

[20] The process leading to the hearings was long, even though the parties acted diligently. Up until April 2005, the parties discussed how the volume study should be conducted. On April 15, 2005, the Board approved an agreed-upon schedule leading to hearings in late January 2007. The lengthy interval was intended to allow for the collection and analysis of the study data. The analysis ran into difficulties, which led to the hearings being delayed until June 12, 2007. Then, the ill-health of an important witness caused the hearings to be suspended on June 20, until they resumed from October 22 to 24. In total, the hearings lasted eight days. The file was closed on February 22, 2008, once the parties had complied with undertakings made during the hearings and answered the Board's additional questions.

## THE PARTIES' POSITION

### A. Access Copyright

[21] The published proposed rate was \$12 per FTE student. When filing its evidence, Access reduced its request to \$7.40. The data analysis problems we mentioned required significant corrections to the number of copies made and a revision of the conclusions on the proposed rate, which increased to \$8.25. During the hearing, Access amended its proposal yet again. The amendment took into account new data on the number of FTE students during the relevant period and the fact that Access accepted to subject photocopies made by the Ministries of

l'objet de la présente décision. Il vise la copie effectuée par les établissements d'enseignement du primaire et du secondaire et par les personnes agissant pour leur compte. Le projet, qui porte sur les années 2005 à 2009, a été publié dans la *Gazette du Canada* comme le prévoit la *Loi*. Les utilisateurs éventuels et leurs représentants ont été avisés de leur droit de s'y opposer. Les opposants se sont prévalus de ce droit.

[20] Le processus menant aux audiences a été long, malgré la diligence dont les parties ont fait preuve. Jusqu'en avril 2005, les parties ont discuté de la façon dont devrait procéder l'enquête de volume. Le 15 avril 2005, la Commission entérinait une entente sur un échéancier prévoyant que les audiences débuteraient fin janvier 2007. Le long délai visait à permettre la cueillette et l'analyse des données de l'enquête. Cette analyse s'est butée à des difficultés qui ont entraîné le report des audiences au 12 juin 2007. Par la suite, l'état de santé d'un témoin important a entraîné la suspension des audiences le 20 juin et leur reprise du 22 au 24 octobre. En tout, les audiences ont duré huit jours. Le dossier de l'affaire a été clos le 22 février 2008, après que les parties se soient conformées à des engagements pris durant les audiences et aient répondu à des questions supplémentaires de la Commission.

## LA POSITION DES PARTIES

### A. Access Copyright

[21] Le projet de tarif publié proposait un taux de 12 \$ par étudiant ETP. Au moment de déposer sa preuve, Access réduisait sa demande à 7,40 \$. Les problèmes d'analyse de données dont nous avons fait état ont nécessité des corrections importantes au nombre de copies effectuées, puis une révision des conclusions sur le taux proposé, qui passait à 8,25 \$. Pendant l'audience, Access a modifié une nouvelle fois sa proposition. La modification prenait en compte de nouvelles données sur le nombre d'étudiants ETP durant la période pertinente et le fait qu'Access acceptait



Education, other than those related to examinations and distance education, to the tariff targeting governments instead of educational institutions. Once those amendments were made, Access proposes a rate of \$8.92.

[22] Access acknowledges that some copies cannot or need not be subject to the tariff. The first are copies of documents of which reproduction is not allowed (and therefore, illegal): essentially, consumables. The second are those already authorized by the rights holder or by the *Act*: these are copies of reproducible and copies authorized pursuant to exceptions under the *Act*, including the fair dealing exception. For the remainder, Access assumes that practically all copies of published documents given to students will result in remuneration.

[23] Access agrees to treat as constituting fair dealing only those copies made at the recipient's request for the sole purpose of private study or research. Copies made for the purpose of criticism or review would not qualify, either because that purpose is not relevant in a school context, or because the conditions for application of the exception are not met. Copies made on the teacher's initiative or made for both an allowable and a non-allowable purpose would not benefit from the exception, either because they are made primarily for a non-allowable purpose (student instruction), or because they cannot be considered fair.

[24] Access acknowledges that educational institutions enjoy an exception for the use of works required for an examination. However, it submits that the exception is virtually irrelevant in this case, since it does not apply once the contemplated use is subject to the tariff under review.

d'assujettir les photocopies des ministères de l'Éducation, autres que celles liées aux examens et à l'enseignement à distance, au tarif visant les gouvernements plutôt qu'à celui visant les établissements d'enseignement. Une fois ces modifications apportées, Access propose un taux de 8,92 \$.

[22] Access reconnaît que certaines copies ne peuvent être assujetties au tarif ou n'ont pas à l'être. Les premières sont celles de documents dont la reproduction est interdite (et donc, illégale) : il s'agit essentiellement des documents consommables. Les secondes sont celles que le titulaire ou la *Loi* autorise déjà : il s'agit des copies de documents reproductibles et de celles qui sont autorisées au titre d'une exception prévue par la *Loi*, dont celles relatives à l'utilisation équitable. Pour le reste, Access tient pour acquis que pratiquement toutes les copies de documents publiés remises aux étudiants entraînent une rémunération.

[23] Access consent à traiter comme constituant de l'utilisation équitable uniquement les copies faites à la demande du destinataire aux seules fins d'étude privée ou de recherche. La copie effectuée aux fins de critique ou de compte rendu ne se qualifierait pas soit parce que ces fins ne sont pas pertinentes en milieu scolaire, soit parce que les conditions d'application de l'exception ne sont pas remplies. La copie faite à l'initiative de l'enseignant ou celle faite à la fois pour une fin énumérée et pour une fin non énumérée ne bénéficierait pas de l'exception soit parce qu'elle est faite avant tout pour une fin non énumérée (l'enseignement), soit parce qu'elle ne peut être considérée comme équitable.

[24] Access convient que les établissements d'enseignement bénéficient d'une exception pour l'utilisation d'œuvres dans le cadre d'un examen. Par contre, elle soutient que l'exception n'est à peu près pas pertinente en l'espèce, puisqu'elle ne s'applique pas dès lors que l'usage envisagé est assujetti au tarif sous examen.

[25] Lastly, Access argues that it is entitled to claim royalties not only for works within its repertoire, but also for those held by non-affiliated rights holders who authorized Access to act on their behalf by way of implied agency.

## **B. The Objectors**

[26] The Objectors state that, for the most part, they agree with the approach put forward by Access to determine the number and value of photocopied pages. That said, they propose making several adjustments to Access Copyright's calculations.

[27] The Objectors submit that there are far more reproductions authorized as fair dealing than Access admits. This point of view is essentially based on four submissions. First, virtually all copies made in schools of documents in Access Copyright's repertoire constitute fair dealing. Second, research, private study, criticism and review are the cornerstones of the elementary and secondary school curricula. Third, copies made for several purposes are fair as long as one is allowable pursuant to the relevant provisions of the *Act*. Fourth, copies made on the teacher's initiative are fair provided that the prospective user is a student and the dealing involves one allowable purpose under the *Act*.

[28] Furthermore, the Objectors argue that the exception dealing with copies made by educational institutions for use in examinations applies even though Access offers a licence for that purpose. Lastly, they deny Access Copyright's allegation that it may claim royalties for works held by non-affiliated rights holders. According to them, the facts Access relies on are quite simply insufficient to create an implied

[25] Enfin, Access soutient avoir le droit de réclamer des redevances non seulement pour les œuvres faisant partie de son répertoire, mais aussi pour celles détenues par un titulaire non affilié ayant autorisé Access à agir pour son compte par voie de mandat tacite.

## **B. Les opposants**

[26] Pour l'essentiel, les opposants se disent d'accord avec l'approche qu'Access met de l'avant pour établir le nombre et la valeur des pages photocopées. Cela dit, ils proposent d'apporter plusieurs ajustements aux calculs d'Access.

[27] Les opposants soutiennent que les reproductions autorisées au titre de l'utilisation équitable sont beaucoup plus nombreuses qu'Access ne l'admet. Ce point de vue repose pour l'essentiel sur quatre prétentions. Premièrement, pratiquement toutes les copies de documents faisant partie du répertoire d'Access faites dans les écoles constituent de l'utilisation équitable. Deuxièmement, recherche, étude privée, critique et compte rendu forment les pierres angulaires du curriculum des écoles élémentaires et secondaires. Troisièmement, la copie faite à plusieurs fins est équitable dès lors que l'une de ces fins est énumérée dans les dispositions pertinentes de la *Loi*. Quatrièmement, la copie faite à l'initiative de l'enseignant est équitable dès lors que l'utilisateur éventuel est un étudiant et que l'utilisation met en cause une des fins énumérées dans la *Loi*.

[28] Les opposants soutiennent par ailleurs que l'exception dont bénéficient les établissements d'enseignement en matière d'examen s'applique même si Access offre une licence à cette fin. Enfin, ils rejettent la prétention d'Access voulant qu'elle puisse réclamer des redevances pour les œuvres détenues par un titulaire non affilié. Selon eux, les faits sur lesquels Access se fonde ne suffisent tout simplement pas à établir

agency relationship. In the end, Objectors propose a tariff of \$2.43 per FTE student.

## **EVIDENCE**

### **A. Volume Study**

[29] Access and the Objectors agreed on the methodology for the volume study. Circum Network Inc. (Circum) developed the study for Access in collaboration with the Objectors and directed it. R.A. Malatest and Associates (Malatest) performed the data collection. AJD Data Services (AJD) captured the data and carried out an initial coding. Access carried out the bibliographic analysis and the final coding. Circum closed the loop by performing the statistical analysis.

[30] The study is based on a stratified sample of 894 schools, 31 school boards and 17 offices of Ministries of Education. That number of schools represents nine per cent of all institutions; that was the required percentage to ensure the targeted reliability of the results. The number of school boards simply represents the same percentage of all school boards targeted by the tariff. Lastly, given the low number of offices of Ministries of Education, all of them were included in the study, with the exception of those in Ontario that did not participate.

[31] The data collection was spread out over the entire 2005-2006 school year, excluding vacations. The study was conducted for ten consecutive school days in each institution. A freelance research assistant hired and trained by Malatest was posted next to each photocopier. For each transaction, the research assistant copied the bibliographic page of each copied document and then wrote the information mentioned in paragraph 10 on a logging sticker. The *full sample* compiles information for all of

l'existence d'un mandat tacite. En bout de piste, ils proposent un tarif de 2,43 \$ par étudiant ETP.

## **LA PREUVE**

### **A. L'enquête de volume**

[29] Access et les opposants se sont entendus sur la méthodologie de l'enquête de volume. Le Réseau Circum inc. (Circum) l'a conçue pour Access, avec les opposants, et dirigée. R.A. Malatest and Associates (Malatest) a effectué la collecte des données. AJD Data Services (AJD) les a captées et en a fait un premier codage. Access s'est livrée à l'analyse bibliographique et au codage final. Circum a bouclé la boucle en se livrant à l'analyse statistique.

[30] L'enquête repose sur un échantillonnage stratifié de 894 écoles, 31 commissions scolaires et 17 bureaux de ministères de l'Éducation. Le nombre d'écoles retenu représente neuf pour cent de tous les établissements; c'est ce qui était nécessaire pour assurer la fiabilité des résultats visée. Le nombre de commissions scolaires représente simplement le même pourcentage de l'ensemble des commissions scolaires assujetties au présent tarif. Finalement, étant donné le faible nombre de bureaux de ministères, tous, sauf ceux de l'Ontario, qui n'a pas participé, ont été retenus aux fins de l'enquête.

[31] La cueillette des données s'est échelonnée sur l'ensemble de l'année scolaire 2005-2006, à l'exception des périodes de vacances. Dans chaque établissement, l'enquête s'est tenue pendant dix journées scolaires consécutives. Un assistant de recherche pigiste embauché et formé par Malatest était en poste près de chaque photocopieuse. Pour chaque transaction, l'assistant de recherche copiait la page bibliographique de chacun des documents copiés puis notait, sur une étiquette d'enregistrement, les

the 366,344 transactions carried out during the study, from 942 observation posts.

[32] A *partial sample* was also gathered, at the Objectors' request, during one of the ten days of the study. On that day, in addition to gathering all of the information contained in the full sample, the research assistant collected a copy of all pages photocopied during each transaction.

[33] AJD carried out the digital conversion and entry of the collected data. The document type, title, author, publisher, country of origin and ISBN were identified for each document, as well as whether it was a consumable or a reproducible. This allowed the clearly irrelevant data to be sorted out immediately, thus ensuring a better use of time in the subsequent steps. AJD also created a PDF document for each transaction, all of which were then grouped by institution and country.

[34] Access performed the bibliographic analysis. To the extent possible, it verified, corrected and completed the bibliographic information collected during the study. Then, it sought to identify which works were in the public domain, which ones appeared on the list of works excluded from the scope of the Access licence, and which ones were held by rights holders affiliated with Access or one of its sister societies. The analysis was restricted to transactions involving documents that AJD had identified as potentially being part of the repertoire: books, newspaper articles, periodicals, undetermined and unknown documents. Reproducibles, consumables and other types of documents were disregarded. The analysis led to the creation of a database containing information allowing the identification of transactions containing published documents as well as bibliographic information on copied documents.

renseignements mentionnés au paragraphe 10. L'*échantillon complet* compile l'information pour l'ensemble des 366 344 transactions effectuées durant l'enquête, provenant de 942 postes d'observation.

[32] Un *échantillon partiel* a aussi été recueilli, à la demande des opposants, pendant une des dix journées de l'enquête. Ce jour-là, en plus de recueillir tous les renseignements que contient l'échantillon complet, l'assistant de recherche prélevait une copie de toutes les pages photocopées durant chaque transaction.

[33] AJD a procédé à la conversion numérique et à l'entrée des données recueillies. On a identifié, pour chaque document copié, le type de document, le titre, l'auteur, l'éditeur, le pays d'origine, l'ISBN et s'il s'agissait d'un document consommable ou reproductible. On a ainsi pu écarter d'emblée les données clairement non pertinentes, de façon à assurer un meilleur emploi du temps aux étapes subséquentes. AJD a aussi créé, pour chaque transaction, un document en format PDF qu'elle a ensuite regroupé par établissement et par pays.

[34] Access a procédé à l'analyse bibliographique. Dans la mesure du possible, elle a vérifié, corrigé et complété l'information bibliographique recueillie dans le cadre de l'enquête. Ensuite, elle a cherché à identifier ce qui faisait partie du domaine public, ce qui figurait sur la liste des ouvrages exclus de la portée de la licence d'Access, puis ce qui était détenu par des titulaires affiliés à Access ou à l'une de ses sociétés sœurs. L'analyse s'est limitée aux transactions comportant des documents qu'AJD avait identifiés comme étant susceptibles de faire partie du répertoire : livres, articles de journaux, périodiques, indéterminés et inconnus. On a fait abstraction des autres types de documents ainsi que des documents reproductibles ou consommables. L'analyse a mené à la création d'une banque de données comportant des renseignements permettant d'identifier les transactions portant sur des

Circum carried out its statistical volume analysis using this database.

[35] To obtain an estimate of the nation-wide, total volume of photocopies for the school year, Circum made two adjustments to the full sample. The first took into account the size of the sampled schools and their distribution by province or territory. That adjustment served to estimate the number of pages photocopied nationally over a two-week period. The second extrapolated the results to estimate an annual volume. The volume of photocopied pages varies over the course of the school year; therefore, it is not possible to obtain a reliable estimate simply by multiplying the volume obtained for the two weeks by 26. Using the photocopiers' counters, Circum compared, for a sub-sample of schools, the number of photocopied pages made during the observation period with the number made over the entire school year. The ratio thus obtained was then applied to the study volume to generate the total annual volume.

[36] The two parties agreed to rely entirely on the volume study data to establish the number of photocopied pages that trigger remuneration. They thus accepted the study results as fact. They also agreed that the decision as to whether a copy benefited from the fair dealing exception has to be based solely on the information written on the logging stickers, therefore accepting the statements on the stickers as proven facts.

[37] In addition to the information from the volume study, the parties filed the following evidence in support of their positions.

documents publiés de même que des renseignements bibliographiques se rapportant aux documents copiés. C'est à partir de cette base de données que Circum s'est livrée à l'analyse statistique du volume.

[35] Pour obtenir une estimation du volume total de photocopies pour l'année scolaire à l'échelle nationale, Circum a apporté deux ajustements à l'échantillon complet. Le premier a pris en compte la taille des écoles de l'échantillon et leur répartition par province ou territoire. Cet ajustement sert à estimer le nombre de pages photocopées à l'échelle nationale sur une période de deux semaines. Le second a extrapolé les résultats pour estimer un volume annuel. Le volume de pages photocopées varie durant une année scolaire; on ne peut donc obtenir une estimation fiable en multipliant simplement le volume obtenu pour les deux semaines par 26. En utilisant les dispositifs de comptage des photocopieuses, Circum a comparé, pour un sous-échantillon d'écoles, le nombre de pages photocopées faites durant la période d'observation au nombre de celles faites durant l'année scolaire complète. Le ratio ainsi obtenu a ensuite été appliqué au volume de l'enquête pour générer le volume annuel total.

[36] Les deux parties ont convenu de s'en remettre entièrement aux données de l'enquête de volume pour établir le nombre de pages photocopées donnant droit à une rémunération; elles tiennent donc pour avérés les résultats de l'enquête. Elles ont convenu aussi que c'est strictement à partir des renseignements inscrits sur les étiquettes d'enregistrement qu'il faut décider si la copie bénéficie de l'exception relative à l'utilisation équitable; elles tiennent donc pour avérées les déclarations qu'on y retrouve.

[37] Outre l'information provenant de l'enquête de volume, les parties ont présenté la preuve qui suit à l'appui de leurs positions.

## **B. Access Copyright**

[38] In support of its allegations, Access called the following witnesses.

[39] Ms. Maureen Cavan, Executive Director and Ms. Roanie Levy, Director of Legal Affairs and Government Relations at Access, described the collective society's structure, mandate and activities. They explained how Access acquires its repertoire, the principles governing royalty distribution, the development of relationships between the society and educational institutions and the reasons that led Access to file the proposed tariff under review.

[40] Messrs. Greg Pilon, President of Thomson Nelson Publishing, Michel de la Chenelière, founder of Chenelière Éducation, and Glenn Rollans, General Manager of Thomson Duval Publishing, provided the viewpoint of schoolbook publishers. In Canada, the production of educational supplies is a complex and costly process that involves significant financial risk. Since each province has its own requirements, the Canadian market is fragmented. Furthermore, a given province's approval of a textbook is no guarantee of sale. Schools and school boards select their books from among those that have been approved. Therefore, schoolbook publishers cannot be sure they will recover the costs incurred to have the textbook approved and produced. What is more, the dictates of the school calendar often mean that the textbook must be printed before orders are even received.

[41] The publishers admitted they are unable to assess to what extent their textbooks are photocopied or the impact those copies may have on their sales. However, they did stress that over the last 20 years or so, those sales have fallen by over 30 per cent. Therefore, they submit, without giving exact figures, that photocopying negatively impacts their sales. Since they believe that educational institutions make copies in lieu of purchasing textbooks, they conclude that a

## **B. Access Copyright**

[38] Au soutien de ses prétentions, Access a fait entendre les témoins suivants.

[39] M<sup>me</sup> Maureen Cavan, directrice générale et M<sup>c</sup> Roanie Levy, directrice des affaires juridiques et gouvernementales chez Access, ont décrit la structure de la société de gestion, son mandat et ses activités. Elles ont expliqué la façon dont Access acquiert son répertoire, les principes gouvernant l'allocation de redevances, l'évolution des rapports entre la société et les établissements d'enseignement et les motifs qui ont amené Access à déposer le projet de tarif sous examen.

[40] MM. Greg Pilon, président de Thomson Nelson Publishing, Michel de la Chenelière, fondateur de Chenelière Éducation, et Glenn Rollans, directeur général de Thomson Duval Publishing, ont offert le point de vue des éditeurs de livres d'école. Au Canada, la production de matériel scolaire est un processus complexe et coûteux qui comporte des risques financiers importants. Comme chaque province impose ses exigences, le marché canadien est fragmenté. De plus, l'approbation d'un manuel scolaire par la province ne constitue pas une garantie de vente. Ce sont les écoles et les commissions scolaires qui choisissent leurs livres parmi ceux qu'on a approuvés. L'éditeur scolaire n'est donc pas certain de récupérer les sommes qu'il engage pour faire approuver un manuel et le produire. Qui plus est, les exigences du calendrier scolaire font souvent en sorte qu'il faut imprimer le manuel avant même de recevoir des commandes.

[41] Les éditeurs ont admis ne pas être en mesure d'évaluer à quel point on photocopie leurs manuels ou l'impact que ces copies pourraient avoir sur leurs ventes. Ils soulignent toutefois que depuis une vingtaine d'années, ces ventes ont baissé de plus de 30 pour cent. Ils soutiennent donc, sans pour autant donner de chiffres précis, que la photocopie nuit à leurs ventes. Comme ils croient que les établissements d'enseignement font des copies pour remplacer l'achat de

tariff based on the textbook's retail price would prevent excessive substitution.

[42] Ms. Sara Slinn, a labour law professor at Queen's University, sought to establish a parallel between this instance and public sector labour relations adjudication. Adjudicators resist determining the ability to pay of public sector agents, and refuse to require suppliers to subsidize those agents by granting them lower remuneration than they would have obtained on private markets. Since the Objectors do not raise ability to pay, there is no need to elaborate on the issue.

[43] Mr. Marcel Boyer, holder of the Bell Canada Chair of Industrial Economy at the Economics Department of the Université de Montréal, provided an economic analysis of the notion of fair dealing and its relevance in the context of these proceedings. In his opinion, from an economic standpoint, it might be appropriate to apply a liberal interpretation of this notion in order to limit the power that certain authors may have over the market, to promote the dissemination of ideas contained in works or to offset the high transaction costs that arise in the absence of efficient markets.

[44] Professor Boyer concluded that in the context of these proceedings, there are insufficient economic grounds to justify such an interpretation. First, authors are not in a position to exert control over the schoolbook market: they offer substitutable goods and cannot prevent other authors from entering the market. Second, the dissemination of ideas is already taken into account, since the Board is aware of the tariff's impact on access to works. Third, the tariff's very existence and the blanket character of the licence it offers greatly decrease transaction costs, for instance by reducing the difficulties

manuels, ils concluent qu'un tarif qui serait fonction du prix de détail du manuel éviterait un effet de substitution excessif.

[42] M<sup>me</sup> Sara Slinn, professeure de droit du travail à l'Université Queen's, a cherché à établir un parallèle entre la présente affaire et les instances d'arbitrage en relations de travail dans le secteur public. Les arbitres se rebiffent à déterminer la capacité de payer des agents du secteur public et refusent d'imposer aux fournisseurs de subventionner ces agents en leur accordant une rémunération inférieure à celle qu'ils auraient obtenue dans les marchés privés. Comme les opposants ne soulèvent pas la capacité de payer, il n'y a pas lieu de s'étendre sur la question.

[43] M. Marcel Boyer, titulaire de la Chaire Bell Canada en économie industrielle au Département de sciences économiques de l'Université de Montréal, a fourni une analyse économique de la notion d'utilisation équitable et de sa pertinence dans le contexte de la présente affaire. À son avis, du point de vue économique, on pourrait vouloir recourir à une interprétation libérale de cette notion si l'on cherchait à limiter le pouvoir de marché dont pourraient disposer certains auteurs, à favoriser la dissémination des idées portées par les œuvres ou à pallier les coûts de transaction élevés qu'entraîne l'absence de marchés efficaces.

[44] Le professeur Boyer conclut que dans le contexte de la présente affaire, il n'existe pas de motifs économiques suffisants pour justifier une telle interprétation. Premièrement, les auteurs ne sont pas en mesure d'exercer un contrôle sur le marché du manuel scolaire : ils offrent des biens substituables et ne peuvent empêcher l'entrée d'autres auteurs sur le marché. Deuxièmement, la dissémination des idées est déjà prise en compte, puisque la Commission est sensible à l'impact du tarif sur l'accès aux œuvres. Troisièmement, l'existence même du tarif et le caractère général de la licence qu'il offre diminuent de beaucoup

related to identifying rights holders and determining a fair price to compensate them.

[45] Ms. Kimbalin Kelly, Director of Customer Services and Operations at Access, explained how her team conducted the bibliographic analysis of the volume study data to establish what should or should not result in remuneration.

[46] Mr. Benoît Gauthier, President of Circum, presented and interpreted the results of the volume study. His analysis of the study data led him to conclude that during the 2005-2006 school year, primary and secondary schools and Ministries of Education under review photocopied 10.3 billion pages. Of these, he estimates the number of photocopied pages from published works at 3.1 billion and, applying the legal principles submitted by Access, the number of photocopied pages triggering remuneration at 265.1 million.

[47] Messrs. Paul Audley, President of Paul Audley & Associates, and Douglas Hyatt, professor of business economics at the University of Toronto's Rotman School of Management, proposed a way of determining the value of photocopied pages. The witnesses noted that the Board had never set a tariff that could be used to establish the value of a photocopy. They proposed using the average selling price per page of literary works (books, newspapers and magazines) in the market as a reference value.

### **C. The Objectors**

[48] The Objectors called witnesses from all backgrounds. Administrators, teachers and students gave their opinion on the role and importance of photocopying in educational institutions as well as on the processes and motivations governing the selection, purchase and distribution of educational resources. These witnesses claimed, among other things, that a

les coûts de transaction, en réduisant par exemple les difficultés reliées à l'identification de l'ayant droit et du juste prix pour le compenser.

[45] M<sup>me</sup> Kimbalin Kelly, directrice des services à la clientèle et de l'exploitation chez Access, a expliqué la façon dont son équipe a procédé à l'analyse bibliographique des données de l'étude de volume afin d'établir ce qui devrait ou non entraîner une rémunération.

[46] M. Benoît Gauthier, président de Circum, a présenté et interprété les résultats de l'enquête de volume. Son analyse des données de l'enquête l'a amené à conclure que durant l'année scolaire 2005-2006, les écoles primaires et secondaires et les ministères de l'Éducation sous examen ont photocopié 10,3 milliards de pages. De ce nombre, il estime à 3,1 milliards le nombre de pages photocopées de documents publiés et, en appliquant les principes juridiques que défend Access, à 265,1 millions le nombre de pages photocopées donnant droit à rémunération.

[47] MM. Paul Audley, président de Paul Audley & Associates, et Douglas Hyatt, professeur d'économie des affaires à la Rotman School of Management de l'Université de Toronto, ont proposé une façon d'établir la valeur des pages photocopées. Les témoins ont noté que la Commission n'a jamais homologué de tarif pouvant servir à établir la valeur d'une photocopie. Ils proposent d'utiliser comme valeur de référence le prix de vente moyen par page des œuvres littéraires (livres, journaux et magazines) offertes dans le marché.

### **C. Les opposants**

[48] Les opposants ont fait comparaître des témoins de tous horizons. Des administrateurs, des enseignants et des étudiants ont offert leur point de vue sur le rôle et l'importance de la photocopie dans les établissements d'enseignement ainsi que sur les processus et motivations gouvernant la sélection, l'achat et la distribution de ressources pédagogiques. Ces



reproduction is worth less than the original, if only because a book is used for many years by many students, while a copy is used by only one student, even if many keep it until the end of the school year, that is, for as long a time as they would use a textbook. The witnesses did confirm that the acquisition of class sets is becoming increasingly frequent. These testimonies allowed us to better understand the point of view of certain interested parties. That being said, to the extent that a statement could have cast doubts on the volume study data, it was not taken into account.

[49] Mr. Gary Hatcher, Senior Director of School Services in the Department of Education of Newfoundland and Labrador, described the organizational structure of the Canadian education system, the financing of primary and secondary schools, the role of reprography licences and the context and reasons for which the Objectors take issue with the proposed tariff.

[50] Mr. Paul C. Whitehead, Professor of Sociology at the University of Western Ontario, served for some 20 years as representative on copyright matters for the Ontario Catholic School Trustees' Association. He described the process that led to the signing of the pan-Canadian agreement and the disagreements that made its renewal impossible. He laid out the administrative imperatives that lead him to conclude that it should be open to each province or territory to decide whether the province or the school boards will be the licence holder. In the same vein, he stated the practical and administrative reasons that, in his opinion, warrant applying the government tariff, and not the tariff under review, to photocopies made by the Ministries of Education. Lastly, he explained why he deems the auditing measures proposed by Access to be costly, intrusive and pointless.

témoins ont entre autres soutenu que la reproduction vaut moins que l'original, ne serait-ce que parce que le livre sert pendant plusieurs années et à de nombreux élèves, alors que la copie ne sert qu'à un seul élève, et ce, même si plusieurs la conservent jusqu'à la fin de l'année scolaire, soit aussi longtemps qu'ils utiliseraient un manuel scolaire. Les témoins ont par ailleurs confirmé l'acquisition de plus en plus fréquente d'ensembles de classe. Ces témoignages nous ont permis de mieux comprendre le point de vue de certains intéressés. Cela dit, dans la mesure où une affirmation aurait pu remettre en question les données de l'enquête de volume, nous n'en avons pas tenu compte.

[49] M. Gary Hatcher, directeur principal des services scolaires au ministère de l'Éducation de Terre-Neuve et Labrador, a décrit la structure organisationnelle du système canadien d'éducation, le financement des écoles primaires et secondaires, le rôle des licences de reprographie ainsi que le contexte et les motifs pour lesquels les opposants contestent le projet de tarif.

[50] M. Paul C. Whitehead, professeur de sociologie à l'Université Western Ontario, agit depuis une vingtaine d'années à titre de représentant de l'*Ontario Catholic School Trustees' Association* en matière de droits d'auteur. Il a décrit les démarches ayant mené à la conclusion de l'entente pancanadienne ainsi que les désaccords qui ont rendu impossible son renouvellement. Il a énoncé les impératifs administratifs qui l'amènent à conclure que chaque province ou territoire devrait être en mesure de décider qui, de la province ou des commissions scolaires, sera titulaire de la licence. Dans la même veine, il a exposé les raisons pratiques et administratives qui, à son avis, justifient d'assujettir les photocopies effectuées par les ministères au tarif visant les gouvernements, plutôt qu'au tarif sous examen. Il a enfin expliqué pourquoi il considère les mesures de vérification que propose Access onéreuses, importunes et inutiles.

[51] Mr. Robert Andersen, Professor of Sociology at the University of Toronto, provided the Objectors' position on the volume study. Having participated in developing the study, he said he agreed with the essential points of the approach, results and conclusions asserted by Mr. Gauthier, but nevertheless provided some comments.

[52] Professor Andersen first criticized the weighting used by Circum to determine the total volume of photocopied pages. After examining the detailed data of the partial sample, he concluded that the stickers correctly estimated the number of pages photocopied from published documents but underestimated the number of pages photocopied from non-published documents by about 10 per cent. In reply, Mr. Gauthier demonstrated that Professor Andersen's analysis was based on erroneous hypotheses, and that by correctly using the partial sample data, one could arrive at the same figure he had given. In the end, Professor Andersen agreed with Mr. Gauthier.

[53] As well, Professor Andersen took issue with Mr. Gauthier's method of dealing with documents he deemed to be published without being able to assign them to a category. He also explained how he would carry out the various adjustments the Objectors are asking the Board to make to Access Copyright's proposals, namely: to exclude reprographics made in ministries; to exclude copies made for examination purposes; to take into account a more liberal interpretation of the fair dealing exception; and, to exclude photocopies of works of non-affiliated rights holders. Considering the preceding, Professor Andersen estimates the number of pages triggering remuneration at 185.8 million (rather than 265.1 million).

[54] Messrs. Peter Lyman and Dustin Chodorowicz, from the Nordicity Group, testified

[51] M. Robert Andersen, professeur de sociologie à l'Université de Toronto, a offert le point de vue des opposants sur l'enquête de volume. Ayant participé à la conception de l'enquête, il s'est dit en accord avec l'essentiel de la démarche, de ses résultats et des conclusions mises de l'avant par M. Gauthier, mais a néanmoins fourni quelques commentaires.

[52] Le professeur Andersen a d'abord critiqué la pondération utilisée par Circum pour établir le volume total de pages photocopées. Après avoir examiné les données détaillées de l'échantillon partiel, il concluait que les étiquettes estimaient correctement le nombre de pages photocopées de documents publiés, mais sous-estimaient par environ 10 pour cent le nombre de pages photocopées de documents non publiés. M. Gauthier a par la suite démontré que l'analyse du professeur Andersen se fondait sur certaines hypothèses erronées et qu'en utilisant correctement les données de l'échantillon partiel, on en arrivait au même chiffre que ce qu'il avait avancé. Le professeur Andersen s'est finalement rallié à M. Gauthier.

[53] Le professeur Andersen s'en est par ailleurs pris à la façon dont M. Gauthier traite les documents qu'il juge être publiés sans qu'on ait pu les assigner à une catégorie. Il a aussi expliqué comment il procéderait à la série d'ajustements que les opposants demandent à la Commission d'effectuer par rapport à ce qu'Access propose, soit : l'exclusion des reprographics faites dans les ministères; l'exclusion des copies pour fins d'examens; la prise en compte d'une interprétation plus libérale de l'exception relative à l'utilisation équitable; l'exclusion des photocopies d'œuvres de titulaires non affiliés. Compte tenu de ce qui précède, le professeur Andersen estime à 185,8 millions (plutôt qu'à 265,1 millions) le nombre de pages photocopées donnant droit à rémunération.

[54] MM. Peter Lyman et Dustin Chodorowicz, du Groupe Nordicity, ont offert leur point de vue

on the method used to establish the value to assign to reproductions. Although they do not object to the overall methodology suggested by Access, they propose discounting the reference price by half to reflect the fact that a book is used many times while a photocopy is generally used only once. They also propose reducing the royalty to take into account the cost of making a photocopy, a cost they estimate at 1.6¢ per photocopied page.

[55] Mr. Steven Globerman, Kaiser Professor of International Business at Western Washington University, commented on Professor Boyer's analysis. Rather than criticizing the theoretical approach, he took issue with the lack of reliable empirical data to support the hypotheses put forward.

#### LEGAL ISSUES

[56] This case raises three legal issues. First, to what extent can primary and secondary schools avail themselves of the fair dealing exception? Second, does the exception set out in subsection 29.4(2) of the *Act* apply to works in Access Copyright's repertoire? Third, are works of non-affiliated rights holders who have cashed a royalty cheque part of Access Copyright's repertoire for the purposes of this case?

##### **A. To what extent can primary and secondary schools avail themselves of the fair dealing exception?**

[57] Several provisions of the *Act* allow a protected work to be used without permission. One of those exceptions, now elevated by the Supreme Court of Canada to a user's right,<sup>3</sup> concerns fair dealing. The relevant provisions are as follows:

29. Fair dealing for the purpose of research or private study does not infringe copyright.

sur la façon d'établir la valeur à accorder aux reproductions. Bien qu'ils ne s'opposent pas à la méthodologie générale suggérée par Access, ils proposent d'escompter de moitié le prix de référence pour refléter le fait qu'un livre sert plusieurs fois alors que la photocopie ne sert généralement qu'une fois. Ils proposent aussi de réduire la redevance pour prendre en compte ce qu'il en coûte pour faire une photocopie, coût qu'ils estiment à 1,6 ¢ par page photocopiee.

[55] M. Steven Globerman, *Kaiser Professor of International Business* à l'Université de Western Washington, a commenté l'analyse du Professeur Boyer. Plutôt que de critiquer l'approche théorique, il s'en est pris à l'absence de données empiriques fiables pour soutenir les hypothèses avancées.

#### QUESTIONS DE DROIT

[56] La présente affaire soulève trois questions de droit. Premièrement, dans quelle mesure les écoles primaires et secondaires peuvent-elles se prévaloir de l'exception relative à l'utilisation équitable? Deuxièmement, l'exception prévue au paragraphe 29.4(2) de la *Loi* joue-t-elle à l'égard des œuvres faisant partie du répertoire d'Access? Troisièmement, les œuvres de titulaires non affiliés ayant encaissé un chèque de redevances font-elles partie du répertoire d'Access aux fins de la présente instance?

##### **A. Dans quelle mesure les écoles primaires et secondaires peuvent-elles se prévaloir de l'exception relative à l'utilisation équitable?**

[57] Plusieurs dispositions de la *Loi* permettent l'utilisation sans permission d'une œuvre protégée. L'une de ces exceptions, désormais élevées par la Cour suprême du Canada au rang de droit des utilisateurs,<sup>3</sup> concerne l'utilisation équitable. Les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

29. L'utilisation équitable [...] aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

29.1 Fair dealing for the purpose of criticism or review does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
- (i) author, in the case of a work,

[...]

29.2 Fair dealing for the purpose of news reporting does not infringe copyright if the following are mentioned:

- (a) the source; and
- (b) if given in the source, the name of the
- (i) author, in the case of a work,

[...]

[58] A reproduction made pursuant to the fair dealing exception does not trigger remuneration and must therefore be subtracted from its calculation. That said, the parties do not agree on the categories of copies that fall under this exception.

[59] Access emphasizes that the exception only applies if the use involves an allowable purpose, is fair and, if applicable, meets the formal requirements mentioned in sections 29.1 and 29.2. Since all of these requirements are compulsory, the exception does not apply where the user fails to meet any one of them.

[60] Access consents to exclude from the royalty calculation single copies made solely for the purpose of research or private study. It also agrees to exclude multiple copies made at the request of third parties solely for these same purposes, on the assumption that the party requesting several copies for private study or

29.1 L'utilisation équitable [...] aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
- (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,

[...]

29.2 L'utilisation équitable [...] pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- (a) d'une part, la source;
- (b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
- (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur,

[...]

[58] La reproduction bénéficiant de l'exception relative à l'utilisation équitable ne donne pas droit à rémunération et doit donc être soustraite de son calcul. Cela dit, les parties ne s'entendent pas sur les catégories de copies qui bénéficient de l'exception.

[59] Access souligne que l'exception s'applique uniquement si l'utilisation vise une fin énumérée, si elle est équitable et si, le cas échéant, les conditions de forme mentionnées aux articles 29.1 et 29.2 sont respectées. Ces conditions étant toutes nécessaires, l'exception ne s'applique pas dès lors que l'utilisateur n'est pas en mesure d'établir l'une d'entre elles.

[60] Access consent à exclure du calcul des redevances la copie unique faite seulement à des fins de recherche ou d'étude privée. Elle traite de la même façon la copie multiple faite à la demande d'un tiers uniquement à de telles fins, présupant que celui qui demande plusieurs copies aux fins d'étude privée ou de recherche

research is acting for the benefit of others who are themselves engaged in research or private study. Access expresses one reservation about this principle: making a copy for a student who is required to read it is not fair dealing because the copy is necessarily made for educational purposes rather than for research or private study.

[61] For the rest, Access argues that the exception does not apply for the following reasons.

[62] To begin with, and without challenging the volume study data, Access submits that fair dealing for the purpose of criticism or review is not relevant in this case, for two reasons. First, criticism or review is necessarily communicated to the public. Yet, any criticism or review that could be done by a student will not be communicated to anyone. Second, the file provides no basis to conclude that the formal requirements were complied with.

[63] Next, Access submits that the question of knowing whether the dealing is for an allowable purpose is assessed according to the true purpose of the dealing. If the dealing is for more than one purpose, the allowable purpose must be the predominant purpose of the dealing for it to satisfy that requirement of the exception. Access argues that in a school setting, as soon as a purpose other than research or private study is identified, that other purpose must be assumed to be the predominant purpose of the dealing.

[64] Moreover, Access refers to a number of decisions to conclude that copies made on the teacher's initiative are not made for the purpose of research or private study. When a work is required by the teacher, the dominant purpose of the dealing is student instruction, not research or private study. Furthermore, Access contends that the notion of research must be interpreted in view of the companion concept of "private study"; it therefore involves an investigation, a search, a

agit pour le compte d'autres personnes se livrant elles-mêmes à cette recherche ou étude privée. Access formule une réserve à ce principe : la copie destinée à un étudiant dont on exige qu'il la lise n'est pas équitable parce qu'elle est nécessairement faite à des fins éducatives plutôt que de recherche ou d'étude privée.

[61] Pour le reste, Access soutient que l'exception ne joue pas, pour les motifs suivants.

[62] D'emblée, et sans remettre en cause les données de l'enquête de volume, Access soutient que l'utilisation équitable aux fins de critique ou de compte rendu n'est pas pertinente en l'espèce, pour deux motifs. Premièrement, la critique et le compte rendu impliquent nécessairement une communication au public. Or, la critique ou le compte rendu auquel l'étudiant pourrait se livrer ne sera communiqué à personne. Deuxièmement, rien dans le dossier ne permet de conclure que les conditions de forme ont été respectées.

[63] Access soutient ensuite que la question de savoir si l'utilisation vise une fin énumérée s'apprécie en fonction du but réel de l'utilisation. Si l'utilisation vise plus d'une fin, il faut que la fin énumérée soit l'objet principal de l'utilisation pour satisfaire ce volet de l'exception. Access soutient qu'en milieu scolaire, dès qu'on identifie une fin autre que la recherche ou l'étude privée, c'est cette autre fin qu'on doit présumer être l'objet principal.

[64] Par ailleurs, Access invoque divers arrêts pour conclure que les copies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves ne sont pas faites aux fins de recherche ou d'étude privée. Lorsque l'utilisation d'une œuvre est dictée par l'enseignant, l'objet dominant de l'utilisation est l'enseignement, pas la recherche ou l'étude privée. Qui plus est, Access maintient que la notion de recherche doit s'interpréter au regard du concept apparenté d'« étude privée »; elle

close study. By contrast, a teacher intends nothing more than to convey knowledge to his or her students.

[65] Access then analyzed the six criteria (purpose, character and amount of the dealing, available alternatives, nature of the work and effect of the dealing on the work) identified by the Supreme Court in *CCH* to establish whether the dealing is fair. The approach of Access Copyright on the subject can be summarized as follows.

[66] Access does not appear to distinguish between the identification of an allowable purpose and the assessment of the purpose of the dealing. We will return to this question at paragraph 88.

[67] As regards the character of the dealing, Access proposes to rely on the logging stickers. When a teacher makes copies for all of the students in his or her class without their requesting those copies, there are multiple copies that are widely distributed,<sup>4</sup> therefore tending to be unfair.

[68] Moreover, Access argues that the Board should refrain from examining the amount of the dealing and the available alternatives. Access submits that the decision of the Supreme Court of Canada in *CCH* concluded that these criteria could only be considered on an individual basis.

[69] In addressing the nature of the work and the effect of the dealing on the work, Access relies on the evidence to conclude that most of the copies are made from textbooks.<sup>5</sup> Access argues that making multiple copies of these textbooks competes directly with the original works. Large-scale photocopying of works within the only market open to those same works would thus tend to be unfair.

implique donc une enquête, une fouille et une étude attentive. Or, l'enseignant ne prétend à rien de plus que de transmettre des connaissances à ses étudiants.

[65] Access s'est ensuite livrée à l'analyse des six critères (but, nature et ampleur de l'utilisation, solutions de rechange, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre) que la Cour suprême a retenus dans *CCH* pour établir si une utilisation est équitable. Le propos d'Access à ce sujet peut se résumer comme suit.

[66] Access ne semble pas faire de distinction entre l'identification d'une fin énumérée et l'appréciation du but de l'utilisation. Nous reviendrons sur cette question au paragraphe 88.

[67] Pour ce qui est de la nature de l'utilisation, Access propose de s'en tenir aux étiquettes d'enregistrement. Lorsque l'enseignant fait des copies pour tous les élèves de sa classe sans que ces derniers les aient demandées, on est en présence de multiples copies diffusées largement<sup>4</sup> et donc, tendant à être inéquitables.

[68] Par ailleurs, Access soutient que la Commission devrait s'abstenir d'examiner l'ampleur de l'utilisation et les solutions de rechange. Access soutient que la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *CCH* que ces critères ne peuvent être considérés que sur une base individuelle.

[69] Passant à la nature de l'œuvre et à l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, Access s'en remet à la preuve pour conclure que la plupart des copies proviennent de manuels scolaires.<sup>5</sup> Access soutient que la confection de multiples copies de ces manuels fait directement concurrence aux œuvres originales. La photocopie à grande échelle d'œuvres à l'intérieur même du seul marché ouvert à ces mêmes œuvres tendrait donc à être inéquitable.

[70] By contrast, the Objectors submit that the liberal interpretation recommended in *CCH* necessarily leads to the conclusion that the fair dealing exception applies to practically all copies made in schools. In their opinion, it is most definitely certain that all of the categories mentioned on which a disagreement subsists must be excluded from the royalty calculation.

[71] The Objectors' argument seems to be based on two main propositions. First, it is possible to determine the fairness of a practice without examining each transaction; as long as the practice is fair, there is no need to go further. Second, any dealing for an allowable purpose is fair *ipso facto*.

[72] Regarding the character of the dealing, the Objectors first reiterate the same arguments, and then add that if for-profit research can be fair, we must conclude that students' unpaid pursuit of knowledge is equally so. The Objectors do not contend that the copies distributed to an entire class are "widely distributed". Moreover, the fact that students tend to get rid of photocopies once they no longer need them would also weigh in favour of the fairness of the dealing.

[73] With respect to the amount of the dealing, the Objectors argue that *CCH* now allows reproduction of larger excerpts of a work for purposes of fair dealing. Photocopies are, for the most part, limited to short excerpts from a great variety of books, complementing the use of textbooks. Contrary to what Access alleges, this is not the same scenario as described in *CCH* where a user reproduces several excerpts from a same work over a short period of time.<sup>6</sup>

[74] Relying on *CCH*, the Objectors contend that certifying a tariff is no more an alternative to fair dealing than is the availability of a licence.<sup>7</sup> They

[70] Pour leur part, les opposants soutiennent que l'interprétation libérale que préconise *CCH* amène nécessairement à conclure que pratiquement toutes les copies faites en milieu scolaire bénéficient de l'exception relative à l'utilisation équitable. À leur avis, il est plus que certain que toutes les catégories mentionnées faisant l'objet d'un litige doivent être exclues du calcul des redevances.

[71] L'argument des opposants semble reposer sur deux propositions principales. Premièrement, on peut déterminer le caractère équitable d'une pratique sans examiner chacune des transactions; dès lors que la pratique est équitable, on n'a pas à aller plus loin. Deuxièmement, toute utilisation pour une fin énumérée est *ipso facto* équitable.

[72] En ce qui concerne la nature de l'utilisation, les opposants réitèrent d'abord les mêmes arguments, pour ensuite ajouter que si la recherche à but lucratif peut être équitable, force est de conclure que la poursuite non rémunérée du savoir par l'étudiant l'est également. Les opposants ne prétendent pas que les copies qu'on distribue à l'ensemble d'une classe soient « diffusées largement ». Par ailleurs, le fait que les élèves aient tendance à se débarrasser des photocopies une fois qu'ils n'en ont plus besoin pèserait également en faveur du caractère équitable de l'utilisation.

[73] Par rapport à l'ampleur de l'utilisation, les opposants maintiennent que *CCH* permet désormais la reproduction aux fins d'utilisation équitable de plus larges extraits d'une œuvre. Or, les photocopies se limitent pour l'essentiel à de courts extraits de livres très variés, en appoint à l'utilisation des manuels scolaires. Contrairement à ce qu'Access prétend, on ne serait pas en présence du scénario décrit dans *CCH* où un utilisateur reproduit en peu de temps plusieurs extraits d'une même œuvre.<sup>6</sup>

[74] S'appuyant sur *CCH*, les opposants contestent que l'établissement du tarif, pas plus que la disponibilité d'une licence, ne constitue

also submit that the nature of the works in issue tends to favour the fairness of the dealing. Lastly, they deny that photocopying competes with original works in the schoolbook publishing market. The evidence does not establish that the use of photocopies has caused a decrease in sales; rather, a combination of factors caused the decrease.<sup>8</sup> Furthermore, the industry is doing quite well, and publishing houses continue to produce and publish new textbooks.

### 1. Analysis

[75] *CCH* now is the unavoidable starting point of any analysis of the notion of fair dealing. Without repeating the full analysis provided by the parties, it may be helpful to state what we believe to be the substance of the propositions resulting from that decision.

[76] First, all exceptions provided in the *Act* are now users' rights. They must be given a liberal interpretation, according to the purposes of copyright in general, including maintaining a balance between the rights of copyright holders and the interests of users, and the exception in particular.<sup>9</sup>

[77] Second, the fair dealing exception applies only to certain allowable purposes: private study, research, criticism, review, and news reporting. Dealings for other purposes are not covered by the exception, even if they would otherwise be fair.

[78] Third, dealings for an allowable purpose are not *ipso facto* fair. The fairness of the dealing is assessed separately, according to an open list of factors including the purpose, character and amount of the dealing, available alternatives, the nature of the work and the effect of the dealing on the work.<sup>10</sup>

une solution de rechange aux fins de l'utilisation équitable.<sup>7</sup> Ils soutiennent par ailleurs que la nature des œuvres en jeu tend à favoriser le caractère équitable de l'utilisation. Finalement, ils réfutent que la photocopie fasse concurrence aux œuvres originales dans le marché de l'édition scolaire. La preuve n'établit pas que le recours aux photocopies a entraîné une baisse de ventes; c'est plutôt un ensemble de facteurs qui a entraîné cette baisse.<sup>8</sup> D'ailleurs, l'industrie se porte plutôt bien et les maisons d'édition continuent de produire et de publier de nouveaux manuels.

### 1. Analyse

[75] L'arrêt *CCH* constitue désormais le point de départ obligé de toute analyse de la notion d'utilisation équitable. Sans reprendre toute l'analyse que les parties nous ont offerte, il est sans doute utile d'énoncer ce que nous croyons être l'essentiel des propositions qui découlent de cet arrêt.

[76] Premièrement, toutes les exceptions que prévoit la *Loi* sont dorénavant des droits de l'utilisateur. Elles doivent être interprétées de façon libérale, en fonction des objets du droit d'auteur en général, dont le maintien d'un équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, et de l'exception en particulier.<sup>9</sup>

[77] Deuxièmement, l'exception relative à l'utilisation équitable ne s'applique que pour certaines fins énumérées : étude privée, recherche, critique, compte rendu, et communication de nouvelles. L'utilisation à d'autres fins ne bénéficie pas de l'exception, et ce, même si elle serait par ailleurs équitable.

[78] Troisièmement, l'utilisation pour une fin énumérée n'est pas équitable de ce seul fait. Le caractère équitable de l'utilisation s'évalue séparément, en fonction d'une liste ouverte de facteurs dont le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.<sup>10</sup>



[79] Fourth, since all of the conditions for application of the exception must be satisfied, the exception will not apply as long as any one condition is not met.

[80] Fifth, a practice or a system may constitute a “dealing” just as well as an individual act. The exception can benefit a practice or system if it is established either that all of the individual dealings are research-based and fair, or that the practice or the system itself is research-based and fair.<sup>11</sup>

[81] Sixth, the notion of fair dealing is a legal concept that must be interpreted according to the framework laid down in *CCH*. Although interesting, Professor Boyer’s study and Professor Globberman’s criticism of that study are not relevant.

[82] In this instance, we must decide the following questions. First, is there a “practice” within the meaning of *CCH* in the educational institutions under review? Second, are the relevant dealings for allowable purposes? For one thing, is the exception for criticism or review relevant in this instance? Third, are the dealings fair? What if the person making the copy requires the student to read the text that the student apparently requested? What becomes of the copy made for multiple purposes, some of which are not allowable under fair dealing? And how should we deal with copies made by a teacher for an entire class, at the teacher’s initiative, when the teacher states that the copies are made for the purpose of private study or research?

a. Educational Institutions and the Notion of Practice

[83] *CCH* found the existence of a practice or system essentially by relying on the Great

[79] Quatrièmement, les conditions d’application de l’exception étant toutes nécessaires, l’exception ne joue pas dès lors que l’une d’entre elles n’est pas remplie.

[80] Cinquièmement, une pratique ou un système peut constituer une « utilisation » tout aussi bien qu’un geste individuel. On pourra se prévaloir de l’exception à l’égard d’une pratique ou d’un système en établissant soit que toutes les utilisations individuelles sont axées sur la recherche et équitables, soit que la pratique ou le système même est axé sur la recherche et équitable.<sup>11</sup>

[81] Sixièmement, la notion d’utilisation équitable est un concept juridique, qui doit être interprété en fonction des balises posées dans *CCH*. Bien qu’intéressantes, l’étude du professeur Boyer et la critique que le professeur Globberman en a offerte ne sont pas pertinentes.

[82] La présente affaire exige que nous tranchions les questions suivantes. Premièrement, existe-t-il une « pratique » au sens de l’arrêt *CCH* dans les établissements d’enseignement sous examen? Deuxièmement, sommes-nous en présence d’utilisations à des fins visées par la *Loi*? Entre autres, l’exception de critique ou de compte rendu est-elle pertinente en l’espèce? Troisièmement, les utilisations sont-elles équitables? Qu’en est-il lorsque le copiste exige de l’étudiant qu’il lise le texte que l’étudiant aurait demandé? Qu’advient-il de la copie faite pour des fins multiples dont certaines ne donnent pas ouverture à l’utilisation équitable? Et comment traiter des copies multiples que l’enseignant fait pour toute une classe, de sa propre initiative, et qui déclare qu’il s’agit de copies faites à des fins d’étude ou de recherche privée?

a. La notion de pratique et les établissements d’enseignement

[83] L’arrêt *CCH* a conclu à l’existence d’une pratique ou système en se fondant essentiellement

Library's access policy.<sup>12</sup> This policy limits which copies will be made (photocopy requests for most non-allowable purposes are refused)<sup>13</sup>, restricts the length of excerpts that can be reproduced and warns that librarians may refuse requests of greater scope than is usually deemed reasonable.<sup>14</sup>

[84] Nothing in the record leads us to conclude that there is a practice or system equivalent to the Great Library's access policy. There seem to be only two constant facts. The first is the posting of notices required by the pan-Canadian licence, stating what is permitted by the licence, not what the institution believes is allowed as fair dealing. The second is that, as a general rule, students are not allowed to use photocopiers. These facts do not suffice to establish a system. Stating that research, private study, criticism and review are the cornerstones of primary and secondary education is one thing; establishing that the institutions have implemented measures aimed either at restricting photocopying only to fair dealing or at separately documenting dealings that are fair from those that trigger remuneration is quite another.

[85] Moreover, the use of logging stickers during the study period is not part of a practice or system within the meaning of *CCH*. Nothing indicates that institutions used the stickers before or after the study period. Nothing indicates that the stickers were intended to govern the conduct of those making copies or that of the recipients; among other things, nothing indicates that stickers might have served to verify compliance with any policy. Everything leads to the conclusion that the stickers were merely the means used by the parties to collect the data they required.

[86] It thus appears that, in theory, should the Objectors seek to invoke the fair dealing

sur la politique d'accès de la Grande bibliothèque.<sup>12</sup> Cette politique circonscrit les copies qu'on effectuera (on refuse les demandes de photocopie pour la plupart des fins non énumérées)<sup>13</sup>, limite l'ampleur de l'extrait pouvant être reproduit et prévient que le bibliothécaire peut refuser une demande dont la portée excède ce qui est habituellement jugé raisonnable.<sup>14</sup>

[84] Rien dans le dossier ne nous permet de conclure à l'existence d'une pratique ou système équivalent à la politique d'accès de la Grande bibliothèque. Seules deux constantes semblent exister. La première est l'affichage prévu par la licence pancanadienne, affichage qui établit ce qui est permis par la licence, pas ce que l'établissement croit permis au titre de l'utilisation équitable. La seconde est que, règle générale, les élèves n'ont pas le droit d'utiliser les photocopieuses. Ces constantes ne suffisent pas à établir un système. Affirmer que la recherche, l'étude privée, la critique et le compte rendu sont des piliers de l'enseignement primaire et secondaire est une chose; établir que les établissements ont mis en place des mesures visant soit à circonscrire la photocopie aux seuls cas d'utilisation équitable, soit à documenter séparément les utilisations équitables de celles donnant lieu à rémunération en est une autre.

[85] Par ailleurs, l'utilisation des étiquettes d'enregistrement pendant la période de l'enquête ne fait pas partie d'une pratique ou système au sens où l'entend *CCH*. Rien n'indique que les établissements ont utilisé les étiquettes avant ou après la période de l'enquête. Rien n'indique que les étiquettes devaient servir à orienter la conduite des copistes ou des destinataires; entre autres, rien ne permet de croire qu'on s'en soit servi pour vérifier qu'une politique quelconque était suivie. Tout mène à conclure que les étiquettes étaient simplement le moyen qu'ont utilisé les parties pour recueillir les données dont elles avaient besoin.

[86] Il semble donc, en théorie, que si les opposants cherchent à se prévaloir de l'exception

exception, they would have to establish that each single dealing with the works was for an allowable purpose and was fair. That said, the fact the parties agreed to treat the information on the logging stickers as proven facts should allow us to do a more general analysis.

b. Is the Dealing for an Allowable Purpose Under the Act?

[87] Since we accept as fact, for the most part, that a copy was made for an allowable purpose if the attached sticker so states, we could ignore most of the parties' arguments on the subject. However, we do intend to make a few comments.

[88] Access contended that, when a dealing is for more than one purpose, the question of whether it is for an allowable purpose under the *Act* is assessed according to the dealing's predominant purpose.<sup>15</sup> If the predominant purpose is not an allowable one, the exception would not apply, even if the dealing is fair and incidentally for an allowable purpose. We do not agree. This interpretation renders superfluous the analysis of the dealing's purpose within the discussion on what is fair. Rather, in our opinion *CCH* established a simple, clear-cut rule for this aspect of the exception, leaving the finer assessment (establishing the predominant purpose) to the analysis of what is or is not fair. Accordingly, as soon as the logging sticker mentions that the dealing is for an allowable purpose, we must proceed to the next step. Whether the predominant purpose is or is not an allowable purpose is one of the factors that must be taken into account in deciding whether or not the dealing is fair.<sup>16</sup>

[89] Access also alleges that research entails an investigation, a search or a close study. We find it difficult to adopt that principle. The notion of research must be interpreted broadly. *CCH* seems

relative à l'utilisation équitable, il leur faudrait établir que chacune des utilisations individuelles des ouvrages visait une fin énumérée et était équitable. Cela dit, le fait que les parties aient convenu de tenir pour avérée l'information que contiennent les étiquettes d'enregistrement devrait nous permettre de nous livrer à une analyse plus générale.

b. L'utilisation vise-t-elle une fin énumérée dans la Loi?

[87] Comme nous tenons pour avéré pour l'essentiel qu'une copie a été faite à une fin énumérée dès lors que l'étiquette apposée le mentionne, nous pourrions passer sous silence la plupart des prétentions des parties à ce sujet. Nous tenons néanmoins à livrer un certain nombre de commentaires.

[88] Access a soutenu que, lorsqu'une utilisation vise plus d'une fin, la question de savoir si elle vise une fin énumérée dans la *Loi* s'évalue en fonction de son objet principal.<sup>15</sup> Si l'objet principal n'est pas une fin énumérée, l'exception ne jouerait pas, même si l'utilisation est équitable et qu'elle vise accessoirement une fin énumérée. Nous ne sommes pas d'accord. Cette interprétation rend inutile l'analyse du but de l'utilisation dans le cadre de la discussion de ce qui est équitable. Il nous semble au contraire que *CCH* a établi une règle de démarcation simple et nette pour ce volet, laissant l'appréciation plus fine (l'établissement de l'objet principal) à l'analyse de ce qui est ou non équitable. Par conséquent, dès lors qu'une étiquette note que l'utilisation vise une fin énumérée, il faut passer à la deuxième étape. Le fait que l'objet principal soit ou non une fin énumérée est l'un des facteurs qu'il faut prendre en compte subséquemment, afin de décider si l'utilisation est ou non équitable.<sup>16</sup>

[89] Access prétend aussi que la recherche suppose une enquête, une fouille ou une étude attentive. Nous avons de la difficulté à adopter ce principe. La notion de recherche doit être

to stand for the proposition that a lawyer is involved in research as soon as he or she performs the most elementary consultation of his or her everyday work tools. It would be difficult to contend that legal research always, or even often, involves an investigation, a search or a close study. Accordingly, and contrary to certain decisions in other jurisdictions,<sup>17</sup> we prefer to rely on the interpretation used by the Board in a previous case. Research occurs provided that effort is put into finding, regardless of its nature or intensity:

If copying a court decision with a view to advising a client or principal is a dealing “for the purpose of research” within the meaning of section 29, so is streaming a preview with a view to deciding whether or not to purchase a download or CD. The object of the investigation is different, as are the level of expertise required and the consequences of performing an inadequate search. Those are differences in degree, not differences in nature.<sup>18</sup>

[90] On another issue, it appears that *CCH* did not challenge previous interpretations of the notion of private study. Almost a century ago, British courts established a dichotomy between private study and teacher-student classroom interaction.<sup>19</sup> Canadian decisions followed that theme, concluding that distributing copies to all students attending a course could not constitute private study.<sup>20</sup> The Federal Court of Appeal seems to be of the same view: “[...] if a law professor requests a copy of a work for the purpose of distributing it among his or her students, such a request would not be for the purpose of private study”.<sup>21</sup> It therefore seems impossible that a copy made by a teacher for his or her class can be for the purpose of private study, no matter what is written on the logging sticker.

[91] A similar problem arises when the sticker indicates that the copy was made for the purpose

interprétée de manière large. *CCH* semble conclure qu’un avocat effectue une recherche dès lors qu’il se livre à la plus élémentaire consultation de ses outils de travail de tous les jours. Il serait difficile de prétendre que la recherche juridique implique toujours, ou même souvent, une enquête, une fouille ou une étude attentive. Conséquemment, et contrairement à certaines décisions provenant d’autres ressorts,<sup>17</sup> nous préférons nous en remettre à l’interprétation que la Commission a retenue dans une affaire antérieure. Il y a recherche dès lors qu’il y a effort pour trouver, peu importe sa nature ou son intensité :

Si copier un arrêt en vue de pouvoir conseiller un client ou un senior est une utilisation « à des fins de recherche » comme l’entend l’article 29, écouter au préalable un extrait en vue de décider d’acheter ou non un téléchargement ou un CD l’est aussi. L’objet de la démarche est différent, tout comme l’expertise qu’elle requiert ou les conséquences d’une recherche bâclée. Il s’agit là de différences de degré et non de nature.<sup>18</sup>

[90] Il semble par ailleurs que *CCH* n’ait pas remis en cause les interprétations antérieures de la notion d’étude privée. Il y a près d’un siècle que les tribunaux britanniques ont établi une dichotomie entre l’étude privée et l’interaction enseignant-élève en classe.<sup>19</sup> La jurisprudence canadienne a repris ce thème, concluant que la distribution de copies à tous les étudiants assistant à un cours ne pouvait constituer de l’étude privée.<sup>20</sup> La Cour d’appel fédérale semble partager ce point de vue : « [...] si [...] un professeur de droit demande une copie d’une œuvre pour la distribuer à ses élèves, sa demande ne viserait pas des fins d’étude privée ». <sup>21</sup> Il semble donc impossible qu’une copie faite par l’enseignant pour sa classe puisse être aux fins d’étude privée et ce, peu importe ce qui est inscrit sur l’étiquette d’enregistrement.

[91] Un problème semblable se soulève lorsque l’étiquette indique que la copie a été faite aux fins

of criticism or review. To the contrary, it seems to us that a copy is not made for the purpose of criticism unless it is incorporated into the criticism itself. It would be possible, however, to claim that the copy supplied to the person intending to engage in criticism is made for the purpose of research that may or may not lead to criticism.

[92] Granted, *CCH* states that: “[a]lthough the retrieval and photocopying of legal works are not research in and of themselves, they are necessary conditions of research and thus part of the research process. The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an essential element of the legal research process”.<sup>22</sup> This statement does not seem relevant in this instance; rather, we are inclined to conclude that section 29.1 of the *Act* applies solely to the dealing carried out in the context of criticism itself. The application of the exception for criticism to the overall process leading to the creation of the criticism would result in absurd consequences. A music columnist who copies ten songs onto an iPod and then comments on only one of them in a weekly column could not claim to benefit from the exception for the purpose of criticism without mentioning the source and the author’s name of all of the songs, including those not commented on. Instead, it appears to us to be more in keeping with the spirit of the *Act* to treat the ten copies as having been made for the purpose of research – research in contemplation of criticism.

[93] Moreover, Access is wrong to contend that criticism or review necessarily involves a communication *to the public*. It may be that the exception for news reporting does implicitly contain such a requirement. It may even be that the obligation to indicate the source and the author’s name implicitly creates a requirement of communication. However, with all due respect to the opposite point of view,<sup>23</sup> we are not of the opinion that this communication must be made to

de critique ou de compte rendu. Il nous semble au contraire qu’une copie n’est faite aux fins de critique que si elle est incorporée à la critique même. On pourrait, par contre, soutenir que la copie fournie à celui qui veut éventuellement se livrer à la critique est faite aux fins de recherche pouvant ou non mener à la critique.

[92] Certes, *CCH* déclare que : « [m]ême si la recherche documentaire et la photocopie d’ouvrages juridiques ne constituent pas de la recherche comme telle, elles sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie. La reproduction d’ouvrages juridiques est effectuée aux fins de recherche en ce qu’il s’agit d’un élément essentiel du processus de recherche juridique ». <sup>22</sup> Ce propos ne nous semble pas pertinent en l’espèce; nous sommes plutôt portés à conclure que l’article 29.1 de la *Loi* vise uniquement l’utilisation qui se fait dans le cadre même de la critique. L’application de l’exception de critique à l’ensemble du processus qui mène à la création de la critique entraînerait des résultats absurdes. Le chroniqueur musical qui reproduirait sur son iPod dix chansons pour ensuite n’en commenter qu’une dans sa rubrique hebdomadaire ne pourrait se prévaloir de l’exception aux fins de critique que s’il mentionnait la source et le nom de l’auteur de toutes les chansons, y compris celles qu’il a choisi de ne pas commenter. Il nous semble au contraire être plus conforme à l’esprit de la *Loi* de traiter des dix copies comme étant faites aux fins de recherche, recherche dont le but est une éventuelle critique.

[93] Par ailleurs, c’est à tort qu’Access prétend que la critique ou le compte rendu implique nécessairement une communication *au public*. Il se peut que l’exception visant la communication de nouvelles comporte implicitement une telle exigence. Il se peut même que l’obligation d’identifier la source et le nom de l’auteur emporte implicitement l’exigence d’une communication. Cela dit, et avec tous égards pour le point de vue contraire,<sup>23</sup> nous ne croyons

the public. We cannot agree that a student conveying his or her impressions on the Harry Potter series violates J.K. Rowling's rights when writing them to the author but not when communicating them to the entire class or posting them on MySpace.

[94] For the purposes of these proceedings, we are prepared to accept as a fact that copies the study states were made for the purpose of criticism or review are actually copies made for the purpose of research and should be treated as such.

c. Is the Dealing Fair?

[95] Although the parties agree on the factors to take into account to determine whether a dealing is fair, they interpret and apply those factors differently.

(i) *The purpose of the dealing*

[96] *CCH* asks that the real purpose or motive of the dealing be assessed objectively. In our opinion, this is the stage where the relative importance of allowable purposes must be weighed against all of the user's intended purposes.

[97] In *CCH*, the Court insisted on the fact that the Great Library's access policy "provides reasonable safeguards that the materials are being used for the purpose of research and private study".<sup>24</sup> There is no mention whatsoever of multiple purposes. That said, we must acknowledge that a user rarely pursues a single purpose: the purposes of research done by private counsel are first and foremost to defend the client and increase the firm's profits, not to pursue knowledge. In these proceedings, to the extent that the copy is made at the student's request and more than one purpose is indicated on the sticker, the evidence available does not allow us to determine the relative importance of those

pas que cette communication doive se faire au public. Nous ne pouvons convenir que l'étudiant qui écrirait à Bryan Perro pour lui livrer ses impressions sur la dernière mouture d'Amos Daragon viole les droits de l'auteur alors qu'il ne le fait pas en livrant ses commentaires à l'ensemble de sa classe ou en les affichant sur MySpace.

[94] Aux fins de la présente instance, nous sommes prêts à tenir pour acquis que les copies que l'enquête dit avoir été faites aux fins de critique ou de compte rendu sont en fait des copies faites aux fins de recherche et devraient être traitées comme telles.

c. L'utilisation est-elle équitable?

[95] Si les parties s'entendent sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer si une utilisation est équitable, elles interprètent et appliquent ces facteurs différemment.

(i) *Le but de l'utilisation*

[96] *CCH* prescrit d'évaluer objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation. À notre avis, c'est à ce stade qu'il faut soupeser l'importance relative des fins énumérées par rapport à l'ensemble des fins poursuivies par un utilisateur.

[97] Dans *CCH*, la Cour a insisté sur le fait que la politique d'accès « garantit raisonnablement que les ouvrages seront utilisés aux fins de recherche et d'étude privée ». <sup>24</sup> Il n'est aucunement fait mention d'objets multiples. Cela dit, il faut bien reconnaître qu'un utilisateur poursuit rarement une seule fin : les objets de la recherche qu'effectue un avocat de pratique privée sont avant tout la défense du client et l'augmentation des bénéfices du cabinet, et non la poursuite du savoir. En l'espèce, dans la mesure où la copie est faite à la demande de l'étudiant et que l'étiquette indique plus d'une fin, les éléments dont nous disposons ne nous permettent pas d'établir l'importance relative de ces fins.

purposes. In the circumstance, the minute we accept the identification of use noted on the sticker and that one of those uses is research or private study, for the purposes of this case, it follows that the predominant purpose of the dealing is research or private study.

[98] Conversely, with respect to copies of excerpts made on the teacher's initiative for his or her students or at the student's request with instructions to read them, we consider that the teacher's stated purpose must predominate. Most of the time, this real or predominant purpose is instruction or "non-private" study. We attribute a certain degree of importance to the fact that the teacher's role is scarcely comparable to that of staff at the Great Library, the subject of *CCH*. That staff makes copies at the clients' request. A teacher, in deciding what to copy and for whom, just as when directing students' conduct, is doing his or her job, which is to instruct students. According to this criterion, the dealing therefore tends to be unfair.

*(ii) The character of the dealing*

[99] In order to analyze the character of the dealing, we must examine the way in which a work is used. Making several copies tends to be less fair than making just one. Keeping a copy tends to be less fair than destroying it after use. The custom or practice in a particular trade or industry, to the extent it is accepted by both parties,<sup>25</sup> may serve as a guide.

[100] Here as well, with respect to a single copy made for the use of the person making the copy, and single or multiple copies made for third parties at their request, it appears to us that the application of that criterion tends to indicate that the dealing is fair. As a general rule, a single copy is made; if there are several, we should, just as we did earlier, take for granted that the person requesting the copies acts on behalf of others with the same stated purpose. With respect to copies made on the teacher's initiative for his or

Dans les circonstances, dès lors qu'on accepte l'identification de l'usage porté sur l'étiquette et que l'un de ces usages est la recherche ou l'étude privée, il s'ensuit, aux fins de l'instance, que le but de l'utilisation est avant tout la recherche ou l'étude privée.

[98] Par contre, en ce qui a trait aux copies d'extraits faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves ou à la demande de l'étudiant avec instruction de lire, nous estimons que c'est la fin que poursuit l'enseignant qui doit prédominer. La plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l'enseignement ou l'étude « non privée ». Nous accordons une certaine importance au fait que le rôle de l'enseignant se compare difficilement à celui du personnel de la Grande bibliothèque, objet de l'arrêt *CCH*. Ce personnel effectue des copies à la demande de sa clientèle. L'enseignant qui décide ce qu'il reproduit et à qui il le remet, tout comme celui qui dicte à l'étudiant sa conduite, le fait pour accomplir son travail, qui est d'enseigner. En vertu de ce critère, l'utilisation tend donc à être inéquitable.

*(ii) La nature de l'utilisation*

[99] L'analyse de la nature de l'utilisation exige qu'on se penche sur la manière dont l'œuvre est utilisée. Faire plusieurs copies tend à être moins équitable que de n'en faire qu'une. Conserver la copie tend à être moins équitable que de la détruire après usage. L'usage ou la pratique dans un secteur d'activité donné, si tant est qu'elle est acceptée de part et d'autre,<sup>25</sup> peut servir d'indice.

[100] Ici encore, pour ce qui est de la copie unique faite pour l'usage du copiste et de la copie unique ou multiple faite pour un tiers à sa demande, il nous semble que l'application de ce critère tend à indiquer que l'utilisation est équitable. Règle générale, une seule copie est faite; s'il y en a plusieurs, on devrait, tout comme on l'a fait précédemment, tenir pour acquis que la personne qui demande les copies agit pour le compte d'autres personnes qui poursuivent la même fin qu'elle. Pour ce qui est des copies

her students, we come to the opposite conclusion. This is a matter of multiple copies distributed to the entire class on the teacher's initiative. What is more, the evidence reveals that students usually keep the copy in a binder just as long as they would keep an original: until the end of the school year.

*(iii) The amount of the dealing*

[101] Access submits that in *CCH*, the Court did not analyze the amount of the dealing or available alternatives on the grounds that it was impossible to verify with each user the specific purpose for which they were dealing with the requested copies. That is erroneous, given paragraphs 68 and 69 of the Court's decision. The Court did not carry out that verification simply because it was sufficient to examine these criteria in light of the Great Library's policy. The conduct of those who received the copies was simply not relevant.

[102] At this stage, both the amount of the dealing and the importance of the reproduced work must be considered. The permitted amount may vary according to the stated purpose. The reproduction of an entire work may be fair. In *CCH*, the Court took into account the fact that the Great Library generally set the limit at copying one case, one article, one statutory reference, or at most five per cent of a secondary source. The Court added that repeated requests within a short timeframe for multiple excerpts from the same work could be unfair.<sup>26</sup>

[103] Once again, we conclude that single copies made for the use of the person making the copies and single or multiple copies made for a third party at his or her request tend to be fair. The totality of the evidence satisfies us that teachers generally comply with the conditions of the pan-

faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves, nous en venons à la conclusion opposée. On parle ici de copies multiples distribuées à l'ensemble de la classe à l'initiative de l'enseignant. De plus, la preuve révèle que l'élève conserve la plupart du temps la photocopie dans un cartable aussi longtemps qu'il conserverait l'original : jusqu'à la fin de l'année scolaire.

*(iii) L'ampleur de l'utilisation*

[101] Access soutient que dans l'affaire *CCH*, la Cour ne s'est pas livrée à une analyse de l'ampleur de l'utilisation ou des solutions de rechange au motif qu'il était impossible de vérifier auprès de chacun des utilisateurs les fins précises auxquelles ils utilisaient les copies demandées. Cela est inexact, comme le démontrent les paragraphes 68 et 69 de la décision de la Cour. La Cour n'a pas procédé à cette vérification simplement parce qu'il lui suffisait d'examiner ces critères au regard de la politique de la Grande bibliothèque. Le comportement des destinataires des copies n'était tout simplement pas pertinent.

[102] À ce stade, tant l'ampleur de l'utilisation que l'importance de l'œuvre reproduite doivent être prises en considération. L'ampleur permise peut varier en fonction de la fin poursuivie. La reproduction d'une œuvre entière peut être équitable. Dans *CCH*, la Cour a pris en compte le fait que la Grande bibliothèque se limitait généralement aux copies d'une décision, d'un article, d'un court extrait d'une loi ou d'au plus cinq pour cent d'une source secondaire. La Cour ajoutait que la reproduction, dans un court laps de temps, de nombreuses demandes visant de multiples extraits d'une même œuvre pourrait être inéquitable.<sup>26</sup>

[103] Encore une fois, nous concluons que les copies uniques faites pour l'usage du copiste et les copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande tendent à être équitables. L'ensemble de la preuve nous convainc que les enseignants se conforment généralement aux



Canadian licence, which sets limits on how much can be excerpted from a work. The licence is certainly more generous than the Great Library's policy, which generally sets a limit of five per cent of a work, while the pan-Canadian licence allows up to ten per cent. This being said, nothing leads us to conclude that the copies at issue tend to approach the upper limit imposed by the licence. What is more, provided, once again, that these copies are specifically requested by the student, it does not appear to us that this difference is sufficient to render the copies unfair.

[104] With respect to the copies made on the teacher's initiative for his or her students, there are factors weighing on each side. On the one hand, we were not informed of any guidelines. However, it seems that teachers generally limit themselves to reproducing relatively short excerpts from a work to complement the main textbook. On the other hand, in our view, it is more than likely that class sets will be subject to "numerous requests for [...] the same [...] series",<sup>27</sup> which would tend to make the amount of the dealing unfair on the whole.

*(iv) Alternatives to the dealing*

[105] The existence of alternatives to dealing with a protected work can have an effect on the fairness of the dealing. When an unprotected equivalent can be used in place of the work, this must be taken into account. It is also useful to attempt to determine whether the dealing was reasonably necessary given the ultimate purpose. In *CCH*, the Court concluded that it would be unreasonable to require all members of the Law Society of Upper Canada to perform all of their research at the Great Library.<sup>28</sup>

[106] With respect to copies made at a student's request, it would not be reasonable to require

conditions de la licence pancanadienne, qui balise ce qu'on peut extraire d'un ouvrage. La licence est certes plus généreuse que la politique de la Grande bibliothèque, dans la mesure où cette dernière se limite généralement à cinq pour cent d'un ouvrage, alors que la licence pancanadienne permet jusqu'à dix pour cent. Cela dit, rien ne nous porte à conclure que les copies visées tendent à se rapprocher de la limite supérieure qu'impose la licence. Qui plus est, dans la mesure où, encore une fois, ces copies font l'objet de demandes précises de la part de l'étudiant, il ne nous semble pas que cette différence suffise à rendre inéquitable ces copies.

[104] Pour ce qui est des copies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves, il existe des facteurs qui vont dans les deux sens. D'une part, on ne nous a soumis aucune ligne directrice. Cela dit, il semble que l'enseignant se limite généralement à reproduire des extraits relativement courts d'un ouvrage comme mesure d'appoint au manuel scolaire principal. Par contre, il nous semble plus que probable que les ensembles de classe font l'objet « de nombreuses demandes visant [...] les mêmes recueils »,<sup>27</sup> ce qui tendrait à rendre inéquitable l'ampleur de l'utilisation dans son ensemble.

*(iv) Solutions de rechange*

[105] L'existence de solutions de rechange à l'utilisation d'une œuvre protégée peut avoir une incidence sur le caractère équitable de l'utilisation. Lorsqu'un équivalent non protégé peut être utilisé à la place de l'œuvre, il faut en tenir compte. Il est aussi utile de tenter de déterminer si l'utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée. Dans l'arrêt *CCH*, la Cour a conclu qu'il serait déraisonnable d'exiger de tous les membres du Barreau du Haut-Canada d'effectuer toutes leurs recherches à la Grande bibliothèque.<sup>28</sup>

[106] Pour ce qui est des copies faites à la demande de l'étudiant, il ne serait pas

students to do all their research or private study on site. Similarly, it is not reasonable to require students to use only those works that are in the public domain. It would certainly be possible to teach literary style using Dickens or Leacock, but the exercise is likely to be less relevant than it would be using Margaret Atwood or J.K. Rowling. What captivates younger generations is not always what entranced baby boomers. Moreover, even in theory, it is out of the question to teach physics, mathematics, biology or genetics using textbooks dating back 50 years.

[107] The same reasoning applies in part to copies made by teachers concerning the relevance or obsolescence of material. However, the educational institution has an option that, from a practical standpoint, is not open to the student: buying the original to distribute to students or to place in the library for consultation.<sup>29</sup> The fact that the establishment has limited means does not seem to bar the recognition of this point.

*(v) Nature of the work*

[108] In *CCH*, the Court found that it is generally in the public interest that access to legal resources not be unjustifiably restricted, at least if a policy exists that puts reasonable limits on access to works.<sup>30</sup> Here, we were not made aware of any such policy. Moreover, access to classroom materials, which are created using private resources, does not raise the same public interest concerns as access to legal resources, which are compiled by private publishers but largely created through using public resources. There is rarely an alternative to the most recent judgment of the Supreme Court; a textbook can always be replaced with other teaching support resources.

raisonnable d'exiger de ce dernier qu'il effectue toute sa recherche ou son étude privée sur place, ou qu'il utilise uniquement des œuvres du domaine public. On pourrait certes enseigner le style littéraire en utilisant Hugo ou Hémon, mais l'exercice risquerait fort d'avoir moins de pertinence que si on se servait de Marie-Claire Blais ou de Bryan Perro. Ce qui captive les générations montantes n'est pas forcément ce qui a envoûté les *baby boomers*. Par ailleurs, même en théorie, il ne saurait être question d'enseigner la physique, les mathématiques, la biologie ou la génétique en utilisant des manuels vieux de 50 ans.

[107] Le même raisonnement s'applique pour partie aux copies faites par les enseignants en ce qui concerne la pertinence ou la désuétude du matériel. Cela dit, il existe pour l'établissement d'enseignement une option qui, du point de vue pratique, n'est pas offerte à l'étudiant : acheter l'original pour le remettre aux élèves ou l'entreposer à la bibliothèque pour consultation.<sup>29</sup> Le fait que l'établissement dispose de moyens limités ne nous semble pas constituer une fin de non-recevoir à ce titre.

*(v) La nature de l'œuvre*

[108] Dans *CCH*, la Cour a conclu qu'il est généralement dans l'intérêt du public que l'accès aux ressources juridiques ne soit pas limité sans justification, du moins dans la mesure où une politique qui circonscrit convenablement l'accès aux œuvres est en place.<sup>30</sup> En l'espèce, on ne nous a fait part d'aucune politique digne de ce nom. Par ailleurs, l'accès au matériel scolaire, créé en utilisant des ressources privées, ne présente pas le même intérêt public que l'accès aux ressources juridiques, compilées par des éditeurs privés, mais créées en large mesure en utilisant des ressources publiques. Il existe rarement un substitut à l'arrêt le plus récent de la Cour suprême; un manuel scolaire peut toujours être remplacé par d'autres ressources d'appui à l'enseignement.

*(vi) Effect of the dealing on the work*

[109] Another factor that must be considered is whether the copy competes with the original. Although the burden is normally on the user to prove that he or she qualifies for an exception, it is sometimes up to rights holders to show the consequences of the practice or dealing, especially if they are the only ones to possess the relevant information.<sup>31</sup> That publishers continue to produce new works despite photocopies being made may be a factor to be considered.

[110] The uncontradicted evidence from textbook publishers shows that textbook sales have shrunk by more than 30 per cent in 20 years. Several factors contributed to this decline, including the adoption of semester teaching, decrease in registrations, longer lifespan of textbooks, use of the Internet and other electronic tools, resource-based learning and use of class sets.

[111] We are not able to determine precisely to what extent each factor contributed to this decline. That said, by the Objectors' own admission, schools copy more than a quarter of a billion textbook pages each year, which represents 86 per cent of copies of Access Copyright's repertoire.<sup>32</sup> Moreover, it seems to us that resource-based learning and use of class sets would be impossible without photocopying works from Access Copyright's repertoire. Based on these findings and on all of the testimony, we conclude that the impact of photocopies made in support of these practices, while impossible to quantify, is sufficiently important to compete with the original to an extent that makes the dealing unfair.

[112] This finding is enough to conclude that photocopies made on a teacher's initiative for his or her students have an unfair effect on the works

*(vi) L'effet de l'utilisation sur l'œuvre*

[109] La concurrence que la reproduction livre à l'original est un autre facteur qui doit être pris en compte. Bien qu'il incombe normalement à l'utilisateur d'établir qu'il peut se prévaloir d'une exception, il appartiendra parfois à l'ayant droit d'établir l'impact de la pratique ou de l'utilisation, surtout s'il est seul à détenir les renseignements pertinents.<sup>31</sup> Le fait que les éditeurs continuent de produire de nouveaux ouvrages malgré la confection de photocopies peut être un facteur à prendre en compte.

[110] Le témoignage non contredit des éditeurs de manuels scolaires démontre que les ventes de manuels ont diminué de plus de 30 pour cent en 20 ans. Plusieurs facteurs ont contribué à cette baisse, dont le recours à l'enseignement semestriel, le déclin des inscriptions, une plus grande durabilité des manuels, l'utilisation d'Internet et autres outils électroniques, l'apprentissage basé sur les ressources et l'utilisation d'ensembles de classe.

[111] Nous ne sommes pas en mesure d'établir précisément la part de déclin attribuable à l'un ou l'autre de ces facteurs. Cela dit, de l'aveu même des opposants, les écoles copient plus d'un quart de milliard de pages de manuels scolaires chaque année, ce qui représente 86 pour cent des copies du répertoire d'Access.<sup>32</sup> Il nous semble par ailleurs qu'il serait impossible de pratiquer l'apprentissage basé sur les ressources ou d'utiliser des ensembles de classe sans photocopier des œuvres du répertoire d'Access. En nous fondant sur ces constats ainsi que sur l'ensemble des témoignages, nous sommes portés à conclure que l'utilisation de la photocopie dans le cadre de ces pratiques a un impact suffisamment important, sans pouvoir le mesurer, pour faire concurrence à l'original au point de ne pas être équitable.

[112] Ce constat suffit pour conclure que les photocopies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves ont un effet inéquitable sur les

in Access Copyright's repertoire. Nonetheless, we would add an observation.

[113] We are persuaded that even if it were possible to show that each downstream dealing by a student is research-based and fair, the upstream dealings of teachers making copies for their entire class would not be. To begin with, the teacher-student relationship is not the same as that between the Great Library and lawyers. The Great Library is simply an extension of a lawyer's will. A teacher does not merely act on behalf of a student, given that, to a large extent, it is the teacher who instructs the student what to do with the material copied. Moreover, it seems that, even when regarded as facilitation, a systematic practice that competes with the market of the original must not be permitted, regardless of whether downstream dealings fall under the fair dealing exception. This is undoubtedly what the Federal Court of Appeal had in mind in the following passage:

[...] The Law Society has no purpose for copying the Publishers' works other than to fulfill the purpose of requesters. [...] Its only aim and design is to assist users of the Great Library in conducting research or private study, and it can, therefore, be said to have adopted that purpose as their own. [...] Moreover, the otherwise infringing activity is carried out by the Law Society only in response to a patron's request. But for the end user's request, the Law Society would not carry out any of these allegedly infringing activities. [...] <sup>33</sup>

[114] There are two advantages to this approach. First, it helps to "maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests" <sup>34</sup> and avoid restricting them unduly (since both copyright owners' interests

œuvres faisant partie du répertoire d'Access. Nous tenons tout de même à ajouter une observation.

[113] Nous sommes persuadés que même s'il était possible de démontrer que chacune des utilisations faites en aval par l'étudiant est axée sur la recherche et équitable, l'utilisation faite en amont par l'enseignant qui fait des copies pour toute sa classe, elle, ne le serait pas. D'une part, le rapport enseignant-étudiant n'est pas le même que le rapport Grande bibliothèque-avocat. La Grande bibliothèque n'est que l'extension de la volonté de l'avocat. L'enseignant n'est pas un simple agent de l'étudiant, étant donné que, dans une large mesure, c'est le premier qui dicte au second quoi faire avec le matériel copié. D'autre part, il nous semble que, même vu sous l'angle de la facilitation, une pratique systématique ayant pour effet de concurrencer le marché pour l'original ne doit pas être permise et ce, sans égard au fait que les utilisations en aval pourraient ou non relever de l'exception relative à l'utilisation équitable. C'est sans doute ce que la Cour d'appel fédérale avait à l'esprit dans le passage suivant :

[...] Le Barreau n'a d'autre fin quand il copie les œuvres des éditeurs que de répondre aux fins que poursuivent les demandeurs de copies. [...] Son seul but et sa seule intention sont d'aider les utilisateurs de la Grande bibliothèque dans leur recherche ou étude privée, et il peut dès lors être considéré comme ayant fait sien cet objectif. [...] De plus, l'activité qui autrement violerait le droit d'auteur est prise en charge par le Barreau uniquement en réponse à la demande d'un client. N'était la demande de l'utilisateur final, le Barreau n'effectuerait aucune de ces activités de contrefaçon alléguées. [...] <sup>33</sup>

[114] Cette façon de voir présente deux avantages. Premièrement, elle permet de « maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs » <sup>34</sup> et d'éviter de les restreindre

and users' rights can be unduly restricted). Second, this point of view seems to be the only one that conforms with article 9(2) of the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* and article 13 of the *Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights* concluded within the framework of the World Trade Organization. It is not necessary to make an exhaustive analysis of these provisions. That said, it seems self-evident that copies made on a teacher's initiative for his or her students either conflict with the normal exploitation of the work or unreasonably prejudice the legitimate interests of the rights holders. Lately, the Supreme Court has been placing significant emphasis on treaties that Canada has not yet ratified;<sup>35</sup> it seems even more crucial to account for those that have been.

## 2. Conclusion

[115] [Table 1, attached](#), breaks down copies based on what should or should not be included in the royalty calculation pursuant to the fair dealing exception. It indicates the volumes of photocopies associated with four categories. At the Board's request, Access provided additional information regarding these categories, based on the photocopied pages analyzed by Access. We have revised the data upwards to account for the unanalyzed portion of photocopied pages.<sup>36</sup>

[116] Category 1 copies are excluded from the royalty calculation because Access agrees to treat them as falling under fair dealing. Category 2 copies are also excluded. For the reasons given at paragraphs 91 to 94, we consider them copies made for the purpose of research or private study, even if the logging sticker indicates that they were made solely or partially for the purpose of criticism or review.

indûment (puisque'il est tout aussi possible de restreindre indûment les intérêts des titulaires que les droits des utilisateurs). Deuxièmement, cette façon de voir nous semble être la seule qui soit en accord avec le paragraphe 9(2) de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* et l'article 13 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Il n'est pas nécessaire de nous livrer à une analyse exhaustive de ces dispositions. Cela dit, il nous semble couler de source que les copies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves soit portent atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, soit causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. La Cour suprême a récemment accordé une grande importance aux traités que le Canada n'a toujours pas ratifiés;<sup>35</sup> il nous semble d'autant plus nécessaire de tenir compte de ceux qui l'ont été.

## 2. Conclusion

[115] [Le tableau 1 en annexe](#) ventile les copies en fonction de ce qui devrait ou non être inclus dans le calcul des redevances en application de l'exception relative à l'utilisation équitable. Il indique les volumes de photocopies associées à quatre catégories. À la demande de la Commission, Access a fourni des renseignements supplémentaires correspondant à ces catégories, en se fondant sur les pages photocopées analysées par Access. Nous avons ajusté les données à la hausse pour tenir compte de la partie non analysée des pages photocopées.<sup>36</sup>

[116] Les copies de la catégorie 1 sont exclues du calcul des redevances parce qu'Access consent à les traiter comme relevant de l'utilisation équitable. Les copies de la catégorie 2 le sont aussi. Pour les motifs exposés aux paragraphes 91 à 94, nous les traitons comme des copies faites aux fins d'étude privée ou de recherche, et ce, même si l'étiquette d'enregistrement les identifie comme ayant été faites uniquement ou partiellement aux fins de critique ou de compte rendu.

[117] Category 3 copies are also excluded since they fall under the exception. A single copy made for the use of the person making it, whether or not it was at his or her request, falls under the exception as long as it is made for a purpose that qualifies for the exception, even if it is made for other purposes as well. Such is also the case for single or multiple copies made for third parties at their request, as long they are made for an allowable purpose, even if they are made for other purposes as well. Based on the evidence before us and for the reasons we have given, we find that these copies are fair, even if they are made for multiple purposes. Had there been more evidence, we might have been led to a different conclusion. That said, the inclusion of these copies has practically no impact on the amount of the tariff, as will be seen further on.

[118] Category 4 copies are subject to a royalty. Even when made solely for purposes allowed under the exception, a copy made by a teacher with instructions to read the material, whether or not it was made at a student's request, and a copy made at the teacher's initiative for a group of students are simply not fair dealing. Their main purpose is instruction or non-private study. These copies are kept year-round. The institution could acquire the textbook rather than copy it, particularly since there is every indication that photocopies in general (and particularly those of textbooks, which represent 86 per cent of the activity for which Access claims remuneration), compete with sales of these textbooks.

[119] Our legal analysis does not correlate perfectly with the table we use to break down the copies that do or do not fall under the fair dealing exception. This discrepancy does not concern us, since it is either insignificant or irrelevant.

[120] For example, in the royalty calculation, we include copies made at the request of a *third*

[117] Les copies de la catégorie 3 sont également exclues car elles bénéficient de l'exception. La copie unique faite pour l'usage du copiste, à sa demande ou non, bénéficie de l'exception dès lors qu'elle est faite à une fin y donnant ouverture, même si elle est faite aussi à une autre fin. Il en est de même pour la copie unique ou multiple faite pour un tiers à sa demande, dès lors qu'elle est faite à une fin donnant ouverture à l'exception, même si elle est faite aussi à une autre fin. Compte tenu de la preuve dont nous disposons, nous concluons, pour les motifs que nous avons exposés, que ces copies sont équitables même si elles sont faites à des fins multiples. Une preuve plus étoffée aurait pu nous mener à une conclusion différente. Cela dit, comme on le constatera plus loin, l'inclusion des copies en question n'a pratiquement pas d'impact sur le montant du tarif.

[118] Les copies de la catégorie 4 sont assujetties à une redevance. Même lorsqu'elle est faite uniquement à des fins donnant ouverture à l'exception, la copie faite par l'enseignant avec instruction de lire, que ce soit ou non à la demande d'un élève, et la copie faite à l'initiative de l'enseignant pour un groupe d'élèves ne sont tout simplement pas équitables. Leur but principal est l'enseignement ou l'étude non privée. Il s'agit de copies conservées tout au long de l'année. L'établissement pourrait acquérir le manuel plutôt que de le copier. Et surtout, tout porte à croire que la photocopie en général, et celle de manuels scolaires, qui représente 86 pour cent de l'activité pour laquelle Access demande à être rémunérée, en particulier, fait concurrence à la vente de ces mêmes manuels.

[119] La corrélation entre notre analyse juridique et le tableau dont nous nous servons pour ventiler les copies bénéficiant ou non de l'exception relative à l'utilisation équitable n'est pas parfaite. Cet écart ne nous inquiète pas, puisqu'il est soit insignifiant, soit non pertinent.

[120] Par exemple, nous incluons dans le calcul des redevances les copies faites à la demande

*party* with instructions to read the material, even though our finding is based primarily on reasoning dealing with the teacher-student relationship. Some reproductions made for other parties (co-workers) may have unintentionally been included in these copies. That said, a simple calculation is sufficient to show that, to modify the tariff we are certifying by one cent, half a million pages must be added to, or deleted from, the royalty calculation. The possible margins of error in categories 1 to 3 are significantly smaller and therefore inconsequential.

[121] Secondly, our reasoning with respect to Category 4 applies only to a subset of this category, namely, copies made solely for a purpose that qualifies for the exception. However, if we include these copies in the royalty calculation, we must also include copies made for both a purpose that qualifies for the exception and another purpose. It matters little, therefore, that we are unable to break down copies into these two categories.

[122] In our opinion, it would be unproductive to pursue the analysis further. The linkage between the table and our legal conclusions, although not perfect, is more than adequate.

**B. Does the exception set out in subsection 29.4(2) of the Act apply to works in Access Copyright's repertoire?**

[123] The relevant provisions of the *Act* read as follows:

2 [...]

“commercially available” means, in relation to a work or other subject-matter,

(a) available on the Canadian market within a reasonable time and for a reasonable price and may be located with reasonable effort, or

d'un *tiers* avec instruction de lire, et ce, même si notre conclusion repose avant tout sur un raisonnement visant le rapport enseignant-élève. Il se peut que certaines reproductions faites pour d'autres (collègues de travail) soient incluses sans que nous le voulions dans ces copies. Cela dit, un simple calcul suffit pour conclure que, pour modifier d'un cent le tarif que nous homologuons, il faut ajouter ou retrancher un demi-million de pages du calcul des redevances. Les marges d'erreur possibles dans les catégories 1 à 3 sont nettement plus minces et donc, sans conséquence.

[121] Deuxièmement, notre raisonnement à l'égard de la catégorie 4 vise uniquement un sous-ensemble de cette catégorie, soit les copies faites uniquement pour une fin donnant ouverture à l'exception. Or, si nous incluons ces copies dans le calcul des redevances, force est de conclure que les copies faites à la fois pour une fin donnant ouverture à l'exception et pour une autre fin doivent elles aussi être incluses dans le calcul. Il importe donc peu de ne pas être en mesure de ventiler les copies entre ces deux catégories.

[122] Il ne nous semble pas utile de pousser davantage le raisonnement. L'arrimage entre le tableau et nos conclusions juridiques, s'il n'est pas parfait, est plus que suffisant.

**B. L'exception prévue au paragraphe 29.4(2) de la Loi joue-t-elle à l'égard des œuvres faisant partie du répertoire d'Access?**

[123] Les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

2 [...]

« accessible sur le marché » S'entend, en ce qui concerne une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur

a) qu'il est possible de se procurer, au Canada, à un prix et dans un délai raisonnables, et de trouver moyennant des efforts raisonnables;

(b) for which a licence to reproduce, perform in public or communicate to the public by telecommunication is available from a collective society within a reasonable time and for a reasonable price and may be located with reasonable effort;

[...]

29.4(2) It is not an infringement of copyright for an educational institution or a person acting under its authority to

(a) reproduce [...] on the premises of the educational institution

[...]

a work or other subject-matter as required for a test or examination.

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by [...] subsection (2) does not apply if the work or other subject-matter is commercially available in a medium that is appropriate for the purpose referred to in that paragraph or subsection, as the case may be.

[124] Access submits that copies made for examinations trigger remuneration and should be subject to the tariff. A work is “commercially available” if a licence is available “within a reasonable time and for a reasonable price and may be located with reasonable effort”. The certification of a tariff fulfils these three requirements. The price, which is set by the Board, is necessarily reasonable. The time and effort required to claim the benefit of the tariff are insignificant.

[125] The Objectors argue that, on the contrary, subsection 29.4(3) of the *Act* concerns solely examinations that are published by publishing houses for sale to educational institutions. In

b) pour lequel il est possible d’obtenir, à un prix et dans un délai raisonnables et moyennant des efforts raisonnables, une licence octroyée par une société de gestion pour la reproduction, l’exécution en public ou la communication au public par télécommunication, selon le cas.

[...]

29.4(2) Ne constituent pas des violations du droit d’auteur, si elles sont faites par un établissement d’enseignement ou une personne agissant sous l’autorité de celui-ci dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle :

a) la reproduction [...] d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur dans les locaux de l’établissement;

[...]

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les exceptions prévues [...] et au paragraphe (2) ne s’appliquent pas si l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support approprié, aux fins visées par ces dispositions.

[124] Access soutient que les copies faites dans le cadre d’examens devraient entraîner une rémunération et être assujetties au tarif. Une œuvre est « accessible sur le marché » s’il est possible d’obtenir une licence « à un prix et dans un délai raisonnables et moyennant des efforts raisonnables ». L’homologation d’un tarif fait en sorte que ces trois conditions sont remplies. Le prix, établi par la Commission, est nécessairement raisonnable. Le délai et l’effort requis pour se prévaloir du tarif sont insignifiants.

[125] Les opposants soutiennent au contraire que les seuls examens visés dans le paragraphe 29.4(3) de la *Loi* sont ceux qui sont publiés par des éditeurs commerciaux pour vente à des



their submission, to find otherwise would render the exception nugatory. If the intention had been to not extend the exception to works for which a licence is available, it would have been stipulated, as was done in subsections 30.8(8) and 30.9(6) of the *Act*, that the exception “does not apply [if/where] a licence is available from a collective society [...]”.

[126] “Commercially available” must necessarily have the meaning Access ascribes to the expression. It is used only three times, namely, in the provision under examination and in the following provisions:

30.1(1) It is not an infringement of copyright for a library, archive or museum [...] to make, for the maintenance or management of its permanent collection [...], a copy of a work [...]

(a) if the original is rare or unpublished and is  
(i) deteriorating, damaged or lost, or  
(ii) at risk of deterioration or becoming damaged or lost;

(b) for the purposes of on-site consultation if the original cannot be viewed, handled or listened to because of its condition or because of the atmospheric conditions in which it must be kept;

(c) in an alternative format if the original is currently in an obsolete format or the technology required to use the original is unavailable;

[...]

(2) Paragraphs (1)(a) to (c) do not apply where an appropriate copy is commercially available in a medium and of a quality that is appropriate for the purposes of subsection (1).

[...]

établissements scolaires. À leur avis, conclure le contraire rendrait l’exception illusoire. Si l’intention était de ne pas étendre l’exception aux œuvres pour lesquelles une licence est disponible, on aurait stipulé, comme on l’a fait aux paragraphes 30.8(8) et 30.9(6) de la *Loi*, que l’exception « ne s’applique pas dans les cas où l’entreprise peut obtenir, par l’intermédiaire d’une société de gestion, une licence [...] ».

[126] L’expression « accessible sur le marché » doit nécessairement avoir le sens qu’Access lui attribue. Elle n’est utilisée qu’à trois reprises, soit dans la disposition qui nous intéresse et dans celles qui suivent :

30.1(1) Ne constituent pas des violations du droit d’auteur les cas ci-après de reproduction, par une bibliothèque, un musée ou un service d’archives [...], d’une œuvre [...], en vue de la gestion ou de la conservation de leurs collections permanentes [...] :

a) reproduction dans les cas où l’original, qui est rare ou non publié, se détériore, s’est abîmé ou a été perdu ou risque de se détériorer, de s’abîmer ou d’être perdu;

b) reproduction, pour consultation sur place, dans les cas où l’original ne peut être regardé, écouté ou manipulé en raison de son état, ou doit être conservé dans des conditions atmosphériques particulières;

c) reproduction sur un autre support, le support original étant désuet ou faisant appel à une technique non disponible;

[...]

(2) Les alinéas (1)a) à c) ne s’appliquent pas si des exemplaires de l’œuvre ou de l’autre objet du droit d’auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support et d’une qualité appropriés aux fins visées au paragraphe (1).

[...]

32(1) It is not an infringement of copyright for a person, at the request of a person with a perceptual disability, or for a non-profit organization acting for his or her benefit, to

(a) make a copy or sound recording of a literary, musical, artistic or dramatic work, other than a cinematographic work, in a format specially designed for persons with a perceptual disability;

(b) translate, adapt or reproduce in sign language a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, in a format specially designed for persons with a perceptual disability; or

(c) perform in public a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, in sign language, either live or in a format specially designed for persons with a perceptual disability.

[...]

(3) Subsection (1) does not apply where the work or sound recording is commercially available in a format specially designed to meet the needs of any person referred to in that subsection, within the meaning of paragraph (a) of the definition “commercially available”.

[127] There are two components to the definition of “commercially available”. Paragraph (a) refers to the acquisition of copies. Paragraph (b) refers to the acquisition of licences. The relevant parts of the wording of subsections 29.4(3) and 30.1(2) of the *Act* are identical; they must be interpreted in the same manner. Subsection 32(3)

32(1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour une personne agissant à la demande d’une personne ayant une déficience perceptuelle [...], ou pour un organisme sans but lucratif agissant dans l’intérêt de cette dernière, de se livrer à l’une des activités suivantes :

a) la production d’un exemplaire ou d’un enregistrement sonore d’une œuvre littéraire, dramatique – sauf cinématographique –, musicale ou artistique sur un support destiné aux personnes ayant une déficience perceptuelle;

b) la traduction, l’adaptation ou la reproduction en langage gestuel d’une œuvre littéraire ou dramatique – sauf cinématographique – fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle;

c) l’exécution en public en langage gestuel d’une œuvre littéraire, dramatique – sauf cinématographique – ou l’exécution en public d’une telle œuvre fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle.

[...]

(3) Le paragraphe (1) ne s’applique pas si l’œuvre ou l’enregistrement sonore de l’œuvre est accessible sur le marché sur un tel support, selon l’alinéa a) de la définition « accessible sur le marché ».

[127] L’expression « accessible sur le marché » comporte deux volets. L’alinéa a) vise l’acquisition de copies. L’alinéa b) vise l’acquisition de licences. Les parties pertinentes du libellé des paragraphes 29.4(3) et 30.1(2) de la *Loi* sont identiques; elles doivent être interprétées de la même façon. Le paragraphe

specifically excludes access to a licence. To interpret subsection 29.4(3), and thus, by extension, subsection 30.1(2), as suggested by the Objectors, would render paragraph (b) of the definition meaningless.

[128] Moreover, the Objectors mistakenly rely on the comment in *CCH* that the availability of a licence is not relevant. This comment concerns only fair dealing. The exception for copies made by educational institutions for examinations is a distinct exception. Furthermore, applying this proposal in this context would contradict the very wording of paragraph (b) of the definition.

[129] The interpretation that we adopt does not make the exception nugatory. The exception will be available to institutions not only for the use of works that are not part of Access Copyright's repertoire, but also for dealings for which Access offers no licence authorizing use of the work in the appropriate format, such as examinations that must be taken electronically.

**C. Are works of non-affiliated rights holders who have cashed a royalty cheque part of Access Copyright's repertoire for the purposes of this case?**

[130] Access agrees that it is entitled to collect royalties for works in its repertoire only. It maintains that it represents non-affiliated rights holders as a result of an implied agency relationship. Based on a previous decision of the Board,<sup>37</sup> the Objectors argue that, on the contrary, this notion simply has no place in collective administration. Both Access and the Objectors spent much time arguing whether or not there is implied agency relationship for the copies yet to be made.

[131] It is not necessary to discuss the relevance of every single argument. For the purpose of

32(3) exclut expressément l'accès à une licence. Interpréter le paragraphe 29.4(3) et donc, par voie de conséquence le paragraphe 30.1(2) de la façon dont le proposent les opposants, rendrait superflu l'alinéa b) de la définition.

[128] Par ailleurs, c'est par erreur que les opposants s'appuient sur le commentaire dans *CCH* voulant que la disponibilité d'une licence ne soit pas un facteur pertinent. Ce commentaire ne vise que l'utilisation équitable. L'exception relative aux reproductions faites dans le cadre d'examens par des établissements scolaires est une exception distincte. D'ailleurs, l'application de cette proposition dans le contexte sous examen irait à l'encontre du libellé même de l'alinéa b) de la définition.

[129] L'interprétation que nous retenons ne vide pas l'exception de sens. Les établissements pourront s'en prévaloir non seulement à l'égard des utilisations d'œuvres ne faisant pas partie du répertoire d'Access, mais aussi à l'égard de celles pour lesquelles Access n'offre pas de licence autorisant l'utilisation de l'œuvre sur un support qui convient. Tel serait le cas de l'examen devant se faire électroniquement.

**C. Les œuvres de titulaires non affiliés qui ont encaissé un chèque de redevances font-elles partie du répertoire d'Access aux fins de la présente instance?**

[130] Access accepte n'avoir droit à des redevances que pour ce qui fait partie de son répertoire. Elle soutient représenter les titulaires non affiliés en vertu d'un mandat tacite. Les opposants soutiennent au contraire, en se fondant sur une décision antérieure de la Commission,<sup>37</sup> que ce concept n'a tout simplement pas sa place en matière de gestion collective. Tant Access que les opposants se sont longuement attardés à l'existence ou non d'un mandat tacite pour les reproductions à faire.

[131] Il n'est pas nécessaire de débattre de la pertinence de chacune de ces prétentions. Aux

these proceedings, it is enough to note the following. First, the parties agree to set the royalty based on the data from the volume study. Second, Access has distributed royalties for the relevant period, based on the study. Third, Access has paid out royalties to non-affiliated rights holders whose works were “captured” during the study. Fourth, the decision to distribute royalties to non-affiliated rights holders reflected the society’s past practice; there is therefore no window dressing or sham. Fifth, almost all of the non-affiliated rights holders have cashed the cheque they received.

[132] The definition of “collective society” specifically states that a society may be authorized to act by way of appointment as one’s agent. The definition does not stipulate that this agency relationship must be explicit. Agency may arise from the conduct of those involved as well as through written agreement. Ratification of the agent’s acts may also be implied; it is retroactive to the date on which the agent performed the act. Accepting payment for an unauthorized transaction usually implies ratification of the transaction.<sup>38</sup>

[133] Non-affiliated rights holders who cash the cheque they received as a result of the distribution of royalties based on the volume study, retroactively and implicitly grant to Access the power to act on their behalf *in respect of copies captured by the study*. They cannot take proceedings for infringement of copyright against the person who made the copy. As it happens, for the purposes of these proceedings, the parties agree to consider the study data as being representative of photocopying patterns for all of the institutions and throughout the entire period covered by the tariff. The existence of an implied agency relationship, arising from the cashing of the cheque and limited to only those copies that were captured in the study, is sufficient to lead us to include these copies in the calculation of remuneration.

fin de la présente affaire, il suffit de constater ce qui suit. Premièrement, les parties s’entendent pour que la redevance soit établie en fonction des données de l’enquête de volume. Deuxièmement, Access a procédé à la distribution de redevances pour la période pertinente en se fondant sur l’enquête. Troisièmement, Access a fait parvenir des redevances aux titulaires non affiliés dont les œuvres ont été « captées » durant l’enquête. Quatrièmement, la décision de distribuer des redevances aux titulaires non affiliés reflétait la pratique antérieure de la société; il n’y a donc pas mise en scène ou imposture. Cinquièmement, presque tous les titulaires non affiliés ont encaissé le chèque qu’ils ont reçu.

[132] La définition de « société de gestion » prévoit expressément qu’une société peut être autorisée à agir par voie de mandat. La définition ne précise pas que ce mandat doit être exprès. Le mandat peut découler de la conduite des intéressés aussi bien que d’un écrit. La ratification des actes du mandataire peut elle aussi se faire de façon implicite; elle rétroagit à la date où l’agent a posé le geste. L’acceptation du paiement pour une transaction non autorisée emporte généralement ratification de la transaction.<sup>38</sup>

[133] Le titulaire non affilié qui encaisse le chèque qu’il a reçu à l’égard de la distribution fondée sur l’enquête de volume accorde à Access, de façon rétroactive, le mandat tacite d’agir pour son compte *à l’égard des copies qui ont été captées par l’enquête*. Il ne pourrait poursuivre le copiste pour violation du droit d’auteur. Or, les parties s’entendent, aux fins de la présente affaire, pour traiter les données de l’enquête comme étant représentatives des habitudes de photocopie pour l’ensemble des établissements et pour l’ensemble de la période d’application du tarif. L’existence d’un mandat tacite, que l’encaissement du chèque matérialise, limité aux seules copies que l’enquête a captées, suffit pour décider d’inclure ces mêmes copies dans le calcul de la rémunération.

[134] The Objectors erroneously rely on *NRCC 1.A* in support of their arguments. In that case, certain collective societies sought to establish agency by *passive* ratification (in other words, by inaction). Here, by cashing the royalty cheque, non-affiliated rights holders performed an act confirming that Access had the right to authorize reproduction of the rights holder's work for the sole purpose of the copy captured by the volume study.

## ECONOMIC ANALYSIS

[135] The parties agree to set the tariff using a three-step methodology. First, they estimate the total number of photocopied pages triggering remuneration in all of the institutions involved. Next, they determine the value of a photocopy, followed by the total value of the photocopies, which is the product of the number of photocopied pages multiplied by the value of each. The tariff itself is obtained by dividing the total value of photocopied pages in one year by the number of FTE students.

### A. Volume of Photocopies

#### 1. Volume Study

[136] As mentioned in paragraph 46, the study sets the total number of photocopies for the 2005-2006 school year at 10,330,149,254. Of this number, there were 7,248,137,928 photocopies of unpublished or unknown documents, leaving 3,082,011,326 photocopies of published documents, from which must be subtracted 2,811,980,636 photocopies of consumables and reproducibles. These calculations are [set out in Table 2, attached](#).

#### 2. Fair Dealing Exceptions

[137] Photocopied pages that benefit from the exceptions do not trigger remuneration. Access

[134] C'est à tort que les opposants invoquent *SCGDV 1.A* au soutien de leurs prétentions. Dans cette affaire, certaines sociétés de gestion ont cherché à établir leur mandat par voie de ratification *passive* (autrement dit par inaction). En l'espèce, en encaissant le chèque de redevances, les titulaires non affiliés ont posé un geste qui confirme qu'Access avait le droit d'autoriser la reproduction de l'œuvre de l'ayant droit aux seules fins de la copie captée par l'enquête de volume.

## ANALYSE ÉCONOMIQUE

[135] Les parties s'entendent pour établir le tarif en utilisant une méthodologie en trois étapes. Elles estiment d'abord le nombre total de pages photocopées donnant droit à rémunération dans l'ensemble des établissements visés. Elles déterminent ensuite la valeur d'une photocopie, puis la valeur totale des photocopies, résultat du produit du nombre de pages photocopées et de la valeur de chacune. Le tarif lui-même est obtenu en divisant la valeur totale des pages photocopées pour une année par le nombre d'étudiants ETP.

### A. Volume de photocopies

#### 1. L'enquête de volume

[136] Tel que mentionné au paragraphe 46, l'enquête a permis de chiffrer à 10 330 149 254 le nombre total de photocopies pour l'année scolaire 2005-2006. De ce nombre, les photocopies de documents non publiés ou inconnus ont compté pour 7 248 137 928. Ils restent donc 3 082 011 326 photocopies de documents publiés, desquelles il faut encore retirer 2 811 980 636 photocopies de documents consommables et reproductibles. Ces calculs sont [indiqués au tableau 2 en annexe](#).

#### 2. Les exceptions relatives à l'utilisation équitable

[137] Les pages photocopées bénéficiant des exceptions ne donnent pas droit à rémunération.

estimates this number to be 807,714, whereas the Objectors estimate it to be approximately 20 million. We estimated that there are 1,649,779 such pages (see Table 1, attached). This is the amount we subtract from the total.

### *3. Documents in the Public Domain or on the Exclusion List*

[138] Access determined that the equivalent of 1,215,623 photocopied pages are from documents that are in the public domain or on the exclusion list. The Objectors agree. These pages are excluded from the royalty calculation.

### *4. Documents Containing Public Domain Material*

[139] Based on an analysis of the content of approximately 300 transactions, Access estimates that approximately 0.1 per cent of photocopied pages were of public domain materials included within works that are otherwise part of its repertoire. The Objectors also use this adjustment. We therefore subtract 267,165 pages from the volume triggering remuneration.

### *5. Unidentified Documents*

[140] Access and its experts were unable to identify all of the works reproduced. Circum classifies these photocopied pages into two categories: documents deemed published and unknown documents.

[141] According to Circum, there are three categories of unidentified published documents: documents that may be reproduced without a licence, those that may be reproduced with a licence and those that may not be reproduced, even with a licence. It was not possible to assign each document to a certain category. Nonetheless, Circum maintains that it is sometimes possible to show that a document does not belong to one of the three categories, in which case, it suggests assigning the work equally to

Access estime leur nombre à 807 714, les opposants à environ 20 millions. Nous avons estimé que ces photocopies se chiffrent à 1 649 779 pages (voir tableau 1 en annexe). C'est ce montant que nous retirons du total.

### *3. Les documents du domaine public ou de la liste d'exclusion*

[138] Access conclut que l'équivalent de 1 215 623 pages photocopées sont de documents appartenant au domaine public ou inscrits dans la liste d'exclusion. Les opposants sont d'accord. Ces pages sont exclues du calcul de la redevance.

### *4. Les documents incluant du matériel du domaine public*

[139] En se fondant sur une analyse du contenu d'environ 300 transactions, Access estime à environ 0,1 pour cent le nombre de pages photocopées d'œuvres appartenant au domaine public contenues dans des œuvres faisant partie du répertoire d'Access. Les opposants utilisent aussi cet ajustement. Nous soustrayons donc 267 165 pages du volume donnant droit à rémunération.

### *5. Les documents non identifiés*

[140] Access et ses experts n'ont pu identifier toutes les œuvres reproduites. Circum regroupe ces pages photocopées en deux catégories : les documents jugés publiés et les inconnus.

[141] Selon Circum, il existe trois catégories de documents non identifiés jugés publiés : les documents pouvant être reproduits sans licence, ceux qui peuvent être reproduits avec une licence et ceux qui ne peuvent être reproduits même avec une licence. Il n'a pas été possible de déterminer à quelle catégorie correspondait chacun des documents. Toutefois, Circum affirme qu'il est parfois possible d'établir qu'un document ne fait pas partie de l'une de ces trois catégories. Dans ce cas, elle propose d'assigner les œuvres

each of the other two categories. In the remaining cases, it suggests allocating one third of the works to each of the three categories. Circum thus estimates that 20 million pages of unidentified documents deemed published should trigger remuneration. In the case of unknown documents, Circum posits that the ratio of unknown documents triggering remuneration is the same as that of identified documents, leading it to add 13.5 million pages to the volume triggering remuneration.

[142] The Objectors submit that, on the contrary, it is unlikely that Circum would have been able to determine whether a document was published without the bibliographic information identifying the work. They also claim that assigning the same number of documents to each of the categories is arbitrary; to do so would be to ignore the fact that 98 per cent of photocopied pages do not trigger remuneration.

[143] Instead, Professor Andersen proposes that all unidentified documents should be treated collectively and broken down in the same manner as identified documents. He estimates that approximately 1.5 per cent of all identified pages photocopied trigger remuneration. By applying this percentage to unidentified documents, he estimates that some 10 million unidentified pages must be added to the royalty calculation.

[144] It seems that the probability that an unidentified document would trigger remuneration can be estimated with greater accuracy. That said, given the seriousness and care with which Access analyzed the copies, we find that it is possible to show that certain unidentified documents have clearly been published. We therefore treat unidentified published documents and unknown documents differently.

[145] The volume of unidentified published documents triggering remuneration is obtained by

également à chacune des deux catégories restantes. Dans les autres cas, elle propose d'assigner le tiers des œuvres à chacune des trois catégories. Circum estime ainsi que 20 millions de pages de documents non identifiés jugés publiés devraient donner droit à rémunération. Dans le cas des documents inconnus, Circum fait l'hypothèse que le ratio donnant droit à rémunération est le même que pour les documents identifiés, ce qui l'amène à ajouter 13,5 millions de pages au volume donnant droit à rémunération.

[142] Les opposants soutiennent au contraire qu'il est improbable que Circum ait été en mesure de déterminer si un document est publié sans l'information bibliographique identifiant l'œuvre. Ils prétendent également qu'il est arbitraire d'assigner le même nombre de documents à chacune des catégories : ce faisant, on fait abstraction du fait que 98 pour cent des pages photocopées ne donnent pas droit à rémunération.

[143] Le Professeur Andersen propose plutôt que tous les documents non identifiés soient traités ensemble et répartis de la même façon que les documents identifiés. Il estime qu'environ 1,5 pour cent des pages photocopées identifiées donnent droit à rémunération. En appliquant ce pourcentage aux documents non identifiés, il estime qu'environ 10 millions de pages non identifiées doivent être ajoutées au calcul de la redevance.

[144] Il nous semble possible d'estimer plus précisément la probabilité qu'un document non identifié donne droit à rémunération. Cela dit, compte tenu du sérieux et de l'attention qu'Access a portés à l'analyse des copies, nous concluons qu'il est possible d'établir que certains documents non identifiés sont clairement publiés. Nous traitons donc différemment les documents non identifiés publiés et les inconnus.

[145] Le volume donnant droit à rémunération pour les documents non identifiés publiés est

applying the ratio of pages triggering remuneration among identified published documents, namely, 8.7 per cent, to the volume of published pages photocopied. We therefore subtract 91.3 per cent of the 43.3 million pages originating from unidentified published documents, namely, 39,541,032 pages.

[146] The volume of unknown unidentified documents triggering remuneration is obtained as suggested by Circum: the ratio of pages photocopied triggering remuneration among identified documents, namely, 2.2 per cent, is applied to the volume of unknown documents, adding 11,940,924 pages to the volume triggering remuneration.

#### *6. Pages Photocopied in Ministries of Education and School Boards*

[147] The parties agree henceforth not to impose this tariff on reproductions made in Ministries of Education and school boards, subject to what follows. We therefore subtract 299,677 pages from the volume triggering remuneration.

#### *7. Ministry Examinations and Distance Education*

[148] For the reasons set out at paragraphs 123 to 129, the 6,995,451 pages photocopied for ministry examinations are included in the volume triggering remuneration. Moreover, based on data from the four relevant provinces,<sup>39</sup> Access estimates that 253,921 pages were photocopied for distance education. The Objectors exclude these pages without offering any justification. These pages should be treated in the same manner as those related to traditional classroom instruction. We therefore add them to the volume triggering remuneration.

obtenu en appliquant au volume des pages photocopées publiées, le ratio de pages donnant droit à rémunération parmi les documents publiés identifiés, soit 8,7 pour cent. Nous soustrayons donc 91,3 pour cent des 43,3 millions de pages provenant de documents publiés non identifiés, soit 39 541 032 pages.

[146] Le volume donnant droit à rémunération pour les documents non identifiés inconnus est obtenu comme le propose Circum, en appliquant au volume des documents inconnus, le ratio de pages photocopées donnant droit à rémunération parmi les documents identifiés, soit 2,2 pour cent. Il en résulte l'ajout de 11 940 924 pages au volume donnant droit à rémunération.

#### *6. Les pages photocopées dans les ministères de l'Éducation et les commissions scolaires*

[147] Les parties s'entendent désormais pour ne pas assujettir au présent tarif les reproductions faites dans les ministères de l'Éducation et les commissions scolaires, sous réserve de ce qui suit. Nous retirons donc 299 677 pages du volume donnant droit à rémunération.

#### *7. Les examens du ministère et l'enseignement à distance*

[148] Pour les motifs exposés aux paragraphes 123 à 129, les 6 995 451 pages photocopées liées aux examens du ministère sont incluses dans le volume donnant droit à rémunération. Par ailleurs, en se fondant sur des données provenant des quatre provinces pertinentes,<sup>39</sup> Access estime qu'il y a eu 253 921 pages photocopées pour l'enseignement à distance. Les opposants éliminent ces pages, sans offrir aucune explication pour justifier cette exclusion. Il convient de les traiter de la même façon que celles liées à l'enseignement traditionnel. Nous les ajoutons donc au volume donnant droit à rémunération.



## 8. *Non-Affiliated Rights Holders*

[149] For the reasons set out at paragraphs 130 to 134, copies of works owned by non-affiliated rights holders who have cashed their royalty cheque from Access must be included in the royalty calculation. In 2005, the amount sent to non-affiliated rights holders that was not cashed represented approximately 0.1 per cent of all royalties distributed pursuant to the pan-Canadian licence. The volume triggering remuneration is therefore reduced accordingly by 246,248 pages.

## 9. *Volume Triggering Remuneration*

[150] After making the adjustments described above, we obtain a volume of 246,001,462 photocopied pages triggering remuneration. Although these photocopied pages mainly originate from books, they also come from newspapers and magazines.

[151] Access estimates that, of the volume triggering remuneration, 86.4 per cent of the pages came from books, 7.1 per cent from newspapers and 6.5 per cent from magazines. For their part, the Objectors obtained 85.5 per cent, 6.2 per cent and 8.3 per cent, respectively. The discrepancies between the two parties' rates are quite insignificant and result in only a very small variation in the final rate. Nonetheless, we find that Access' apportionment is more accurate since the methodology we use is similar to that of Access, particularly regarding the treatment of unidentified documents deemed published. We therefore assess a volume triggering remuneration of 212,545,263 pages from books, 17,466,104 from newspapers and 15,990,095 from magazines.

## **B. Value of a Photocopied Page**

### *1. Determining the Reference Price*

[152] Messrs. Audley and Hyatt submit that a fair and equitable tariff should reflect the benefits

## 8. *Les titulaires non affiliés*

[149] Pour les motifs exposés aux paragraphes 130 à 134, les copies d'ouvrages détenus par des titulaires non affiliés ayant encaissé le chèque de redevances qu'Access leur a fait parvenir doivent être incluses dans le calcul de la redevance. En 2005, les montants expédiés aux titulaires non affiliés qui n'ont pas été encaissés représentaient environ 0,1 pour cent du total des redevances versées en vertu de la licence pancanadienne. Le volume donnant droit à rémunération est donc réduit d'autant, soit 246 248 pages.

## 9. *Le volume donnant droit à rémunération*

[150] Après avoir apporté les ajustements décrits plus haut, nous obtenons un volume donnant droit à rémunération de 246 001 462 pages photocopées. Ces pages photocopées proviennent principalement de livres, mais aussi de journaux et de magazines.

[151] L'estimation du volume donnant droit à rémunération d'Access était composée à 86,4 pour cent de pages provenant de livres, 7,1 pour cent de journaux et 6,5 pour cent de magazines. Les opposants obtenaient plutôt des proportions respectives de 85,5 pour cent, 6,2 pour cent et de 8,3 pour cent. Les écarts entre les taux des deux parties sont très faibles, et ne génèrent qu'une très petite variation dans le taux final. Néanmoins, nous croyons que les proportions d'Access sont plus appropriées puisque la méthodologie que nous utilisons est similaire à celle d'Access, en particulier à l'égard du traitement des documents jugés publiés non identifiés. Nous établissons donc un volume donnant droit à compensation de 212 545 263 pages provenant de livres, de 17 466 104 de journaux et 15 990 095 de magazines.

## **B. La valeur d'une page photocopée**

### *1. Détermination du prix de référence*

[152] MM. Audley et Hyatt soumettent qu'un tarif juste et équitable devrait refléter les

that educational institutions obtain through the photocopies they make. Further, the amount received by rights holders should reflect the amount they would receive if the “photocopy market” were competitive. The Objectors say that they essentially agree with this approach, although they suggest several downward adjustments to come to a tariff that is fair and equitable.

[153] Experts for both parties agree that no other tariff certified by the Board may be used as a reference price in this case. They also agree to use the retail price of literary works as the reference price to set the tariff.

[154] Messrs. Audley and Hyatt propose to set the average value of a photocopied page separately for books, newspapers and magazines. In all three instances, a sample of works sold in the retail market and included in Access Copyright’s repertoire is analyzed to determine the average selling price per page. The price thereby obtained is 16.29¢ for books, 2.8¢ for newspapers and 2.7¢ for magazines. Messrs. Audley and Hyatt then reduce the price per book page by 10.26 per cent to reflect the fact that educational institutions usually receive discounts on the suggested retail price, which reduces the price per book page to 14.6¢.

[155] Messrs. Lyman and Chodorowicz accept this approach but submit that the price obtained must be reduced to better reflect the value of the photocopy compared to the original. To do so, they propose making two adjustments. The first represents the difference in value between multiple-use and single-use formats. The second takes into account the cost of making a photocopy.

[156] We accept the starting point proposed by the parties. However, we make a number of adjustments, [as indicated in Table 3, attached.](#)

benefices que retirent les établissements d’enseignement des photocopies qu’elles font. De plus, le montant reçu par les ayants droit devrait refléter le montant qu’ils recevraient si le « marché de la photocopie » était concurrentiel. Les opposants se sont dits fondamentalement d’accord avec cette approche, suggérant néanmoins plusieurs ajustements à la baisse pour arriver à un tarif juste et équitable.

[153] Les experts des deux parties s’entendent pour dire qu’aucun autre tarif homologué par la Commission ne peut servir de prix de référence en l’espèce. Ils s’entendent aussi pour utiliser le prix de détail des œuvres littéraires comme prix de référence pour établir le tarif.

[154] MM. Audley et Hyatt proposent d’établir la valeur moyenne d’une page photocopiee séparément pour les livres, les journaux et les magazines. Dans les trois cas, un échantillon d’œuvres vendues au détail et faisant partie du répertoire d’Access est analysé afin de déterminer le prix de vente moyen par page. Le prix ainsi obtenu est 16,29 ¢ pour le livre, 2,8 ¢ pour le journal et 2,7 ¢ pour le magazine. MM. Audley et Hyatt réduisent ensuite le prix par page de livre de 10,26 pour cent pour refléter le fait que les établissements d’enseignement obtiennent généralement des escomptes sur le prix de détail suggéré, ce qui réduit le prix par page de livre à 14,6 ¢.

[155] MM. Lyman et Chodorowicz acceptent cette démarche, mais soutiennent que le prix ainsi obtenu doit être réduit pour mieux refléter la valeur de la photocopie par rapport à l’original. Pour ce faire, ils proposent deux ajustements. Le premier représente l’écart de valeur entre le support à usage multiple et le support à usage unique. Le second tient compte de ce qu’il en coûte pour faire une photocopie.

[156] Nous acceptons le point de départ proposé par les parties. Nous y apportons toutefois plusieurs ajustements, [indiqués au tableau 3 en annexe.](#)

*2. Creative Contribution in the Retail Price*

[157] These proceedings essentially concern protected works included in a book, newspaper or magazine. In Messrs. Audley and Hyatt's opinion, a work and its format must consequently be assessed as a whole. Furthermore, for a book to be publicly available, it is not enough that the publisher makes copies. The publisher must also publicize the book and deliver it to the recipients. They therefore claim that the reference price of one photocopied page should take into account all of the costs incurred by the publisher.

[158] We disagree for the following reasons. The tariff we certify is remuneration for use of the work, but a book is more than just the work it contains. Inputs in the economic chain following the making of a work contribute to increasing the market value. These contributions can usually be attributed to economic agents other than the rights holders, such as the transportation company that delivers the work on its medium to the recipient.

[159] A useful example is the tariff for the private copying of sound recordings of musical works. To certify this tariff, the Board used as a starting point only a portion of the retail price of prerecorded CDs, corresponding to remuneration for the contribution of authors, performers and producers. This approach ensures that rights holders receive remuneration equivalent to that obtained from sales of prerecorded CDs. The remuneration that pertains to non-creative inputs is therefore eliminated.

[160] The Educational Rights Collective of Canada (ERCC) tariff for the reproduction of television programs by educational institutions is another example in which the Board used as the reference price the retail price of a work in a format similar to that for which the tariff was

*2. L'apport créatif dans le prix de détail*

[157] L'objet de la présente affaire est avant tout l'œuvre protégée intégrée à un livre, un journal ou un magazine. De l'avis de MM. Audley et Hyatt, l'œuvre et son support doivent par conséquent être considérés comme un tout. Qui plus est, pour que le public ait accès à un livre, il ne suffit pas que l'éditeur en fasse des copies. Il doit aussi en faire connaître l'existence et l'acheminer à ses destinataires. Ils soutiennent donc que la valeur de référence d'une page photocopiee devrait prendre en compte tous les coûts qu'encourt l'éditeur.

[158] Pour les motifs suivants, nous ne sommes pas d'accord. Le tarif que nous homologuons rémunère l'utilisation de l'œuvre, mais un livre est davantage que l'œuvre qu'il contient. Des intrants de la chaîne économique subséquents à la création d'une œuvre contribuent à en augmenter la valeur marchande. Ces contributions sont généralement attribuables à d'autres agents économiques que les ayants droit : c'est le cas, par exemple, de la société de transport lorsqu'il s'agit d'acheminer l'œuvre sur son support à son destinataire.

[159] Le tarif pour la copie privée d'enregistrements sonores d'œuvres musicales fournit un exemple utile. Pour établir ce tarif, la Commission a utilisé comme point de départ une partie seulement du prix de détail du CD préenregistré, correspondant à la rémunération de l'apport des auteurs, interprètes et producteurs. Cette façon de faire assure aux ayants droit une rémunération équivalente à ce qu'ils reçoivent de la vente de CD préenregistrés. La rémunération attribuable aux intrants non créatifs est ainsi retranchée.

[160] Le tarif de la Société canadienne de gestion des droits éducatifs (SCGDE) pour la reproduction d'émissions de télévision par les établissements d'enseignement est un autre exemple où la Commission a utilisé comme prix de référence le prix de détail d'une œuvre sur

certified. In that case, the Board used, with virtually no adjustments, the retail price of videocassettes as the reference price, essentially because to do otherwise “would defeat the objectives of the regime. Its main object is to provide access to programs that educational institutions find valuable and that are not readily accessible currently”.<sup>40</sup> The Board concluded that ERCC’s tariff must coexist with the existing distribution market and that an excessively low tariff would be a serious competitive threat to the existing market.

[161] The circumstances that led the Board to certify the ERCC tariff are not the same as in this case. Admittedly, as we point out at paragraph 111, we believe that photocopies in educational institutions are able to compete with textbooks to the point of adversely affecting sales. That said, contrary to what the Board concluded regarding the ERCC, we are of the opinion that the competition between textbooks and reprography, although sufficiently detrimental as to make certain instances of reprography unfair, is not so intense that it “threatens existing markets”<sup>41</sup> for textbooks. First, while it is possible, at least theoretically, to replace all prerecorded educational videocassettes with taped copies of television programs, photocopying textbooks would be inconceivable if those same textbooks are no longer published. Second, as we have indicated, photocopying alone does not account for the drop in the volume of sales. Third, the fact that the cost of a reprography licence has varied only marginally over the last few years means that this cost is unlikely to have a significant impact on the volume of sales. Lastly, and contrary to what occurred as regards the ERCC, Access and the Objectors have already concluded several agreements providing for non-trivial royalty payments. If there was intense competition and substitutability between reprographic reproductions and textbooks, this tariff, which

support similaire à celle pour laquelle le tarif était établi. Dans cette affaire, la Commission a utilisé, pratiquement sans correction, le prix de vente au détail de la vidéocassette comme prix de référence essentiellement parce que le contraire « irait à l’encontre des objectifs du régime, qui est avant tout de fournir accès à des émissions que les établissements d’enseignement trouvent valables et qui ne sont pas aisément accessibles à l’heure actuelle ». <sup>40</sup> La Commission a cru que le tarif de la SCGDE et le marché existant de la distribution devaient coexister, et qu’un tarif trop faible constituerait une menace concurrentielle importante au marché existant.

[161] Les circonstances qui ont amené la Commission à établir le tarif de la SCGDE ne sont pas celles de la présente affaire. Certes, comme nous le soulignons au paragraphe 111, nous croyons que la photocopie en milieu d’enseignement fait suffisamment concurrence au livre scolaire pour nuire aux ventes de ces derniers. Cela dit, et contrairement à ce que la Commission avait conclu à l’égard de la SCGDE, nous sommes d’avis que la concurrence entre le livre scolaire et la reprographie, bien que suffisamment nuisible pour rendre certains types de reprographie inéquitables, n’est pas intense au point de « menacer les marchés existants »<sup>41</sup> du livre scolaire. Premièrement, s’il est possible, du moins en théorie, qu’on substitue entièrement la vidéocopie d’émissions télévisées à la cassette vidéo éducative préenregistrée, il est impensable de se livrer à la photocopie de manuels scolaires si ces manuels cessent d’être publiés. Deuxièmement, comme nous l’avons souligné, la photocopie n’explique pas à elle seule la baisse dans le volume des ventes. Troisièmement, le fait que le coût de la licence pour la reprographie n’a que très peu varié au cours des dernières années rend peu probable un effet important de ce coût sur le volume des ventes. Enfin, et contrairement à ce qui s’était produit par rapport à la SCGDE, Access et les opposants ont déjà conclu plusieurs ententes comportant des paiements non triviaux de redevances. S’il y avait forte concurrence et

increases royalties, would have the effect of stimulating the book industry rather than harming it.

[162] We therefore deduct from the retail price of the book the portion that, in our opinion, is remuneration for anything other than the author's and publisher's creative contributions. To do so, we use information entered into evidence by Access at the Board's request regarding the breakdown of production costs for books, magazines and newspapers.<sup>42</sup> We find that only elements related to the making of a protected work and its "master" must be considered, and all other elements related to subsequent stages in the making should be excluded, such as printing, distribution, marketing and administration costs.

[163] According to data submitted by Access, expenditures associated with paper and printing, invoicing, marketing and administration total 51.6 per cent of revenue for book publishers. In the case of newspapers, costs for production, printing, circulation and distribution, marketing and administration total 65.4 per cent. As regards magazines, a similar proportion rises to 73.08 per cent.<sup>43</sup> These are the proportions we subtract from the starting price for each type of works, with the results set out in Table 3.

### *3. Cost of Photocopies*

[164] The Objectors submit that costs associated with reprography must be deducted from the reference price. They point out that in the decision certifying the ERCC's first tariff, the Board had made a downward adjustment to take into account the cost of a cassette. The Objectors estimate that the cost of renting a photocopier is 1.1¢ per page and that the cost of paper is 0.5¢. They therefore propose deducting 1.6¢ per page.

[165] Messrs. Audley and Hyatt acknowledge that such an adjustment might be appropriate but

substituabilité entre la reprographie et le livre scolaire, le présent tarif, qui fait augmenter les redevances, aurait pour effet de stimuler l'industrie du livre, pas de lui nuire.

[162] Nous retranchons donc du prix de détail du livre la portion qui, à notre avis, compense autre chose que l'apport créatif de l'auteur et de l'éditeur. Nous utilisons pour ce faire les informations déposées en preuve par Access, à la demande de la Commission, sur la ventilation des coûts de production des livres, magazines et journaux.<sup>42</sup> Nous concluons qu'il ne faut tenir compte que des éléments liés à la création de l'œuvre protégée et de son « original », et exclure tout autre élément lié à des étapes ultérieures à la création, comme les coûts d'imprimerie, de distribution, de marketing et d'administration.

[163] Selon les données fournies par Access, la somme des dépenses d'imprimerie et papier, de facturation, de marketing et d'administration constitue 51,6 pour cent des revenus des éditeurs de livres. Dans le cas des journaux, la somme des coûts de production, d'imprimerie, de circulation et de distribution, de marketing et d'administration est de 65,4 pour cent. Dans le cas des magazines, la proportion similaire monte à 73,08 pour cent.<sup>43</sup> Ce sont ces proportions que nous retranchons des prix de départ pour chacun des types d'œuvres, le résultat étant indiqué au tableau 3.

### *3. Le coût des photocopies*

[164] Les opposants soutiennent qu'il faut déduire du prix de référence les coûts associés à la reprographie. Ils font remarquer que dans la décision homologuant le premier tarif de la SCGDE, la Commission avait ajusté le tarif à la baisse pour prendre en compte le coût de la cassette. Les opposants estiment le coût de location des photocopieuses à 1,1 ¢ par page et le coût du papier à 0,5 ¢. Ils proposent donc une déduction de 1,6 ¢ par page.

[165] MM. Audley et Hyatt reconnaissent qu'un tel ajustement pourrait être approprié, mais

believe that the benefits of the licence more than make up for the cost of photocopies. Moreover, they submit that such an adjustment is conceptually problematic since, as the quality of a photocopy (and consequently its cost) increases, royalties would decrease.

[166] Nonetheless, Messrs. Audley and Hyatt have proposed the alternate solution of deducting production and printing costs, which publishers do not incur whenever a page from one of their books is reproduced. They argue that, furthermore, such an adjustment is enough to account for the fact that a photocopy is used only once, whereas a book is used more often.

[167] In our opinion, a deduction would be necessary, if only to avoid double counting. However, as Messrs. Audley and Hyatt suggest, deducting production and printing costs is equivalent to deducting photocopying costs. As we have just eliminated these costs from the royalty calculation, it is not necessary to make another adjustment in this regard.

#### *4. Single-Use Photocopies*

[168] Messrs. Lyman and Chodorowicz submit that there is a fundamental difference in value between disposable and reusable goods. Contrary to books, photocopies are not meant to be used several times. However, nothing seems to indicate that newspapers or magazines are used more often than copies of articles from those newspapers or magazines.

[169] To determine the difference in value between a disposable document and a reusable one, Messrs. Lyman and Chodorowicz analyzed five markets of single-use works. These markets include the resale of textbooks in American and Canadian colleges, resale of elementary and secondary textbooks by Canadian resellers and used books offered on the Amazon.com Web site. For these three markets, Messrs. Lyman and

considèrent que le coût des photocopies est plus que compensé par les bénéfices provenant de la licence. Ils soutiennent de plus qu'un tel ajustement est conceptuellement problématique puisque la redevance diminuerait à mesure que la qualité de la photocopie, et donc son coût, augmenterait.

[166] MM. Audley et Hyatt ont toutefois proposé une alternative qui consiste à déduire les coûts de production et d'imprimerie, que les éditeurs n'ont pas à encourir lorsqu'une page d'un de leurs livres est reproduite. Ils soutiennent par ailleurs qu'un tel ajustement suffit pour tenir compte du fait que la photocopie ne sert qu'une fois alors que le livre sert plus souvent.

[167] À notre avis, une déduction serait nécessaire, si ce n'est que pour éviter le double comptage. Toutefois, et comme le suggèrent MM. Audley et Hyatt, la déduction des coûts de production et d'imprimerie constitue l'équivalent de la déduction des coûts de photocopie. Comme nous venons tout juste d'éliminer ces coûts du calcul des redevances, il n'est pas nécessaire d'apporter une nouvelle correction à ce titre.

#### *4. Des photocopies à utilisation unique*

[168] MM. Lyman et Chodorowicz soutiennent qu'il y a une différence fondamentale de valeur entre un bien jetable et un bien réutilisable. Contrairement au livre, la photocopie n'est pas destinée à être utilisée à de nombreuses reprises. Par contre, rien ne semble indiquer qu'on se serve plus souvent d'un journal ou d'un magazine que des copies d'articles qu'on en tire.

[169] Afin de déterminer l'écart entre la valeur d'un document jetable et d'un document réutilisable, MM. Lyman et Chodorowicz ont analysé cinq marchés dans lesquels les œuvres ont une utilisation unique. Ces marchés incluent la revente de livres scolaires dans les collèges américains et canadiens, la revente de livres scolaires de niveaux primaire et secondaire par des revendeurs au Canada et les livres usagés sur

Chodorowicz estimate that the difference between the price initially paid and the price at which the user resells a work is an indicator of the relative value of single and multiple uses. The experts also examined literary works sold by Thomson Advantage Books in paperback or loose-leaf formats and submit that the prices of these works are a good approximation of the value of a photocopy. Lastly, Messrs. Lyman and Chodorowicz analyzed works sold in electronic format by Thomson Advantage eBooks. Based on data from these five markets, they determined that a user who has access to a work for a limited time only or who cannot make it available to other users pays approximately half of the retail price of the work. They therefore propose reducing the reference price of a photocopy of a book accordingly.

[170] In Messrs. Audley and Hyatt's view, three of the five markets examined by the Objectors are not suited to this analysis. According to them, the price of works sold in loose-leaf format by Thomson Advantage Books does not reflect the single-use nature but rather the value of a poorer quality edition of the work. Moreover, they believe that electronic versions of Thomson Advantage eBooks are not comparable to photocopied pages since it is not a comparison between works available on paper. Lastly, they maintain that the resale market for elementary and secondary textbooks cannot be used since Messrs. Lyman and Chodorowicz fail to take into account the possibility that resellers may have acquired works from certain wholesalers who pay less than half of the retail price. In that case, since initial users recoup less than what they paid originally, the value of single-use goods is greater than what Messrs. Lyman and Chodorowicz estimate.

le site internet Amazon.com. Pour ces trois marchés, MM. Lyman et Chodorowicz estiment que l'écart entre le prix initialement payé et le prix auquel l'utilisateur revend une œuvre constitue un indicateur de la valeur relative de l'utilisation unique et multiple. Les experts ont examiné également les œuvres littéraires vendues par *Thomson Advantage Books* sous forme de livre à couverture souple ou de feuilles mobiles et soutiennent que les prix de ces œuvres constituent une bonne approximation de la valeur de la photocopie. Finalement, MM. Lyman et Chodorowicz ont analysé les ouvrages vendus sous forme électronique par *Thomson Advantage eBooks*. En se fondant sur les données de ces cinq marchés, ils concluent qu'un utilisateur qui n'a accès à une œuvre que pour une durée limitée, ou qui ne peut en faire bénéficier d'autres utilisateurs, aura à déboursier environ la moitié du prix de détail de l'œuvre. Ils proposent donc de réduire d'autant le prix de référence de la photocopie de livre.

[170] MM. Audley et Hyatt considèrent que trois des cinq marchés examinés par les opposants ne sont pas appropriés pour cette analyse. Selon eux, le prix des œuvres vendues en feuilles mobiles par *Thomson Advantage Books* ne reflète pas le caractère unique de l'utilisation, mais plutôt la valeur d'une édition de moindre qualité de l'œuvre. Par ailleurs, ils estiment que les versions électroniques de *Thomson Advantage eBooks* ne se comparent pas aux pages photocopées puisqu'il ne s'agit pas d'une comparaison entre œuvres disponibles sur papier. Finalement, ils considèrent que le marché de la vente de livres scolaires de niveaux primaire et secondaire ne peut être utilisé puisque MM. Lyman et Chodorowicz ignorent la possibilité que les revendeurs aient acquis les ouvrages de certains grossistes qui eux-mêmes paient moins que la moitié du prix de détail. Dans ce cas, puisque les utilisateurs initiaux récupèrent moins que ce qu'ils ont payé initialement, la valeur de l'utilisation unique est supérieure à ce que MM. Lyman et Chodorowicz estiment.

[171] Regarding the resale of textbooks in American and Canadian colleges and used books on the Amazon.com Web site, Messrs. Audley and Hyatt submit that unsold books must be taken into account. According to them, users who do not resell their books pay 100 per cent of the retail price for a single use of the work. They estimate that the value of a single use is equal to approximately 85 per cent of the value of multiple uses when these copies are taken into account.

[172] A reusable document is clearly worth more than a disposable document. A hardcover book has a longer lifespan than a photocopy, allowing several students to use it. That said, and as Messrs. Audley and Hyatt claim, this value is taken into account in production and printing costs for books. As we have already excluded these expenditures from the retail price, the adjustment to account for the lower value of single-use documents has already been made implicitly. No other adjustment is needed.

##### *5. Value Added Through Selection of Segments of Works*

[173] Messrs. Audley and Hyatt contend it is necessary to take into account the value added of a photocopy as a result of the selection made by the user. They submit, among other things, that it costs approximately 30 per cent more per work to buy a single track than to buy an album on iTunes. They also conducted a market analysis of a number of literary classics and determined that a work sold singly generally costs 60 per cent more than if it had been included in a compilation. The Objectors filed no evidence on this issue and did not specifically adjust for this value. Their expert, Mr. Chodorowicz, did however acknowledge that the selection of segments of works offers value to the user, a value he submits, that was implicitly included in the objector's assessment.

[171] À l'égard de la revente de livres scolaires dans les collèges américains et canadiens et aux livres usagés sur le site internet Amazon.com, MM. Audley et Hyatt soutiennent qu'il faut tenir compte des livres non revendus. Selon eux, les utilisateurs qui ne revendent pas leurs ouvrages paient ainsi 100 pour cent du prix de détail pour une utilisation unique de l'œuvre. Ils estiment que la valeur de l'utilisation unique est égale à environ 85 pour cent de la valeur de l'utilisation multiple lorsque l'on tient compte de ces ouvrages.

[172] Un document réutilisable vaut manifestement davantage qu'un document jetable. Le livre relié est plus durable que la photocopie, ce qui permet à plusieurs élèves de l'utiliser. Cela dit, et comme l'affirment MM. Audley et Hyatt, cette valeur est prise en compte dans les dépenses de production et d'imprimerie des livres. Puisque nous avons déjà retranché ces dépenses du prix de détail, l'ajustement pour tenir compte de la moindre valeur des documents à utilisation unique a déjà été apporté, implicitement. Aucun ajustement additionnel n'est nécessaire.

##### *5. Valeur ajoutée par la sélection de segments des œuvres*

[173] MM. Audley et Hyatt soutiennent qu'il est nécessaire de tenir compte de la valeur ajoutée que comporte la photocopie du fait de la sélection effectuée par l'utilisateur. Ils soulignent entre autres qu'il en coûte environ 30 pour cent plus cher par œuvre pour acheter une plage unique qu'un album sur iTunes. Ils ont également réalisé une analyse de marché de certaines œuvres littéraires classiques, concluant que l'œuvre vendue par elle-même coûte généralement 60 pour cent plus cher que si on l'inclut dans une compilation. Les opposants n'ont soumis aucune preuve ni apporté d'ajustement spécifique à cet égard, mais leur expert, M. Chodorowicz, a toutefois reconnu que la sélection de segments d'œuvres comporte une valeur pour l'utilisateur, valeur qui faisait implicitement partie de leur évaluation.



[174] We agree that a page that is photocopied has value added by the mere fact that it was picked. We do not consider the comparison to literary compilations to be relevant. A compilation is less expensive because several complete works are being purchased at one time. The value added that can be attributed to the choice of the most pertinent excerpt of a work is an entirely different matter.

[175] The difference between the value of a selected musical track and the average value of the tracks on the album is partly a reflection of the fact that, often, one or two tracks from the album are used to market the album, played on the radio and used to promote album sales. Even if one page or section of a book does not serve precisely the same function, from the user's point of view, the selection of this page or section itself offers greater value than the average value of all the pages of the book. The only evidence we have indicates that the value added through selection is 30 per cent. This is the percentage that we use.

#### *6. Benefits of the Licence*

[176] Messrs. Audley and Hyatt submit that access to a blanket licence results in significant savings in transaction costs for educational institutions. Although they do not put forward any quantitative evaluation, they cite a decision of the Board dealing with performing rights royalties for commercial radio stations<sup>44</sup> as an example in which such savings were considered. In that decision, the Board took into account benefits associated with the licence and access to a large repertoire in setting a tariff for low music use radio stations. In setting a lower rate specifically for these stations, the Board needed to consider the benefits derived from access to the repertoire, leading it to an upward correction to the rate of one-quarter of one percentage point.

[174] Nous sommes d'accord qu'une page photocopiee comporte une valeur ajoutée du seul fait qu'on la choisit. Nous ne croyons pas que la comparaison avec les compilations d'œuvres littéraires soit pertinente. La compilation coûte moins cher parce qu'on achète plusieurs œuvres complètes simultanément. La plus-value attribuable à la sélection de l'extrait le plus pertinent d'une œuvre est tout autre chose.

[175] L'écart entre la valeur d'une piste musicale sélectionnée et la valeur moyenne des pistes de l'album est en partie le reflet du fait que ce sont souvent une ou deux pistes d'album qui servent à la promotion de l'album, qui tournent à la radio et moussent les ventes de l'album. Même si une page ou une section de livre ne joue pas spécifiquement le même rôle, la sélection de cette page ou de cette section a elle-même, aux yeux de l'utilisateur, une valeur plus élevée que la valeur moyenne de toutes les pages du livre. Le seul élément de preuve que nous avons situé à 30 pour cent cette valeur ajoutée de la sélection. C'est ce pourcentage que nous utilisons.

#### *6. Les bénéfices de la licence*

[176] MM. Audley et Hyatt soutiennent que l'accès à une licence générale entraîne des économies de coût de transactions significatives pour les établissements scolaires. Bien qu'ils ne proposent aucune évaluation quantitative, ils donnent en exemple une décision de la Commission traitant des redevances d'exécution publique pour les stations de radio commerciales<sup>44</sup> comme instance où de telles économies avaient été prises en compte. Dans cette décision, la Commission avait tenu compte des bénéfices de la licence et de l'accès à un large répertoire dans le cadre d'un tarif visant les stations utilisant peu de musique protégée. L'établissement d'un taux plus faible visant spécifiquement ces stations devait prendre en compte les bénéfices découlant de l'accès au répertoire, ce qui entraîna une correction à la hausse du taux d'un quart de point de pourcentage.

[177] We find that decision to be irrelevant in this instance. The decision involved users seeking to pay a lower rate than others subject to the same tariff. Here, no one is contemplating a tiered tariff. Moreover, the blanket licence creates benefits for both the collective society and users. For example, it facilitates rights management and royalty collection. As there is no evidence regarding these related benefits, we assume that they are off-setting and make no adjustment.

### 7. Indemnity Clause

[178] Agreements that Access has entered into with educational institutions have always included an indemnity clause. Subject to a list of exceptions in the licence, Access assumed the risk of proceedings for copyright infringement by non-affiliated rights holders as long as the institution complied with the terms of the licence. Access does not propose to reintroduce this provision in the tariff, on the basis that it would no longer be necessary for the following reasons.

[179] First, the clause was introduced at a time when Access Copyright's repertoire was much more limited than it is now. Access argues, without supporting evidence, that more than 99 per cent of works reproduced by educational institutions are currently part of its repertoire.

[180] Second, since 1998, the *Act* includes two provisions that limit the possible impact of proceedings against educational institutions. Section 30.3 provides that an institution does not infringe copyright where a copy of a work is made using a machine for the making, by reprographic reproduction, of copies of works in printed form and there is affixed a notice warning of infringement of copyright, as long as there is an agreement or tariff between the institution and the collective society. Section 38.2 adds that a

[177] Nous concluons que cette décision n'est pas pertinente en l'espèce. La décision mettait en cause des utilisateurs réclamant un tarif plus bas que les autres usagers assujettis au même tarif. Il n'est pas question ici d'établir de grille tarifaire. Par ailleurs, la licence générale engendre des bénéfices tant pour la société de gestion que pour les utilisateurs. Par exemple, elle rend plus faciles la gestion des droits et la perception des redevances. Comme nous ne disposons d'aucune preuve à l'égard de ces bénéfices relatifs, nous tenons pour acquis qu'ils se compensent et n'appliquons aucun ajustement.

### 7. La clause d'indemnisation

[178] Les ententes qu'Access a conclues avec des établissements d'enseignement ont toujours comporté une clause d'indemnisation. Sous réserve de la liste d'exceptions qu'inclut la licence, Access assumait le risque de poursuite pour violation du droit d'auteur de la part d'un titulaire non affilié pour autant que l'établissement respecte les conditions de licence. Access ne propose pas de reprendre cette disposition dans le tarif, au motif qu'elle ne serait plus nécessaire pour les raisons suivantes.

[179] Premièrement, la clause a été introduite alors que le répertoire d'Access était bien davantage limité qu'aujourd'hui. Access soutient, sans preuve à l'appui, que plus de 99 pour cent des œuvres reproduites par les établissements d'enseignement font aujourd'hui partie de son répertoire.

[180] Deuxièmement, la *Loi* contient depuis 1998 deux dispositions qui limitent l'impact d'éventuelles poursuites contre les établissements d'enseignement. L'article 30.3 prévoit qu'un établissement ne viole pas le droit d'auteur dans le cas où une œuvre imprimée est reproduite au moyen d'une machine à reprographier et que l'avertissement réglementaire a été affiché, dès lors qu'une entente ou un tarif lie l'établissement et la société de gestion. L'article 38.2 ajoute que le titulaire du droit sur une œuvre qui n'a pas

copyright owner who has not authorized a collective society to authorize its reprographic reproduction may recover no more than the amount of royalties that would have been payable to the society.

[181] Third, the indemnity clause has never been used.

[182] The Objectors challenge the assertion that more than 99 per cent of works reproduced by educational institutions are now part of Access Copyright's repertoire because, among other things, many rights holders are still not affiliated with the society. They submit that the absence of such a provision would detrimentally affect them by making them once again vulnerable to proceedings.

[183] For the reasons set out by Access, we also believe that the indemnity clause has no place in this tariff.

### **C. Royalty Rate**

[184] Table 4, attached, indicates the steps for calculating the final royalty rate. The value per page attributed to each type of document, multiplied by the corresponding number of pages photocopied, gives the total value of the photocopied pages for each type. The sum of these values corresponds to the total payment that the educational institutions concerned should make for 2005-2006.

[185] In order that the amount of royalties payable by an institution be proportionate to the number of students registered in that institution, the parties agree to divide the total value of photocopies by the number of FTE students in 2005-2006, and to then express the tariff as an amount per student. We also adopt this approach. The most recent data indicate that the number of FTE students in 2005-2006 was 3,859,715. The resulting rate is \$5.16 per FTE student.

habilité une société de gestion à en autoriser la reprographie par reproduction ne peut recouvrer un montant supérieur à celui qui aurait été payable à la société de gestion.

[181] Troisièmement, la clause d'indemnisation n'a jamais été invoquée.

[182] Les opposants contestent l'affirmation voulant que plus de 99 pour cent des œuvres reproduites par les établissements d'enseignement fassent aujourd'hui partie du répertoire d'Access, entre autres parce que beaucoup de titulaires ne sont toujours pas affiliés à la société. Ils soutiennent que l'absence d'une telle disposition leur nuirait en les rendant à nouveau vulnérables à des poursuites.

[183] Pour les motifs exposés par Access, nous croyons nous aussi que la clause d'indemnité n'a pas sa place dans le présent tarif.

### **C. Le taux de redevances**

[184] Le Tableau 4, en annexe, indique les étapes nécessaires pour dériver le taux final de redevance. La valeur par page attribuée à chaque type de document, multipliée par le nombre correspondant de pages photocopées, donne la valeur totale des pages photocopées pour chaque type. La somme de ces valeurs correspond au paiement total que les établissements d'enseignement visés devraient faire pour l'année 2005-2006.

[185] Afin que le montant de redevances à payer par un établissement soit proportionnel au nombre d'étudiants inscrits dans cet établissement, les parties s'entendent pour diviser la valeur totale des photocopies par le nombre d'élèves ETP en 2005-2006, pour ensuite exprimer le tarif en un montant par élève. Nous adoptons également cette démarche. Les données les plus récentes indiquent que le nombre d'élèves ETP est de 3 859 715 en 2005-2006. Le taux qui en résulte est de 5,16 \$ par élève ETP.

#### **D. Total Royalties and Ability to Pay**

[186] Total royalties for 2005-2006 at the rate of \$5.16 would be just under \$20 million. This amount represents only 0.05 per cent of costs in elementary and secondary education.<sup>45</sup> The education system, as a whole, is perfectly capable of dealing with this increase in royalties in the long term.

[187] In the short term, however, some account must be taken of the fact that the royalties generated by a rate of \$5.16 are more than double that which was paid under the rate negotiated in the Pan-Canadian agreement, namely, approximately \$9 million. This is a significant increase. Those who hold the licence under the tariff can either be school boards or provincial ministries of education. Both operate under strict financial constraints. Changing budgetary allocations takes time. Running school board deficits, when not all together prohibited, is generally strongly discouraged.

[188] We understand that labour adjudicators are reluctant to account for the ability to pay of public sector agents. However, in the present circumstances, we find that it is only fair and equitable to do so, as we have done in the past for private sector entities.<sup>46</sup> For these reasons, we will apply a discount of 10 per cent for the first four years of the tariff, yielding a FTE rate of \$4.64 and total royalties for 2005-2006 at just under \$18 million. The full rate of \$5.16 per FTE student will apply in 2009.

#### **TARIFF WORDING**

[189] The Board's practice with tariffs of first impression is to circulate a draft for discussion. This time, we asked the parties to discuss wording issues on their own. They agreed on the essence of a text that is largely based on the pan-

#### **D. Redevances totales et capacité de payer**

[186] Avec un taux de 5,16 \$, les redevances totales pour 2005-2006 seraient d'un peu moins de 20 millions de dollars. Ces redevances totales ne représentent que 0,05 pour cent des dépenses en éducation au niveau primaire et secondaire.<sup>45</sup> Le système d'éducation, pris dans son ensemble, est parfaitement en mesure de faire face à cette augmentation de redevances à long terme.

[187] À court terme, toutefois, il faut prendre en compte le fait que les redevances qui découlent d'un taux de 5,16 \$ sont supérieures au double de ce qui a été payé en vertu du taux négocié de l'entente pancanadienne, soit environ 9 millions de dollars. Il s'agit d'une augmentation importante. Le titulaire de licence en vertu du tarif est soit la commission scolaire, soit le ministère provincial de l'Éducation. Tous deux font face à de sérieuses contraintes financières. Modifier les affectations budgétaires prend du temps. Le plus souvent, on décourage fortement les déficits chez les commissions scolaires, quand on ne les interdit pas tout simplement.

[188] Nous savons que les arbitres se rebiffent à prendre en compte la capacité de payer des agents du secteur public. Toutefois, compte tenu des circonstances, nous concluons que l'équité et la justice exigent que nous le fassions, comme nous l'avons fait par le passé pour des utilisateurs du secteur privé.<sup>46</sup> Pour ces motifs, nous appliquerons un escompte de 10 pour cent pour les quatre premières années du tarif, ce qui donne un taux de 4,64 \$ et des redevances pour 2005-2006 d'un peu moins de 18 millions de dollars. Le plein taux de 5,16 \$ par étudiant ETP prévaudra en 2009.

#### **LIBELLÉ DU TARIF**

[189] Lorsqu'elle est saisie d'un premier tarif, la Commission fait circuler un projet pour commentaires. Cette fois-ci, nous avons demandé aux parties de débattre entre elles du libellé. Elles se sont entendues sur l'essentiel d'un texte

Canadian licence and reads more like a contract than a tariff. Normally, we would have rewritten the document with a view to reflect the difference between these two types of legal instruments. Instead, we decided to start with what the parties submitted, for a number of reasons. Their relationship is a long standing one. The parties share an understanding of what the text means. Overhauling its structure and wording would have required extensive explanations and consultations, resulting in even more delay in certifying a tariff that is due to expire at the end of this year.

[190] We must address a number of issues either because the parties could not reach an agreement or to reflect the change in the nature of the relationship that occurs when a collective society asks for a tariff instead of issuing licences. For example, a tariff leaves nothing on the table. Anyone who complies with it cannot be required to do anything more. Consequently, it must regulate all aspects of the ongoing relationship that we consider essential to the effective operation of the tariff. Also, a tariff is a regulatory instrument, not a contract, and is interpreted as such. Its text ought to be as specific as possible, or some of it may be void for uncertainty. It must “spend” the Board’s jurisdiction, and avoid sub-delegating decisions to either party.

#### **A. Ambit**

[191] The Objectors want the tariff to target all the needs of those who will rely on it. That approach, though attractive, is not in accord with the approach we used to set the rate. We agree with Access that it would be unfair to licence copies that could not have been captured by the volume study, with the possible exception of modest, accessory uses. Anything else should be reported and paid for separately. Consequently, the tariff does not extend (for example) to programs delivered by persons or institutions that

largement inspiré de la licence pancanadienne, qui ressemble davantage à un contrat qu’à un tarif. Habituellement, nous aurions réécrit le document afin de refléter les différences entre ces deux types d’actes juridiques. Nous avons plutôt décidé de nous servir de ce que les parties nous avaient proposé, pour plusieurs motifs. Il y a longtemps qu’elles font affaire ensemble. Elles s’entendent sur ce que le texte veut dire. En reprendre la structure et le libellé aurait exigé d’importantes explications et consultations, entraînant encore davantage de retard dans l’homologation d’un tarif qui prend fin avec l’année courante.

[190] Il nous faut traiter de certaines questions soit parce qu’un désaccord subsiste ou pour tenir compte du changement de rapport qui survient quand une société de gestion opte pour un tarif plutôt que d’octroyer des licences. Par exemple, un tarif ne laisse rien sur la table. Celui qui s’y conforme ne peut être obligé de faire quoi que ce soit d’autre. Par conséquent, le tarif doit régir toutes les facettes de la relation que nous croyons essentielles au bon fonctionnement du tarif. Par ailleurs, un tarif est un texte réglementaire, pas un contrat, et est interprété en tant que tel. Plus il est précis, moins il risque d’être nul pour cause d’incertitude. Il doit épuiser la compétence de la Commission et éviter de sous-déléguer des décisions à un administré.

#### **A. Portée**

[191] Les opposants veulent que le tarif régie tous les besoins des utilisateurs qui s’en prévaudront. Cette approche, bien qu’attrayante, n’est pas conforme à la façon dont nous avons procédé pour établir le taux. Tout comme Access, nous concluons qu’il serait injuste d’y assujettir des copies qui n’auraient pu être captées dans l’étude de volume, sauf pour certains usages modestes et accessoires. Toute autre copie devrait faire l’objet de paiement et de rapport distincts. Par conséquent, le tarif ne vise

were not targeted in the proposed tariff (penal institutions, First Nations schools).

[192] Access asked that only libraries located on the premises of an educational institution be subject to the tariff. That limitation was not included in the pan-Canadian licence or the proposed tariff, and nothing indicates that off-site library copying is widely used. On the other hand, these copies probably were not captured in the volume study. The tariff will allow off-site library copying but will require that they be specifically identified when an institution reports its copying activities.

## **B. Prohibitions**

[193] Section 4 lists certain “prohibitions”. Access wishes to specify that blackline masters are not targeted in the tariff. A provision that “prohibits” a form of use gives the impression that the use infringes copyright. Blackline masters generally come with a permission to copy. The prohibition provision should not mention them. The issue is addressed instead in the notice that users will be required to post next to photocopy machines.

## **C. Attribution**

[194] We clarified attribution rules. The pan-Canadian licence required a licensee to ask its employees and agents to act “in accordance with good bibliographic practice”. The Objectors opposed any mention of attribution requirements in the tariff. Again, a tariff must flesh out the relationship between collective societies and users as much as possible. Attribution rules can be part of a tariff’s terms and conditions. On the other hand, while a tariff can incorporate by reference widely recognized external norms, a reference to “good bibliographic practices” may be too vague to be enforceable.

pas entre autres les programmes offerts par une personne ou une institution qui n’étaient pas visées dans le projet de tarif (établissements carcéraux, écoles autochtones).

[192] Access demandait que seule la bibliothèque située dans les locaux d’un établissement puisse se prévaloir du tarif. Ni la licence pancanadienne ni le projet de tarif n’imposaient une telle limite; rien n’indique que la copie en bibliothèque hors site soit particulièrement fréquente. Par contre, ces copies n’ont sans doute pas été captées dans l’étude de volume. Le tarif permet la copie en bibliothèque hors site, mais exige qu’elle soit identifiée séparément lorsque l’établissement fait rapport sur ses activités de photocopie.

## **B. Interdictions**

[193] L’article 4 énumère certaines « interdictions ». Access souhaite préciser que la diazocopie n’est pas assujettie au tarif. Une disposition qui « interdit » une forme d’utilisation donne l’impression que l’utilisation viole le droit d’auteur. Une diazocopie comporte habituellement la permission de la copier. L’interdiction ne devrait pas en traiter. Nous abordons plutôt de la question dans l’avis que les utilisateurs devront afficher près des photocopieuses.

## **C. Mention de la source**

[194] Nous avons clarifié les règles de référence. La licence pancanadienne exigeait que le titulaire de licence demande à ses employés et représentants de se comporter « conformément aux bonnes pratiques bibliographiques ». Les opposants demandent que le tarif n’en traite tout simplement pas. Encore une fois, un tarif doit articuler autant que possible le rapport entre la société de gestion et l’utilisateur. Les règles de référence peuvent faire partie des modalités d’un tarif. Cela dit, s’il peut être utile d’adopter par renvoi des normes externes généralement reconnues, la mention des « bonnes pratiques bibliographiques » pourrait être trop vague pour être appliquée.

#### **D. Notices**

[195] Appendix A of the tariff sets out the text of a notice to be posted next to each photocopy machine. The pan-Canadian licence required licensees to “use best efforts” to inform those who make copies of the terms and conditions of the licence and of their obligation to comply with them. So vague a reference should be avoided in a tariff.

[196] The pan-Canadian licence allowed Access to require licensees to affix a poster without specifying its content. Allowing one party to dictate the content of a notice should be avoided in a tariff. Moreover, a notice is not the appropriate mechanism to inform others about the meaning of concepts such as fair dealing, especially if users have a legitimate disagreement as to that meaning.

#### **E. Surveys**

[197] Access asked that the tariff allow it to collect data to assist in distributing royalties (bibliographic data) and in setting future tariffs (volume data). Licensees would appoint a single representative for the implementation of the studies. A school that refused to take part in a study would be fined \$500. The Objectors asked instead that the Board leave the parties to agree on the terms of the studies. In response, Access argued that both types of surveys are necessary if the tariff is to operate properly. It added that having accepted that individual school boards be licensees, it should not be expected to deal with each one of them when collecting data.

[198] We do not agree with Mr. Whitehead that the information mechanisms Access proposes are unnecessarily costly or intrusive or that the data it wishes to obtain is irrelevant. Many Board

#### **D. Avis**

[195] L’annexe A du tarif établit le libellé d’un avis qu’on devra afficher près de chaque photocopieuse. La licence pancanadienne imposait au titulaire de licence de faire « tous les efforts possibles » pour informer les copistes des modalités de la licence et de leur devoir de s’y conformer. Une mention aussi vague n’a pas sa place dans un tarif.

[196] La licence pancanadienne permettait à Access d’obliger le titulaire de licence à apposer une affiche dont le contenu n’était pas prescrit. Un tarif ne devrait pas permettre à une partie de dicter le contenu d’un avis. Qui plus est, l’avis n’est pas le moyen qui convient pour informer un tiers du sens de concepts telle l’utilisation équitable, surtout si l’utilisateur conteste l’interprétation qu’une société de gestion en donne.

#### **E. Enquêtes**

[197] Access voudrait que le tarif lui permette de colliger des données pouvant aider à la distribution de redevances (données bibliographiques) et à l’établissement de prochains tarifs (données sur le volume). Les titulaires désigneraient un représentant unique pour la mise en place des études. L’école qui refuserait de participer à une étude se verrait imposer une amende de 500 \$. Les opposants demandent au contraire que la Commission laisse aux parties le soin de s’entendre sur les modalités des études. Access réplique que le tarif ne peut fonctionner correctement sans ces deux types d’enquête. Elle ajoute que, ayant accepté que chaque commission scolaire puisse détenir la licence, on ne devrait pas s’attendre à ce qu’elle traite avec chacune d’elles dans la collecte de données.

[198] Contrairement à M. Whitehead, nous ne croyons pas que les mécanismes de cueillette de renseignements qu’Access propose sont inutilement coûteux ou intrusifs ou que les

tariffs impose reporting obligations for the purposes of distribution. Self-reporting, coupled with an audit provision, is the norm. Granting access to the premises of institutions in order to allow a collective society to conduct its own surveys is no doubt possible: access is allowed under audit provisions as a matter of course. In this instance, we prefer not to proceed this way. Instead, the tariff allows Access to require each institution to provide ten days of data per year, as is done in a variety of other tariffs. Access can ask its experts to select institutions so as to optimize the statistical reliability of the data. It can offer to conduct its own survey; many institutions probably will consent to this, since this may prove less costly. Access also is free to devise reporting forms which, no doubt, most institutions will gladly use.

[199] On the other hand, we are not certain that a tariff should impose participation in a volume study. Such a study is crucial in setting a tariff, but not to implement it. This is better left to an agreement between the parties and, failing this, to the usual discovery mechanisms, at least for the time being.

[200] We also do not know whether we can provide a fine for institutions that do not comply with a request for information and, in any event, do not wish to resort to this form of sanction. Instead, institutions that do not comply will be unable to avail themselves of the tariff until they cure the defect.

[201] We understand why Access wishes to deal with a single person on all survey issues. Having said that, we do not intend to impose such a requirement. Again, we prefer to leave this to the initiative of the parties. Failing an agreement, Access will have to deal with fewer users than

données qu'elle souhaite obtenir ne sont pas pertinentes. Plusieurs tarifs de la Commission exigent qu'on fasse rapport à des fins de distribution. La norme est l'autodéclaration accompagnée d'un processus de vérification. Permettre l'accès aux locaux d'un établissement afin de permettre à une société de gestion de se livrer à sa propre enquête est sans doute possible : on permet couramment un tel accès à des fins de vérification. En l'espèce, nous préférons procéder autrement. Le tarif permet à Access d'exiger de chaque établissement dix jours de données par année, comme c'est le cas dans plusieurs autres tarifs. Access est libre de demander à ses experts de choisir les établissements de façon à optimiser la fiabilité statistique des données. Elle peut offrir de mener sa propre étude; plusieurs établissements y consentiront probablement, puisque cela pourrait être moins coûteux. Access pourra aussi créer des formulaires que la plupart des établissements se feront sans doute un plaisir d'utiliser.

[199] Par contre, nous ne sommes pas certains qu'un tarif devrait exiger qu'on participe à une étude de volume. Une telle étude est nécessaire à l'établissement d'un tarif, mais pas à son application. Il est préférable de s'en remettre à une entente entre parties, ou à défaut, aux mécanismes habituels de divulgation de preuve, en tout cas pour l'instant.

[200] Nous ne savons pas non plus si nous sommes en mesure d'imposer une amende à l'établissement qui ne répond pas à une demande de renseignements. De toute façon, nous préférons ne pas avoir recours à une telle sanction. En lieu et place, l'établissement qui ne se conforme pas ne pourra se prévaloir du tarif jusqu'à ce qu'il remédie au manquement.

[201] Nous comprenons pourquoi Access souhaite traiter avec une seule personne des questions relatives aux enquêtes. Cela dit, nous n'entendons pas imposer une telle exigence. Encore une fois, nous préférons nous en remettre au bon vouloir des parties. Si une entente



other collective societies that deal with hundreds of radio stations or a few thousand retransmission systems.

#### **F. Transitional Provisions**

[202] Licensees will be allowed to pay additional royalties resulting from the change in rate from the pan-Canadian licence to this tariff in three payments, the last of which is due on October 31, 2010. Part of the delay in certifying the tariff resulted from errors made by Access in collecting and interpreting data. The additional royalties will therefore not attract interest for the last six months of the period for which they would otherwise have been calculated.

n'intervient pas, Access devra composer avec moins d'usagers que d'autres sociétés de gestion qui traitent avec des centaines de stations de radio ou quelques milliers de systèmes de retransmission.

#### **F. Dispositions transitoires**

[202] Un titulaire de licence pourra acquitter les redevances additionnelles découlant du changement de taux entre la licence pancanadienne et le tarif en trois versements dont le dernier est payable le 31 octobre 2010. Une partie du délai dans l'homologation du tarif découle des erreurs d'Access dans la collecte et l'interprétation des données. Les redevances additionnelles ne seront donc pas assujetties au versement d'intérêts durant les six derniers mois de la période pour laquelle ils auraient autrement été calculés.

Le secrétaire général,



Claude Majeau  
Secretary General

## ENDNOTES

1. FTE is used to determine a full course load, since a part-time student generates a smaller number of photocopies.
2. Owing to inflation-based adjustments, the interim royalty was approximately \$2.45 at the time of the hearings.
3. *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 at para. 48 [CCH].
4. *Ibid.* at para. 55.
5. Exhibit Access-8 at 2; Exhibit Access-5 at paras. 84-85; Transcript at 1036-37; Exhibit Access-7B at 3.
6. *CCH*, *supra* note 3 at para. 68.
7. *Ibid.* at para. 70.
8. The factors are listed at paragraph 110 of these reasons.
9. *CCH*, *supra* note 3 at para. 48.
10. *Ibid.* at para. 53.
11. *Ibid.* at para. 63.
12. *Ibid.* at para. 64.
13. The access policy allows photocopies for court, tribunal and government proceedings. Strangely, the Supreme Court postulates that allowing copies to be made for these non-allowable purposes “further supports a finding that the dealings were fair”: *Ibid.* at para. 71.
14. *Ibid.* at paras. 68, 71.

## NOTES

1. L’ETP est utilisé pour déterminer une charge de cours complète, puisqu’un élève à temps partiel génère un nombre inférieur de photocopies.
2. Des ajustements fondés sur l’inflation ont fait en sorte qu’au moment des audiences, la redevance provisoire s’établissait à environ 2,45 \$.
3. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 au para. 48 [CCH].
4. *Ibid.* au para. 55.
5. Pièce Access-8 à la p. 2; pièce Access-5 aux para. 84-85; Transcription aux pp. 1036-37; pièce Access-7B à la p.3.
6. *CCH*, *supra* note 3 au para. 68.
7. *Ibid.* au para. 70.
8. Ces facteurs sont énumérés au paragraphe 110 des présents motifs.
9. *CCH*, *supra* note 3 au para 48.
10. *Ibid.* au para 53.
11. *Ibid.* au para 63.
12. *Ibid.* au para. 64.
13. La politique d’accès permet la photocopie pour utilisation lors d’une instance judiciaire ou d’une audience devant un organisme gouvernemental. Fait étrange, la Cour suprême postule que permettre les copies à ces fins non énumérées « étaye davantage la thèse de l’utilisation équitable » : *Ibid.* au para. 71.
14. *Ibid.* aux para. 68, 71.

15. *Sillitoe et al v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 at 559 (Ch. Div.) [*Sillitoe*].
  16. As a result, the relevance or ambit of certain decisions rendered before *CCH* may need to be re-evaluated.
  17. *Television New Zealand v. Newsmonitor Services Ltd.*, 1993 NZLR LEXIS 725 at 49-50 (N.Z. H.C.); *De Garis v. Neville Jeffress Pidler Pty Ltd.* (1990), 18 I.P.R. 292 at 298 (F.C. Aust.). See also *Hager v. ECW Press Ltd.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 289 at paras. 53-54 (F.C.T.D.) [*Hager*].
  18. *SOCAN – Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) for the Years 1996 to 2006* (18 October 2007) Copyright Board [Decision](#) at para. 109.
  19. *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Ch. 601 (Ch.D.).
  20. *Boudreau v. Lin* (1997), 150 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 324 at 335 (Ont. Gen. Div. Ct.).
  21. *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2002] 4 F.C. 213 at para. 129 (C.A.).
  22. *CCH*, *supra* note 3 at para. 64.
  23. *Hager*, *supra* note 17 at para. 55; J.S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4<sup>th</sup> ed., (Toronto: Thomson Canada Limited, 2003), at 23-11; Robic-Léger, *Canadian Copyright Act, annotated* (Toronto: Thomson Carswell, 2005), at 29-2.
  24. *CCH*, *supra* note 3 at para. 66.
  25. This necessarily follows from the reference in para. 55, to *Sillitoe*, *supra* note 15.
15. *Sillitoe et al v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 à la p. 559 (Ch. Div.) [*Sillitoe*].
  16. Il se peut donc qu'il faille réévaluer la pertinence ou la portée de certains arrêts rendus avant *CCH*.
  17. *Television New Zealand v. Newsmonitor Services Ltd.*, 1993 NZLR LEXIS 725 aux pp. 49-50 (N.Z. H.C.); *De Garis v. Neville Jeffress Pidler Pty Ltd.* (1990), 18 I.P.R. 292 à la p. 298 (F.C. Aust.). Voir aussi *Hager v. ECW Press Ltd.* (1998), 85 C.P.R. (3<sup>e</sup>) 289 aux para. 53-54 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.) [*Hager*].
  18. *SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006* (18 octobre 2007) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur au para. 109.
  19. *University of London Press v. University Tutorial Press*, [1916] 2 Ch. 601 (Ch.D.).
  20. *Boudreau v. Lin* (1997), 150 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 324 à la p. 335 (Div. gén. Ont.).
  21. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2002] 4 C.F. 213 au para. 129 (C.A.).
  22. *CCH*, *supra* note 3 au para. 64.
  23. *Hager*, *supra* note 17 au para. 55; J.S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Canada Limited, 2003 aux pp. 23-11; Robic-Léger, *Canadian Copyright Act, annotated*, Toronto, Thomson Carswell, 2005 à la p. 29-2.
  24. *CCH*, *supra* note 3 au para. 66.
  25. C'est ce qui découle nécessairement de la référence au para. 55 de l'arrêt *Sillitoe*, *supra* note 15.

26. *CCH*, *supra* note 3 at para. 68.
27. *Ibid.*
28. *Ibid.* at para. 69.
29. In this respect, we take for granted that the proposition according to which the possibility of obtaining a licence is not relevant to determine the fairness of the dealing is limited to obtaining a licence, and does not apply to acquiring copies.
30. *CCH*, *supra* note 3 at para 71.
31. *Ibid.* at para. 72.
32. See the evidence referred to in note 5, *supra*.
33. *Supra* note 21 at para. 132.
34. *CCH*, *supra* note 3 at para. 48.
35. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 at para. 97; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363 at para. 94.
36. Since Access analyzed 255,009,334 photocopied pages out of a total volume of 270,030,690 pages, the results presented by Access have been revised upwards by 5.89 per cent to account for the unanalyzed photocopied pages (15,021,356).
37. *NRCC – Tariff 1.A (Commercial Radio) for the Years 1998 to 2002* (13 August 1999) Copyright Board [Decision](#) [NRCC 1.A].
38. See among others, G.H.L. Fridman, *The Law of Agency*, 7<sup>th</sup> ed. (Butterworths, 1996), at 59, 84, 106.
26. *CCH*, *supra* note 3 au para. 68.
27. *Ibid.*
28. *Ibid.* au para. 69.
29. À cet égard, nous tenons pour acquis que la proposition voulant que la possibilité d’obtenir une licence ne soit pas pertinente pour décider du caractère équitable de l’utilisation se limite bien à l’obtention d’une licence, et ne concerne pas l’acquisition de copies.
30. *CCH*, *supra* note 3 au para. 71.
31. *Ibid.* au para. 72.
32. Voir la preuve citée dans la note 5, *supra*.
33. *Supra* note 21 au para. 132.
34. *CCH*, *supra* note 3 au para. 48.
35. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 au para. 97; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363 au para. 94.
36. Puisque le volume de pages photocopées analysées par Access est de 255 009 334 sur un volume total de 270 030 690, les résultats fournis par Access ont été ajustés à la hausse de 5,89 pour cent pour tenir compte des pages photocopées non analysées (15 021 356).
37. *SCGDV – Tarif 1.A (Radio commerciale) pour les années 1998 à 2002* (13 août 1999) [Décision](#) de la Commission du droit d’auteur [SCGDV 1.A].
38. Voir entre autres, G.H.L. Fridman, *The Law of Agency*, 7<sup>e</sup> éd., Butterworths, 1996 aux pp. 59, 84, 106.

39. Nova Scotia, Manitoba, Saskatchewan and Alberta. Other provinces are not responsible for material given to students for distance education.
40. *ERCC – Educational Rights Tariff, 1999 - 2002* (25 October 2002) Copyright Board [Decision](#) at 5-6.
41. *Ibid.* at 6.
42. Exhibit Access-23.
43. Using net production and printing expenditures of prepress costs.
44. *Various SOCAN Tariffs for the Year 1991* (31 July 1991) Copyright Board [Decision](#).
45. These costs come from Exhibit Access-12.
46. See e.g. *Pay Audio Services for the years 2003 to 2006* (25 February 2005) Copyright Board [Decision](#) and *Satellite Radio Services* (8 April 2009) Copyright Board [Decision](#).
39. La Nouvelle-Écosse, le Manitoba, la Saskatchewan et l'Alberta. Les autres provinces ne sont pas responsables du matériel fourni aux élèves pour l'enseignement à distance.
40. *SCGDE – Tarif des droits éducatifs, 1999 - 2002* (25 octobre 2002) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur aux pp. 5-6.
41. *Ibid.* à la p. 6.
42. Pièce Access-23.
43. En utilisant les dépenses de production et d'imprimerie nettes des dépenses de prépresse.
44. Certains tarifs de la SOCAN pour l'année 1991 (31 juillet 1991) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur.
45. Ces dépenses proviennent de la pièce Access-12.
46. Voir par ex. *Services sonores payants pour les années 2003 à 2006* (25 février 2005) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur et *Services de radio par satellite* (8 avril 2009) [Décision](#) de la Commission du droit d'auteur.

**TABLE 1**

**VOLUME OF FAIR DEALING EXCEPTION**

<b>Categories of Photocopies</b>	<b>Volume</b>	<b>Cumulative Total</b>
1. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request <sup>1</sup> a. solely for the purpose of private study and/or research	623,585	
2. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request <sup>1</sup> a. solely for the purpose of criticism and/or review, or b. solely for the purpose of criticism and/or review AND private study and/or research	204,285	827,870
3. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request <sup>1</sup> a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception	821,909	1,649,779
4. Multiple copies made for use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception b. solely for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review	16,861,583	18,511,362

<sup>1</sup> Without instructions to read the material.

**TABLEAU 1****VOLUME DE L'EXCEPTION RELATIVE À L'UTILISATION ÉQUITABLE**

<b>Catégories de photocopies</b>	<b>Volume</b>	<b>Total cumulatif</b>
1. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande <sup>1</sup>	623 585	
a. uniquement aux fins d'étude privée et/ou de recherche		
2. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande <sup>1</sup>	204 285	827 870
a. uniquement aux fins de critique et/ou de compte rendu, ou		
b. uniquement aux fins de critique et/ou de compte rendu ET d'étude privée et/ou de recherche		
3. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande <sup>1</sup>	821 909	1 649 779
a. aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		
i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l'exception relative à l'utilisation équitable		
4. Copies multiples faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande	16 861 583	18 511 362
a. aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		
i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l'exception relative à l'utilisation équitable		
b. uniquement aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		

<sup>1</sup> Sans instruction de lire.

**TABLE 2****VOLUME OF PHOTOCOPIED PAGES TRIGGERING REMUNERATION**

<b>TOTAL NUMBER OF PHOTOCOPIED PAGES</b>	<b>10,330,149,254</b>
Minus photocopied pages of unpublished or unknown documents	7,248,137,928
<b>PHOTOCOPIED PAGES OF PUBLISHED DOCUMENTS</b>	<b>3,082,011,326</b>
Minus photocopied pages:	
• of consumables or reproducibles	2,811,980,636
• that qualify under the fair dealing exception	1,649,779
• of documents in the public domain or on the exclusion list	1,215,623
<b>SUB-TOTAL</b>	<b>267,165,288</b>
Minus photocopied pages:	
• containing public domain material (0.1 per cent of sub-total)	267,165
• of unidentified published documents not triggering royalties	39,541,032
Plus photocopied pages of unknown documents triggering royalties	11,940,924
Minus photocopied pages by ministries and school boards	299,677
Plus photocopied pages:	
• for ministry examinations	6,995,451
• for distance education	253,921
<b>SUB-TOTAL</b>	<b>246,247,710</b>
Minus photocopied pages of works of non-affiliated rights holders who have not cashed their royalty cheque (0.1 per cent of sub-total)	246,248
<b>VOLUME OF PHOTOCOPIED PAGES TRIGGERING REMUNERATION</b>	<b>246,001,462</b>



## TABLEAU 2

### VOLUME DE PAGES PHOTOCOPIÉES DONNANT DROIT À RÉMUNÉRATION

<b>NOMBRE TOTAL DE PAGES PHOTOCOPIÉES</b>	<b>10 330 149 254</b>
Moins les pages photocopées de documents non publiés ou inconnus	7 248 137 928
<b>PAGES PHOTOCOPIÉES DE DOCUMENTS PUBLIÉS</b>	<b>3 082 011 326</b>
Moins les pages photocopées :	
• de documents consommables ou reproductibles	2 811 980 636
• bénéficiant de l'exception relative à l'utilisation équitable	1 649 779
• de documents du domaine public ou de la liste d'exclusion	1 215 623
<b>SOUS-TOTAL</b>	<b>267 165 288</b>
Moins les pages photocopées :	
• incluant du matériel du domaine public (0,1 pour cent du sous-total)	267 165
• de documents non identifiés non assujetties à redevance	39 541 032
Plus les pages photocopées de documents inconnus assujetties à redevance	11 940 924
Moins les pages photocopées par les ministères et commissions scolaires	299 677
Plus les pages photocopées :	
• d'examens du ministère	6 995 451
• pour l'enseignement à distance	253 921
<b>SOUS-TOTAL</b>	<b>246 247 710</b>
Moins les pages photocopées d'œuvres de titulaires non affiliés n'ayant pas encaissé leur chèque de redevances (0,1 pour cent du sous-total)	246 248
<b>VOLUME DE PAGES PHOTOCOPIÉES DONNANT DROIT À RÉMUNÉRATION</b>	<b>246 001 462</b>

**TABLE 3****VALUE OF A PHOTOCOPIED PAGE**

	<b>Books</b>	<b>Newspapers</b>	<b>Magazines</b>
<b>AVERAGE RETAIL PRICE, PER PAGE</b>	<b>16.29¢</b>	<b>2.80¢</b>	<b>2.70¢</b>
Minus discount on books for schools (10.26%)	1.67¢	-	-
<b>ADJUSTED SELLING PRICE</b>	<b>14.62¢</b>	<b>2.80¢</b>	<b>2.70¢</b>
Minus portion of costs not corresponding to creative contribution <sup>1</sup>	7.54¢	1.83¢	1.97¢
<b>VALUE OF CREATIVE CONTRIBUTION</b>	<b>7.08¢</b>	<b>0.97¢</b>	<b>0.73¢</b>
Plus value added through selection of segments of works (30%)	2.12¢	0.29¢	0.22¢
<b>VALUE OF A PHOTOCOPIED PAGE</b>	<b>9.20¢</b>	<b>1.26¢</b>	<b>0.95¢</b>

<sup>1</sup> Calculated using the proportions found in paragraph 163.

**TABLEAU 3****VALEUR D'UNE PAGE PHOTOCOPIÉE**

	<b>Livres</b>	<b>Journaux</b>	<b>Magazines</b>
<b>PRIX MOYEN DE VENTE AU DÉTAIL, PAR PAGE</b>	<b>16,29 ¢</b>	<b>2,80 ¢</b>	<b>2,70 ¢</b>
Moins l'escompte sur les livres pour les écoles (10,26 %)	1,67 ¢	-	-
<b>PRIX DE VENTE AJUSTÉ</b>	<b>14,62 ¢</b>	<b>2,80 ¢</b>	<b>2,70 ¢</b>
Moins la part des dépenses qui ne correspond pas à un apport créatif <sup>1</sup>	7,54 ¢	1,83 ¢	1,97 ¢
<b>VALEUR DE L'APPORT CRÉATIF</b>	<b>7,08 ¢</b>	<b>0,97 ¢</b>	<b>0,73 ¢</b>
Plus la valeur ajoutée par la sélection des segments d'œuvres (30 %)	2,12 ¢	0,29 ¢	0,22 ¢
<b>VALEUR D'UNE PAGE PHOTOCOPIÉE</b>	<b>9,20 ¢</b>	<b>1,26 ¢</b>	<b>0,95 ¢</b>

<sup>1</sup> Calculée en utilisant les proportions obtenues au paragraphe 163.

**TABLE 4**  
**FINAL RATE**

	<b>Books</b>	<b>Newspapers</b>	<b>Magazines</b>	<b>Total</b>
<b>VALUE OF A PHOTOCOPIED PAGE</b>	<b>9.20¢</b>	<b>1.26¢</b>	<b>0.95¢</b>	
Volume of photocopied pages triggering remuneration	212,545,263	17,466,104	15,990,095	
<b>VALUE OF PHOTOCOPIED PAGES TRIGGERING REMUNERATION</b>	<b>\$19,554,164</b>	<b>\$220,073</b>	<b>\$151,906</b>	<b>\$19,926,143</b>
Full-Time Equivalent students				3,859,715
<b>FINAL RATE</b>				<b>\$5.16</b>

**TABLE 4**  
**TAUX FINAL**

	<b>Livres</b>	<b>Journaux</b>	<b>Magazines</b>	<b>Total</b>
<b>VALEUR D'UNE PAGE PHOTOCOPIÉE</b>	<b>9,20 ¢</b>	<b>1,26 ¢</b>	<b>0,95 ¢</b>	
Volume de pages photocopées donnant droit à rémunération	212 545 263	17 466 104	15 990 095	
<b>VALEUR DES PAGES PHOTOCOPIÉES DONNANT DROIT À RÉMUNÉRATION</b>	<b>19 554 164 \$</b>	<b>220 073 \$</b>	<b>151 906 \$</b>	<b>19 926 143 \$</b>
Élèves équivalent temps plein				3 859 715
<b>TAUX FINAL</b>				<b>5,16 \$</b>