

A-302-09
2010 FCA 198

A-302-09
2010 CAF 198

The Province of Alberta as represented by the Minister of Education; the Province of British Columbia as represented by the Minister of Education; the Province of Manitoba as represented by the Minister of Education, Citizenship and Youth; the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Education; the Province of Newfoundland and Labrador as represented by the Minister of Education; the Northwest Territories as represented by the Minister of Education, Culture and Employment; the Province of Nova Scotia as represented by the Minister of Education; the Territory of Nunavut as represented by the Minister of Education; the Province of Ontario as represented by the Minister of Education; the Province of Prince Edward Island as represented by the Minister of Education; the Province of Saskatchewan as represented by the Minister of Education; the Yukon Territory as represented by the Minister of Education; the Airy and Sabine District School Area Board; the Algoma District School Board; the Algonquin and Lakeshore Catholic District School Board; the Asquith-Garvey District School Area Board; the Atikokan Roman Catholic Separate School Board; the Avon Maitland District School Board; the Bloorview Macmillan School Authority; the Bluewater District School Board; the Brant Haldimand Norfolk Catholic District School Board; the Bruce-Grey Catholic District School Board; the Campbell Children's School Authority; the Caramat District School Area Board; the Catholic District School Board of Eastern Ontario; the Collins District School Area Board; the Connell and Ponsford District School Area Board; the Conseil des écoles catholiques du Centre-Est de l'Ontario; the Conseil des écoles publiques de l'Est de l'Ontario; the Conseil des écoles séparées catholiques de Dubreuilville; the Conseil des écoles séparées catholiques de Foleyet; the Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud; the Conseil scolaire de district catholique de l'Est Ontarien; the Conseil scolaire de district catholique des Aurores Boréales; the Conseil scolaire de district catholique des

La province d'Alberta, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de la Colombie-Britannique, représentée par le ministre de l'Éducation; la province du Manitoba, représentée par le ministre de l'Éducation, de la Citoyenneté et de la Jeunesse; la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de Terre-Neuve-et-Labrador, représentée par le ministre de l'Éducation; les territoires du Nord-Ouest, représentés par le ministre de l'Éducation, de la Culture et de la Formation; la province de la Nouvelle-Écosse, représentée par le ministre de l'Éducation; le territoire du Nunavut, représenté par le ministre de l'Éducation; la province d'Ontario, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de l'Île-du-Prince-Édouard, représentée par le ministre de l'Éducation; la province de la Saskatchewan, représentée par le ministre de l'Éducation; le territoire du Yukon, représenté par le ministre de l'Éducation; le Airy and Sabine District School Area Board; le Algoma District School Board; le Algonquin and Lakeshore Catholic District School Board; le Asquith-Garvey District School Area Board; le Atikokan Roman Catholic Separate School Board; le Avon Maitland District School Board; le Bloorview Macmillan School Authority; le Bluewater District School Board; le Brant Haldimand Norfolk Catholic District School Board; le Bruce-Grey Catholic District School Board; le Campbell Children's School Authority; le Caramat District School Area Board; le Catholic District School Board of Eastern Ontario; le Collins District School Area Board; le Connell and Ponsford District School Area Board; le Conseil des écoles catholiques du Centre-Est de l'Ontario; le Conseil des écoles publiques de l'Est de l'Ontario; le Conseil des écoles séparées catholiques de Dubreuilville; le Conseil des écoles séparées catholiques de Foleyet; le Conseil scolaire de district catholique Centre-Sud; le Conseil scolaire de district catholique de l'Est Ontarien; le Conseil scolaire de district catholique des Aurores Boréales; le Conseil scolaire de district catholique des Grandes Rivières; le Conseil scolaire de district catholique du Nouvel-Ontario; le Conseil

Grandes Rivières; the Conseil scolaire de district catholique du Nouvel-Ontario; the Conseil scolaire de district catholique Franco-Nord; the Conseil scolaire de district des écoles catholiques de Sud-Ouest; the Conseil scolaire de district du Centre Sud-Ouest; the Conseil scolaire de district du Grand Nord de l'Ontario; the Conseil scolaire de district du Nord-Est de l'Ontario; the District School Board of Niagara; the District School Board Ontario North East; the Dufferin-Peel Catholic District School Board; the Durham Catholic District School Board; the Durham District School Board; the Foleyet District School Area Board; the Gogama District School Area Board; the Gogama Roman Catholic Separate School Board; the Grand Erie District School Board; the Greater Essex County District School Board; the Halton Catholic District School Board; the Halton District School Board; the Hamilton-Wentworth Catholic District School Board; the Hamilton-Wentworth District School Board; the Hastings & Prince Edward District School Board; the Hornepayne Roman Catholic Separate School Board; the Huron Perth Catholic District School Board; the Huron-Superior Catholic District School Board; the James Bay Lowlands Secondary School Board; the Kawartha Pine Ridge District School Board; the Keewatin-Patricia District School Board; the Kenora Catholic District School Board; the Lakehead District School Board; the Lambton Kent District School Board; the Limestone District School Board; the Missarenda District School Area Board; the Moose Factory Island District School Area Board; the Moosonee District School Area Board; the Moosonee Roman Catholic Separate School Board; the Murchison and Lyell District School Area Board; the Nakina District School Area Board; the Near North District School Board; the Niagara Catholic District School Board; the Niagara Peninsula Children's Centre School Authority; the Nipissing-Parry Sound Catholic District School Board; the Northeastern Catholic District School Board; the Northern District School Area Board; the Northwest Catholic District School Board; the Ottawa Children's Treatment Centre School Authority; the Ottawa-Carleton Catholic District School Board; the

scolaire de district catholique Franco-Nord; le Conseil scolaire de district des écoles catholiques de Sud-Ouest; le Conseil scolaire de district du Centre Sud-Ouest; le Conseil scolaire de district du Grand Nord de l'Ontario; le Conseil scolaire de district du Nord-Est de l'Ontario; le District School Board of Niagara; le District School Board Ontario North East; le Dufferin-Peel Catholic District School Board; le Durham Catholic District School Board; le Durham District School Board; le Foleyet District School Area Board; le Gogama District School Area Board; le Gogama Roman Catholic Separate School Board; le Grand Erie District School Board; le Greater Essex County District School Board; le Halton Catholic District School Board; le Halton District School Board; le Hamilton-Wentworth Catholic District School Board; le Hamilton-Wentworth District School Board; le Hastings & Prince Edward District School Board; le Hornepayne Roman Catholic Separate School Board; le Huron Perth Catholic District School Board; le Huron-Superior Catholic District School Board; le James Bay Lowlands Secondary School Board; le Kawartha Pine Ridge District School Board; le Keewatin-Patricia District School Board; le Kenora Catholic District School Board; le Lakehead District School Board; le Lambton Kent District School Board; le Limestone District School Board; le Missarenda District School Area Board; le Moose Factory Island District School Area Board; le Moosonee District School Area Board; le Moosonee Roman Catholic Separate School Board; le Murchison and Lyell District School Area Board; le Nakina District School Area Board; le Near North District School Board; le Niagara Catholic District School Board; le Niagara Peninsula Children's Centre School Authority; le Nipissing-Parry Sound Catholic District School Board; le Northeastern Catholic District School Board; le Northern District School Area Board; le Northwest Catholic District School Board; le Ottawa Children's Treatment Centre School Authority; le Ottawa-Carleton Catholic District School Board; le Ottawa-Carleton District School Board; le Parry Sound Roman Catholic Separate School Board; le Peel District School Board; le Peterborough Victoria

Ottawa-Carleton District School Board; the Parry Sound Roman Catholic Separate School Board; the Peel District School Board; the Peterborough Victoria Northumberland and Clarington Catholic District School Board; the Rainbow District School Board; the Rainy River District School Board; the Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board; the Renfrew County Catholic District School Board; the Renfrew County District School Board; the Simcoe County District School Board; the Simcoe Muskoka Catholic District School Board; the St Clair Catholic District School Board; the Sudbury Catholic District School Board; the Superior North Catholic District School Board; the Superior-Greenstone District School Board; the Thames Valley District School Board; the Thunder Bay Catholic District School Board; the Toronto Catholic District School Board; the Toronto District School Board; the Trillium Lakelands District School Board; the Upper Canada District School Board; the Upper Grand District School Board; the Upsala District School Area Board; the Waterloo Catholic District School Board; the Waterloo Region District School Board; the Wellington Catholic District School Board; the Windsor-Essex Catholic District School Board; and the York Region District School Board (*Applicants*)

v.

The Canadian Copyright Licensing Agency, operating as “Access Copyright” (*Respondent*)

and

The Canadian Association of University Teachers (*Intervener-1*)

and

The Canadian Publishers’ Council, the Association of Canadian Publishers and the Canadian Education Resources Council (*Interveners-2*)

Northumberland and Clarington Catholic District School Board; le Rainbow District School Board; le Rainy River District School Board; le Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board; le Renfrew County Catholic District School Board; le Renfrew County District School Board; le Simcoe County District School Board; le Simcoe Muskoka Catholic District School Board; le St Clair Catholic District School Board; le Sudbury Catholic District School Board; le Superior North Catholic District School Board; le Superior-Greenstone District School Board; le Thames Valley District School Board; le Thunder Bay Catholic District School Board; le Toronto Catholic District School Board; le Toronto District School Board; le Trillium Lakelands District School Board; le Upper Canada District School Board; le Upper Grand District School Board; le Upsala District School Area Board; le Waterloo Catholic District School Board; le Waterloo Region District School Board; le Wellington Catholic District School Board; le Windsor-Essex Catholic District School Board; le York Catholic District School Board; et le York Region District School Board (*demandeurs*)

c.

The Canadian Copyright Licensing Agency, exerçant ses activités sous l’appellation « Access Copyright » (*défenderesse*)

et

L’Association canadienne des professeures et professeurs d’université (*intervenante-1*)

et

The Canadian Publishers’ Council, l’Association of Canadian Publishers et le Canadian Education Resources Council (*intervenants-2*)

INDEXED AS: ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT)

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Noël and Trudel J.J.A.—Montréal, June 8; Ottawa, July 23, 2010.

Copyright — Infringement — Judicial review of Copyright Board of Canada decision holding that copies made by applicants not fairly made in accordance with Copyright Act, ss. 29, 29.1, that s. 29.4 exception not applying thereto; therefore copies should be included in tariff calculation — Copyright Board approving tariff, which included as remunerable use photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12 — Applicants arguing that copies at issue qualifying as fair dealing, alternatively exempt under Act, s. 29.4 — Board applying two-step test established by Supreme Court of Canada in CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (CCH) to determine whether applicants' activity qualifying as fair dealing — Board's decision copies not qualifying as fair dealing under Act, CCH test reasonable — Board clearly coming to conclusion applicants' dealing unfair since not properly qualifying as "research and private study" — Board's reasons also comprehensible, transparent — As for Board's finding regarding Act, s. 29.4 exception, Board failing to address issue that was essential to disposition of matter before it — Board's reasons thereon could be interpreted in two ways, neither of which sufficient to ground decision — Issue required that words "in a medium appropriate for the purpose" be defined, applied to facts of case but Board only addressing whether works "commercially available" — Words "format", "medium" in Act, s. 29.4 cannot have same meaning — As such, finding works available in appropriate "format" not finding works available in appropriate "medium" — Even assuming Board meaning "medium" when writing "format", not discussing what is, is not appropriate nor making factual findings based on evidence before it — Application allowed.

RÉPERTORIÉ : ALBERTA (ÉDUCATION) c. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT)

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Noël et Trudel, J.C.A.—Montréal, 8 juin; Ottawa, 23 juillet 2010.

Droit d'auteur — Violation — Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux art. 29 et 29.1 de la Loi sur le droit d'auteur et que l'exception énoncée à l'art. 29.4 ne s'y appliquait pas; les copies devaient donc être comprises dans le calcul du tarif — La Commission du droit d'auteur a homologué un tarif, qui comprenait parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d'extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12^e année — Les demandeurs affirmaient que l'utilisation des copies en cause constituait une utilisation équitable, et, à titre subsidiaire, qu'elles tombaient sous le coup de l'exception prévue à l'art. 29.4 de la Loi — La Commission a appliqué le critère en deux étapes formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada (CCH) pour déterminer si l'activité des demandeurs répondait à la définition d'utilisation équitable — La conclusion de la Commission suivant laquelle les copies ne répondaient pas à la définition d'utilisation équitable en vertu de la Loi et du critère exposé dans l'arrêt CCH était raisonnable — Il était évident que la Commission avait conclu que l'utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu'elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée » — Les motifs de la Commission étaient par ailleurs compréhensibles et transparents — En ce qui concerne l'exception prévue à l'art. 29.4 de la Loi, la Commission n'a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie — Les motifs de la Commission pouvaient être interprétés de deux manières et ni l'une ni l'autre n'était suffisante pour justifier sa décision — Il fallait répondre à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées » et cette expression devait être appliquée aux faits en l'espèce, mais la Commission a seulement abordé la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché » — Les mots « medium » et « format » utilisés à l'art. 29.4 de la Loi ne peuvent avoir le même sens — En conséquence, la conclusion portant que les œuvres étaient accessibles en un « format » approprié n'était pas une conclusion selon laquelle les œuvres étaient accessibles en un « medium » approprié — Même en supposant que la Commission voulait dire « medium » lorsqu'elle a écrit « format », elle n'a pas parlé de ce qui était approprié ou ne l'est pas et elle n'a tiré aucune conclusion de fait sur

This was an application for judicial review of a decision of the Copyright Board of Canada holding that copies made by the applicants were not fairly made in accordance with sections 29 and 29.1 of the *Copyright Act* and that the section 29.4 exception (pertaining to reproduction by educational institutions) did not apply thereto. Therefore, the Board included the copies in the tariff calculation. The Copyright Board approved a tariff, which included as remunerable use the photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12. The applicants are the ministries of education of all Canadian provinces and territories outside Quebec, as well as each of the Ontario school boards. The respondent is a not-for-profit organization that represents authors and publishers of copyrighted works. In addition to claiming that their use of photocopies constituted fair dealing, the applicants alternatively argued that the copying at issue was exempt under section 29.4 of the Act as a “work or other subject-matter as required for a test or examination” where the work is not “commercially available in a medium that is appropriate for the purpose”.

When the parties could not reach an agreement on a new tariff after the previous agreement had expired, the respondent filed its own proposed tariff with the Board. However, the applicants objected, seeking review before the Board. It was agreed that a volume study would be carried out. The results of this study were classified under four different categories. While the parties agreed that copies falling into categories 1, 2 and 3 constituted fair dealing, the parties differed respecting copies falling under category 4, which accounted for the overwhelming majority of copies. These copies referred to multiple copies made for the use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review. The respondent argued, and the Board agreed, that they were not fair dealing and were accordingly remunerable.

The issues were whether the Board correctly concluded that the category 4 copies did not qualify as fair dealing pursuant to sections 29 and 29.1 of the Act and furthermore did not qualify under the Act’s exception in section 29.4.

le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés — Demande accueillie.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission du droit d’auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux articles 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d’auteur* et que l’exception énoncée à l’article 29.4 (quant à la reproduction faite par des établissements d’enseignement) ne s’y appliquait pas. En conséquence, la Commission a inclus les copies dans le calcul du tarif. La Commission du droit d’auteur a homologué un tarif, qui comprenait parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d’extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12^e année. Les demandeurs sont les ministres de l’Éducation de toutes les provinces et de tous les territoires canadiens, à l’exception du Québec, de même que chacun des conseils scolaires ontariens. La défenderesse est une société à but non lucratif qui représente les auteurs et les éditeurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur. En plus d’affirmer que leur utilisation de photocopies constituait une utilisation équitable, les demandeurs soutenaient, à titre subsidiaire, que les copies en cause tombaient sous le coup de l’exception prévue à l’article 29.4 de la Loi en tant que copies « d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur [...] dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle » lorsque l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur ne sont pas « accessibles sur le marché et sont sur un support approprié aux fins visées ».

Lorsque les parties ne pouvaient pas en arriver à une entente sur le nouveau tarif après l’expiration de l’entente antérieure, la défenderesse a déposé auprès de la Commission son propre projet de tarif. Les demandeurs se sont toutefois opposés au projet et ont demandé à la Commission de le réviser. Les parties ont accepté une enquête de volume. Les résultats de cette enquête ont été classés dans quatre catégories différentes. Bien que les parties aient convenu que les copies entrant dans les catégories 1, 2 et 3 constituaient une utilisation équitable, elles divergeaient toutefois d’opinion au sujet de la catégorie 4, qui correspondait à l’immense majorité des copies. Ces copies s’entendaient de copies multiples faites pour l’usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande [...] aux fins d’étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu ». La défenderesse affirmait — et la Commission abondait dans son sens — qu’elles ne constituaient pas une utilisation équitable et qu’elles ouvraient en conséquence droit à rémunération.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la Commission avait conclu à juste titre que les copies appartenant à la catégorie 4 répondaient à la définition d’utilisation équitable en vertu des articles 29 et 29.1 de la Loi et si elles échappaient à l’exception prévue à l’article 29.4 de la Loi.

Held, the application should be allowed.

The Board applied the two-step test established by the Supreme Court of Canada's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* to determine whether the applicants' activity qualified as fair dealing. With respect to the first step of the *CCH* inquiry—whether the copies were made for an allowable purpose—the parties agreed that the Board did not err. Therefore, the only question remaining with respect to fair dealing was whether, having been made for an allowable purpose, the copies were made fairly.

The Board's decision that category 4 copies did not qualify as fair dealing under the Act and the *CCH* test was reasonable. The step 2 fairness inquiry is a factual one and therefore merits a high degree of deference. Furthermore, the six factors outlined by the Supreme Court in *CCH* do not comprise a checklist of necessary or sufficient conditions; they are a non-exhaustive guideline. Therefore, the reasonableness of the Board's fairness decision had to be assessed based on the Board's reasons as a whole. From this point of view, it was clear that the Board came to the conclusion that the applicants' dealing was unfair since it did not properly qualify as "research and private study". This was a legitimate conclusion that was open to the Board based on the evidence before it. The Board's reasons were also comprehensible and transparent.

With respect to the section 29.4 exception, the Board failed to address an issue that was essential to the disposition of the matter before it. The issue required that the words "in a medium appropriate for the purpose" be defined and applied to the facts of this case. The Board's reasons could be interpreted in two ways, neither of which was sufficient to ground its decision. First interpretation: The Board did not address whether the works were available in a "medium appropriate for the purpose". It only addressed whether the works were "commercially available". The Board's limited finding that the exception will be available for dealings for which the respondent offers no licence authorizing use of the work in the appropriate format could not be interpreted as a finding that the works were available in a medium appropriate for the purpose. Since the Act uses both the words "format" and "medium", they cannot have the same meaning. Therefore, even if the Board's reasons were interpreted as a

Arrêt : la demande doit être accueillie.

La Commission a appliqué le critère en deux étapes formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* pour déterminer si l'activité des demandeurs répondait à la définition d'utilisation équitable. S'agissant de la première étape de l'analyse proposée dans l'arrêt *CCH* — portant sur la question de savoir si les copies ont été faites pour une des fins énumérées — les parties ont convenu que la Commission n'avait pas commis d'erreur. La seule question qui devait être tranchée en ce qui concerne l'utilisation équitable était donc celle de savoir si, comme elles avaient été faites pour une fin énumérée, les copies visaient une utilisation équitable.

La Cour jugeait raisonnable la conclusion de la Commission suivant laquelle les copies relevant de la catégorie 4 ne répondent pas à la définition d'utilisation équitable et le critère exposé dans l'arrêt *CCH* était raisonnable. La seconde étape de l'analyse de la question de l'équité est d'ordre factuel et la conclusion tirée par la Commission commande donc un degré élevé de déférence. En outre, les six facteurs énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH* ne prévoient pas de liste de contrôle des conditions nécessaires ou suffisantes; ils se veulent simplement des lignes directrices non exhaustives. Le caractère raisonnable de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'équité devait donc être apprécié en fonction de l'ensemble des motifs de la Commission. Lorsqu'on envisage la question sous cet angle, il était évident que la Commission avait conclu que l'utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu'elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée ». Il s'agissait d'une conclusion légitime qu'il était loisible à la Commission de tirer vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait. Les motifs de la Commission étaient par ailleurs compréhensibles et transparents.

En ce qui concerne l'exception prévue à l'article 29.4, la Commission n'a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie. Elle devait définir l'expression « sur un support approprié aux fins visées » et appliquer cette définition aux faits de la présente affaire. Les motifs de la Commission pouvaient être interprétés de deux manières et ni l'une ni l'autre n'est suffisante pour justifier sa décision. Première interprétation : La Commission ne répond pas à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées ». Elle a seulement abordé la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché ». La conclusion limitée de la Commission portant que l'exception n'est offerte qu'à l'égard des utilisations pour lesquelles la défenderesse n'offre pas de licence autorisant l'utilisation de l'œuvre sur un support [« *format* » dans la version anglaise] qui convient ne peut pas être interprétée comme une conclusion que les

finding that the works were available in an appropriate “format”, they could not be understood as a finding that the works were available in an appropriate “medium”.

Second interpretation: Even assuming that the Board meant “medium” when it wrote “format” (the French version of the Act does not distinguish between “medium” and “format”), it did not discuss what is and what is not appropriate nor did it make any factual findings based on the evidence before it. A weak reference to an appropriate “format” simply cannot justify a finding under section 29.4 that the works were available in a medium appropriate for the purpose.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-32, *Copyright Modernization Act*, 3rd Sess., 40th Parl., 2010, cl. 21
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “perceptual disability” (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 13(1), (4) (as am. *idem*, s. 10), 29 (as am. *idem*, s. 18), 29.1 (as enacted *idem*), 29.4 (as enacted *idem*), 30.1 (as enacted *idem*; 1999, c. 31, s. 59(E)), 30.9 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 18), 32 (as am. *idem*, s. 19), 38.1 (as enacted *idem*, s. 20), 70.13(2) (as enacted *idem*, s. 46), 79 “audio recording medium” (as enacted *idem*, s. 50), “blank audio recording medium” (as enacted *idem*), 80 (as enacted *idem*).

CASES CITED

APPLIED:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

CONSIDERED:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1, revg in part 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 19 C.P.R. (4th) 289; *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*

œuvres sont accessibles sur un support [« *medium* » dans la version anglaise] approprié aux fins visées. Comme la Loi emploie dans sa version anglaise à la fois le mot « *medium* » et le mot « *format* », ces mots ne peuvent avoir le même sens. En conséquence, même si l’on interprète les motifs de la Commission comme une conclusion que les œuvres étaient accessibles en un « *format* » approprié, on ne peut considérer que la Commission a conclu que les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié.

Seconde interprétation : Même en supposant que la Commission voulait dire « *medium* » lorsqu’elle a écrit « *format* » (la version française de la Loi ne fait aucune distinction entre « *medium* » et « *format* »), elle n’a pas parlé de ce qui était approprié ou ne l’est pas et elle n’a tiré aucune conclusion de fait sur le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés. Une vague allusion à un « *format* » approprié ne saurait justifier une conclusion, fondée sur l’article 29.4, que les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié aux fins visées.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « déficience perceptuelle » (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 13(1),(4) (mod., *idem*, art. 10), 29 (mod., *idem*, art. 18), 29.1 (édicte, *idem*), 29.4 (édicte, *idem*), 30.1 (édicte, *idem*; 1999, ch. 31, art. 59(A)), 30.9 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 18), 32 (mod., *idem*, art. 19), 38.1 (édicte, *idem*, art. 20), 70.13(2) (édicte, *idem*, art. 46), 79 « support audio » (édicte, *idem*, art. 50), « support audio vierge » (édicte, *idem*), 80 (édicte, *idem*).
 Projet de loi C-32, *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, 3^e sess., 40^e lég., 2010, art. 21.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, infirmant en partie 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3; *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*, [1916] 2 Ch. 601; *Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK*

Limited, [1916] 2 Ch. 601; *Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.); *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), affd 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984); *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.).

REFERRED TO:

R. v. Proulx, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, 182 D.L.R. (4th) 1, [2000] 4 W.W.R. 21; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725, [1989] 4 W.W.R. 385; *Peach Hill Management Ltd. v. Canada*, [2000] G.S.T.C. 45, (2000), 257 N.R. 193 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPLICATION for judicial review of a decision (*Statement of royalties to be collected by Access Copyright for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire*, File: Reprographic Reproduction 2005-2009) by the Copyright Board of Canada that the applicants' copies did not qualify as fair dealing under sections 29 and 29.1 of the *Copyright Act* and that the copying was not exempt under section 29.4 thereof. Application allowed.

APPEARANCES

J. Aidan O'Neill and *Wanda Noel* for applicant.
David R. Collier for respondent.
Howard P. Knopf for intervenor-1.
Barry B. Sookman and *Daniel G. C. Glover* for intervenors-2.

SOLICITORS OF RECORD

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Ottawa, for applicant.
Ogilvy Renault LLP, Montréal, for respondent.
Macera & Jarzyna LLP, Ottawa, for intervenor-1.
McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for intervenors-2.

Television Ltd. and Another, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.); *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), conf. par 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984); *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.).

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Proulx, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Peach Hill Management Ltd. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 894 (C.A.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, Dossier : Reproduction par reprographie 2005-2009) de la Commission du droit d'auteur du Canada portant que les copies faites par les demandeurs ne constituaient pas une utilisation équitable conformément aux articles 29 et 29.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* et que l'exception énoncée à l'article 29.4 ne s'y appliquait pas. Demande accueillie.

ONT COMPARU

J. Aidan O'Neill et *Wanda Noel* pour le demandeur.
David R. Collier pour la défenderesse.
Howard P. Knopf pour l'intervenante-1.
Barry B. Sookman et *Daniel G. C. Glover* pour les intervenants-2.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour le demandeur.
Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la défenderesse.
Macera & Jarzyna LLP, Ottawa, pour l'intervenante-1.
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les intervenants-2.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

TRUDEL J.A.:

Introduction

[1] Under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act), people can make non-infringing use of copyrighted material provided the use is made for an allowed enumerated purpose and is fair. This practice is known as fair dealing.

[2] The case at bar relates to a tariff approved by the Copyright Board (the Board), which included as remunerable use the photocopying of excerpts from textbooks for use in classroom instruction for students in kindergarten to grade 12. Specifically, the parties accept that the copying at issue refers to “[m]ultiple copies made for the 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” (see table at paragraph 15 below under category 4).

[3] The applicants argue that this use constituted fair dealing under sections 29 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 18] and 29.1 [as enacted *idem*] of the Act: the copies were made for an allowable purpose and the dealing was fair. Both parties agree that the copies were made for an allowable purpose under the Act. However, the applicants also argue they were made fairly, and that the Board therefore erred by including the copies in the tariff calculation.

[4] In the alternative, the applicants argue that the copying was exempt under section 29.4 [as enacted *idem*] of the Act as a “work or other subject-matter as required for a test or examination” where the work is not “commercially available in a medium that is appropriate for the purpose”.

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

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

Introduction

[1] La *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) permet d’utiliser, sans qu’il y ait violation du droit d’auteur, des œuvres protégées par le droit d’auteur à la condition que cette utilisation vise l’une des fins énumérées dans la Loi et qu’elle soit équitable. C’est ce qu’on appelle l’utilisation équitable.

[2] La présente affaire concerne un tarif homologué par la Commission du droit d’auteur (la Commission), qui comprend parmi les utilisations ouvrant droit à rémunération la photocopie d’extraits de manuels scolaires destinés aux élèves de la maternelle à la 12^e année. Plus particulièrement, les parties acceptent que les copies visées en l’espèce sont des « [c]opies multiples faites pour l’usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande a. aux fins d’étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu » (voir catégorie 4 du tableau reproduit au paragraphe 15).

[3] Les demandeurs soutiennent que cette utilisation constitue une utilisation équitable au sens des articles 29 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 18] et 29.1 [édicte, *idem*] de la Loi : les copies étaient faites pour une fin énumérée dans la Loi et leur utilisation était équitable. Les deux parties conviennent que les copies ont été faites à une des fins énumérées dans la Loi. Toutefois, les demandeurs affirment aussi que les copies visaient une utilisation équitable et que la Commission a par conséquent commis une erreur en incluant les copies dans le calcul du tarif.

[4] À titre subsidiaire, les demandeurs soutiennent que les copies tombent sous le coup de l’exception prévue à l’article 29.4 [édicte, *idem*] de la Loi en tant que copies « d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur [...] dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle » lorsque l’œuvre ou l’autre objet du droit d’auteur ne sont

[5] At its core, the fair dealing issue comes down to a review of the Board's ruling that the dealing was unfair. This is a purely factual question. I see no reviewable error in this finding and accordingly would not allow the application on that ground.

[6] With respect to section 29.4, however, the Board failed to address an important part of the test: whether the works were commercially available in a medium appropriate for the purpose. The application record shows that this argument was squarely before the Board. At paragraph 68 of their legal arguments, the applicants asserted that (see application record, Volume 3, Tab L, at page 654; also applicants' memorandum of fact and law, at paragraph 101):

... the requirement that a work be "commercially available" is only a part of the statutory test to be applied in determining whether a particular reproduction falls within the exception in subsection 29.4(2), or within the carve-out from the exception in subsection 29.4(3). The complete test is whether the work or other subject-matter being reproduced in the test or examination is "commercially available in a medium that is appropriate for the purpose" of a test or examination.

[7] While the Board considered whether the works were commercially available, it did not determine the media in which the works were available and whether those media were appropriate. Accordingly, I would allow the application on that ground and remit the matter to the Board for the reasons appearing below at paragraph 49 and following.

The Facts

[8] On 17 July 2009, the Copyright Board of Canada released the corrected version of its decision [dated

pas « accessibles sur le marché et sont sur un support approprié, aux fins visées ».

[5] Essentiellement, la question de l'utilisation équitable revient à réviser la conclusion de la Commission suivant laquelle l'utilisation n'est pas équitable. Il s'agit d'une question purement factuelle. Or, je ne décèle dans la conclusion de la Commission aucune erreur qui justifierait notre intervention et je ferais donc droit à la demande pour ce motif.

[6] S'agissant toutefois de l'article 29.4, la Commission a omis d'aborder un aspect important du critère, en l'occurrence la question de savoir si les œuvres étaient accessibles sur le marché sur un support approprié aux fins visées. Il ressort du dossier de la demande que cet argument a nettement été plaidé devant la Commission. Au paragraphe 68 de leur exposé des moyens de droit, les demandeurs déclarent en effet (voir dossier de la demande, volume 3, onglet L, à la page 654, voir aussi le mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 101) :

[TRADUCTION] [...] l'obligation pour une œuvre d'être « accessible sur le marché » n'est qu'un des aspects du critère prévu par la Loi qu'il faut appliquer pour déterminer si une reproduction donnée tombe sous le coup de l'exception prévue au paragraphe 29.4(2), ou si on peut la faire relever de l'exception prévue au paragraphe 29.4(3). Le critère intégral est celui de savoir si l'œuvre ou autre objet du droit d'auteur qui sont reproduits dans le cadre d'un examen ou d'un contrôle « sont accessibles sur le marché et sont sur un support approprié aux fins visées ».

[7] Bien qu'elle ait estimé que les œuvres étaient accessibles sur le marché, la Commission n'a pas déterminé le support sur lequel elles étaient accessibles et elle n'a pas déterminé si ce support était approprié. Je suis par conséquent d'avis de faire droit à la demande pour ce motif et de renvoyer l'affaire à la Commission pour les motifs ci-après exposés aux paragraphes 49 et suivants.

Les faits

[8] Le 17 juillet 2009, la Commission du droit d'auteur du Canada a publié la version corrigée de sa décision

June 26, 2009] *Statement of royalties to be collected by Access Copyright for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire*, File: Reprographic Reproduction 2005-2009 (the decision). This is the decision of which the applicants now seek judicial review.

[9] The applicants are the ministries of education of all Canadian provinces and territories outside Quebec, as well as each of the Ontario school boards. The respondent, originally known as CANCOPY, is a not-for-profit organization that represents authors and publishers of copyrighted works. It acquires its repertoire by signing affiliation agreements with copyright holders and administers the right to authorize copying of its repertoire for all of Canada except Quebec.

[10] The intervener-1 represents teachers, librarians, researchers and other academic professionals and staff at Canadian universities. The interveners-2 represent the voice of substantially all of the Canadian publishing industry. Their members market their works directly to the entire educational sector in Canada including the primary, secondary, college and university sectors.

[11] Between 1991 and 1997, the respondent reached royalty agreements with all provinces and territories other than Quebec with respect to the reproduction of its repertoire for use in elementary and secondary schools in Canada. In 1999, the parties signed a five-year pan-Canadian agreement, providing for progressive royalty increases up to 2004. To this point, however, the royalties were not calculated based on the actual number of pages photocopied.

[12] In 2004, the parties were unable to reach a new agreement on a new pan-Canadian licence as they could not agree to the terms of a “volume study” to measure the actual number of pages photocopied. The 1999 tariff was therefore extended on a year-to-year basis pending a decision by the Board on a new tariff. Having failed

[en date du 26 juin 2009] intitulée *Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d’œuvres de son répertoire*, Dossier : Reproduction par reprographie 2005-2009 (la décision). Il s’agit de la décision dont les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire.

[9] Les demandeurs sont les ministres de l’Éducation de toutes les provinces et territoires canadiens, à l’exception du Québec, de même que chacun des conseils scolaires ontariens. La défenderesse, qui était désignée à l’origine sous le nom de CANCOPY, est une société à but non lucratif qui représente les auteurs et les éditeurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur. Elle acquiert son répertoire en concluant des ententes d’affiliation avec des titulaires de droits d’auteur et elle administre le droit d’autoriser la reprographie de son répertoire pour l’ensemble du Canada sauf le Québec.

[10] L’intervenante-1 représente les professeurs, bibliothécaires, chercheurs et autres universitaires et membres du personnel des universités canadiennes. Les intervenants-2 se veulent les porte-parole de la presque totalité de l’industrie canadienne de l’édition. Leurs membres vendent leurs œuvres directement à l’ensemble du secteur de l’enseignement au Canada, y compris les établissements d’enseignement primaire, secondaire, collégial et universitaire.

[11] Entre 1991 et 1997, la défenderesse a conclu des ententes sur les redevances avec la totalité des provinces et des territoires, à l’exception du Québec relativement à la reproduction de son répertoire destiné aux établissements d’enseignement élémentaire et secondaire au Canada. En 1999, les parties ont signé une entente pancanadienne d’une durée de cinq ans, qui prévoyait une hausse progressive des redevances jusqu’en 2004. Jusqu’alors toutefois, les redevances n’étaient pas calculées en fonction du nombre réel de pages photocopées.

[12] En 2004, les parties ne sont pas parvenues à une nouvelle entente sur une licence pancanadienne, parce qu’elles n’arrivaient pas à s’entendre sur les modalités de l’« enquête de volume » devant servir au calcul du nombre réel de pages photocopées. Le tarif en vigueur en 1999 a donc été maintenu d’année en année en

to reach an agreement, the respondent filed its own proposed tariff (Elementary and Secondary School Tariff, 2005-2009) with the Board in accordance with subsection 70.13(2) [as enacted *idem*, s. 46] of the Act:

70.13 ...

Where no previous tariff

(2) A collective society referred to in subsection (1) in respect of which no tariff has been approved pursuant to subsection 70.15(1) shall file with the Board its proposed tariff, in both official languages, of all royalties to be collected by it for issuing licences, on or before the March 31 immediately before its proposed effective date.

[13] The applicants objected to the proposed tariff and sought review before the Board. During the course of proceedings, the parties agreed to the terms of a volume study. It was carried out between February 2005 and March 2006. Data for the volume study were collected by stationing observers next to photocopiers in 894 schools across the country for 10 days. Each time someone made a photocopy, the observer filled out a logging sticker. The content of the logging sticker was agreed upon by all parties. The sticker included the following questions and available answers:

Who made the copies? Please check only one:

- A teacher
- A librarian
- Another staff member
- A student
- Someone else

For whose use were the copies made? Please check all that apply

- The person who made the copies
- Staff
- Student(s)
- Others

attendant que la Commission rende sa décision sur le nouveau tarif. À défaut d'entente, la défenderesse a déposé auprès de la Commission son propre projet de tarif (Tarif des établissements d'enseignement élémentaire et secondaire pour 2005-2009) conformément au paragraphe 70.13(2) [édicte, *idem*, art. 46] de la Loi :

70.13 [...]

(2) Lorsque les sociétés de gestion ne sont pas régies par un tarif homologué au titre du paragraphe 70.15(1), le dépôt du projet de tarif auprès de la Commission doit s'effectuer au plus tard le 31 mars précédant la date prévue pour sa prise d'effet.

Sociétés non régies par un tarif homologué

[13] Les demandeurs se sont opposés au projet de tarif et ont demandé à la Commission de le réviser. Au cours de l'instance, les parties se sont entendues sur les modalités de l'enquête de volume. Celle-ci a été menée entre février 2005 et mars 2006. Les données de l'enquête de volume ont été recueillies pendant 10 jours par des observateurs postés près des photocopieuses de 894 établissements d'enseignement situés un peu partout au Canada. Chaque fois que quelqu'un faisait une photocopie, l'observateur notait certains renseignements sur une étiquette d'enregistrement. Toutes les parties se sont entendues sur la teneur de l'étiquette d'enregistrement. On y trouve les questions et les choix de réponses suivants :

[TRADUCTION]

Qui a fait les copies? Prière de ne cocher qu'une seule réponse.

- Un enseignant
- Un bibliothécaire
- Un autre membre du personnel
- Un étudiant
- Quelqu'un d'autre

Pour qui les copies ont-elles été faites? Veuillez cocher toutes les réponses applicables.

- Le copiste
- Un membre du personnel
- Un(des) étudiant(s)
- Une autre personne

<p>If staff, student(s), or others, were the copies made at their request?</p> <p>Yes No Undetermined</p> <p>If student(s): Are students instructed to read the material?</p> <p>Yes No Undetermined</p> <p>For what purpose(s) were the copies made? Please check all that apply</p> <p>Administration Criticism or review Entertainment Future reference Student test or examinations Private study Projection in class Research Student instruction, assignments and class work Other purposes, specify Undetermined purposes</p>	<p>Si la copie a été faite pour un membre du personnel, pour un(des) étudiant(s) ou pour une autre personne, la copie a-t-elle été faite à sa demande?</p> <p>Oui Non Ne sait pas</p> <p>Dans le cas d'un étudiant(s) : Les étudiants ont-ils reçu pour instruction de lire le document?</p> <p>Oui Non Ne sait pas</p> <p>À quelle(s) fin(s) les copies ont-elles été faites? Veuillez cocher toutes les réponses applicables.</p> <p>Administration Critique ou compte rendu Divertissement Consultation future Examen ou test Étude privée Projection en classe Recherche Enseignement, devoirs et travaux en classe Autre(s) fin(s). Préciser Ne sait pas</p>
--	---

[14] The parties agreed to accept the volume study results and logging sticker contents as fact and that the decision on whether a copy constituted fair dealing was to be based solely on the information contained on the logging stickers.

[14] Les parties ont convenu de tenir pour avérés les résultats de l'enquête de volume ainsi que les renseignements consignés sur les étiquettes d'enregistrement et ont convenu que la décision de savoir si une copie constituait une utilisation équitable ne devait reposer que sur les renseignements consignés sur les étiquettes d'enregistrement.

[15] The results of the study were as follows, as categorized by the Board [see Table 1 of the decision]:

[15] La Commission a réparti les résultats de l'enquête dans les catégories suivantes [voir le tableau 1 de la décision] :

VOLUME OF FAIR DEALING EXCEPTION			VOLUME DE L'EXCEPTION RELATIVE À L'UTILISATION ÉQUITABLE		
Categories of Photocopies	Volume	Cumulative Total	Catégories de photocopies	Volume	Total cumulatif
1. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request ¹	623,585		1. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande ¹	623 585	

a. solely for the purpose of private study and/or research			a. uniquement aux fins d'étude privée et/ou de recherche		
2. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request ¹	204,285	827,870	2. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande ¹	204 285	827 870
a. solely for the purpose of criticism and/or review, or			a. uniquement aux fins de critique et/ou de compte rendu, ou		
b. solely for the purpose of criticism and/or review AND private study and/or research			b. uniquement aux fins de critique et/ou de compte rendu ET d'étude privée et/ou de recherche		
3. Single copies made for use of the person making the copy and single or multiple copies made for third parties at their request ¹	821,909	1,649,779	3. Copies uniques faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers à sa demande ¹	821 909	1 649 779
a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review			a. aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		
i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception			i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l'exception relative à l'utilisation équitable		
4. Multiple copies made for use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request	16,861,583	18,511,362	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. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review			a. aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		
i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception			i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l'exception relative à l'utilisation équitable		
b. solely for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review			b. uniquement aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu		

¹ Without instructions to read the material.

¹ Sans instruction de lire.

[16] The parties agreed that copies falling into categories 1, 2 and 3 constitute fair dealing. However, the parties differed with respect to category 4, which accounts for the overwhelming majority of copies. The applicants argued that copies falling under category 4 constitute fair dealing, whereas the respondent argued, and the Board agreed, they are not fair dealing and are accordingly remunerable.

Fair Dealing

A. The law

[17] The relevant fair dealing provisions of the Act provide as follows:

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

Criticism or review **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,
 - (ii) performer, in the case of a performer's performance,
 - (iii) maker, in the case of a sound recording, or
 - (iv) broadcaster, in the case of a communication signal.

[18] The leading case interpreting this provision is *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*). That case

[16] Les parties ont convenu que les copies entrant dans les catégories 1, 2 et 3 constituent une utilisation équitable. Les parties divergent toutefois d'opinion au sujet de la catégorie 4, qui correspond à l'immense majorité des copies. Les demandeurs soutiennent que les copies qui entrent dans la catégorie 4 constituent une utilisation équitable, tandis que la défenderesse affirme — et la Commission a abondé dans son sens — qu'elles ne constituent pas une utilisation équitable et qu'elles ouvrent en conséquence droit à rémunération.

L'utilisation équitable

A. La loi

[17] Voici les dispositions pertinentes de la Loi en ce qui concerne l'utilisation équitable :

29. L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Étude privée ou recherche

29.1 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés : Critique et compte rendu

- 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,
 - (ii) dans le cas d'une prestation, le nom de l'artiste-interprète,
 - (iii) dans le cas d'un enregistrement sonore, le nom du producteur,
 - (iv) dans le cas d'un signal de communication, le nom du radiodiffuseur.

[18] L'arrêt de principe en ce qui concerne l'interprétation de cette disposition est l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004]

interpreted the law of fair dealing in the context of the custom photocopy service offered by the Law Society of Upper Canada at the Great Library in Toronto. Under the custom photocopy service, members could request legal materials, which library staff would then photocopy and deliver in person, by mail, or by facsimile. The Supreme Court ruled that this activity constituted fair dealing for the purpose of research or private study.

[19] In its decision, the Supreme Court held that “[t]he fair dealing exception, like other exceptions in the *Copyright Act*, is a user’s right”, and so must be given a large and liberal interpretation. “In order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users’ interests, it must not be interpreted restrictively” (*CCH*, at paragraph 48). The Court then set out a two-step test to determine whether a given activity qualifies as fair dealing: “In order to show that a dealing was fair under section 29 of the *Copyright Act*, a defendant must prove: (1) that the dealing was for the purpose of either research or private study and (2) that it was fair” (*CCH*, at paragraph 50).

[20] The second step, whether the dealing is fair, “is a question of fact and depends on the facts of each case” (*CCH*, at paragraph 52). At paragraph 53, the Court laid out six non-exhaustive factors to assist a Court’s fairness inquiry: “(1) the purpose of the dealing; (2) the character of the dealing; (3) the amount of the dealing; (4) alternatives to the dealing; (5) the nature of the work; and (6) the effect of the dealing on the work.”

[21] I am also aware that Bill C-32, *Copyright Modernization Act*, 3rd Session, 40th Parliament, 59 Elizabeth II, 2010, clause 21 would amend section 29 to state that “[f]air dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not

1 R.C.S. 339 (*CCH*). Dans cette affaire, la Cour interprétait les règles de droit relatives à l’utilisation équitable dans le contexte du service de photocopie sur demande offert par le Barreau du Haut-Canada à la Grande bibliothèque de Toronto. Dans le cadre du service de photocopie sur demande, les membres pouvaient demander des ouvrages juridiques, que le personnel de la bibliothèque photocopieraient et remettaient sur place ou transmettaient par la poste ou par télécopieur. La Cour suprême a jugé que cette activité constituait une utilisation équitable à des fins de recherche ou d’étude privée.

[19] Dans sa décision, la Cour suprême a expliqué : « À l’instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d’auteur*, [l’]exception [relative à l’utilisation équitable] correspond à un droit des utilisateurs. » Cette exception doit donc être interprétée de façon large et libérale : « Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d’auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l’interpréter restrictivement » (*CCH*, au paragraphe 48). La Cour a ensuite posé un critère en deux étapes visant à déterminer si une activité donnée répondait à la définition d’utilisation équitable : « Pour établir qu’une utilisation était équitable au sens de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le défendeur doit prouver (1) qu’il s’agit d’une utilisation aux fins d’étude privée ou de recherche et (2) qu’elle était équitable » (*CCH*, au paragraphe 50).

[20] La seconde étape, celle à laquelle on se demande si l’utilisation est équitable, est « une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce » (*CCH*, au paragraphe 52). Au paragraphe 53, la Cour propose six facteurs non exhaustifs dont on peut tenir compte pour décider si une utilisation est équitable : « (1) le but de l’utilisation; (2) la nature de l’utilisation; (3) l’ampleur de l’utilisation; (4) les solutions de rechange à l’utilisation; (5) la nature de l’œuvre; (6) l’effet de l’utilisation sur l’œuvre ».

[21] Je suis également consciente du fait que l’article 21 du projet de loi C-32, *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, 3^e session, 40^e législature, 59 Elizabeth II, 2010, modifierait l’article 29 pour qu’il déclare que « [l]’utilisation équitable d’une œuvre ou de tout autre

infringe copyright” (changes underlined in original). However, this amendment serves only to create additional allowable purposes; it does not affect the fairness analysis. As the parties agree that the dealing in this case was for an allowable purpose, the proposed amendments to the Act do not affect the outcome of this case and no more will be said about Bill C-32.

B. Decision of the Board

(1) Were the copies made for an allowable purpose?

[22] The Board accepted as fact that a copy was made for an allowable purpose if the logging sticker so indicated. Since the stickers on all copies falling into category 4 indicated the copies were made for an allowable purpose, the Board therefore found that copies falling into category 4 were made for an allowable purpose (decision, at paragraph 87). The Board added, however, that where the logging sticker indicated the purpose of the copy was “criticism or review”, it would nevertheless define the purpose as “research or private study” (decision, at paragraph 94). It explained that “a copy is not made for the purpose of criticism unless it is incorporated into the criticism itself.” A copy made for a person intending to engage in criticism is made for that person’s research, not for criticism (decision, at paragraph 91).

[23] The Board also distinguished the purpose inquiry at the first step of the *CCH* case from that at the second step at paragraph 88 of its reasons:

... 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

objet du droit d’auteur aux fins d’étude privée, de recherche, d’éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d’auteur » (les modifications ont été soulignées dans l’original). Cette modification a toutefois seulement pour effet de créer d’autres fins énumérées et elle n’a aucune incidence sur l’analyse de l’utilisation équitable. Comme les parties conviennent qu’en l’espèce, l’utilisation visait une fin énumérée, les modifications proposées à la Loi n’ont aucune incidence sur l’issue de la présente affaire et nous ne reviendrons plus sur le projet de loi C-32.

B. La décision de la Commission

1) Les copies ont-elles été faites pour une fin énumérée?

[22] La Commission a tenu pour avéré qu’une copie était faite pour une fin énumérée dès lors que l’étiquette d’enregistrement le mentionnait. La Commission a conclu que, comme les étiquettes apposées sur toutes les copies entrant dans la catégorie 4 indiquaient que les copies avaient été faites pour fin énumérée, les copies entrant dans la catégorie 4 avaient effectivement été faites pour une fin énumérée (décision, au paragraphe 87). La Commission a ajouté toutefois que, lorsque l’étiquette d’enregistrement indiquait que la copie avait été faite à des fins de « critique ou de compte rendu », elle devait être considérée comme ayant été faite à des fins de « recherche ou d’étude privée » (décision, au paragraphe 94). Elle a expliqué qu’« une copie n’est faite aux fins de critique que si elle est incorporée à la critique même ». La copie fournie à celui qui veut éventuellement se livrer à la critique est faite aux fins de recherche de cette personne, et non à des fins de critique (décision, au paragraphe 91).

[23] Au paragraphe 88 de ses motifs, la Commission établit par ailleurs une distinction entre l’analyse du but effectuée à la première étape dans l’arrêt *CCH* et celle qui est effectuée à la seconde étape :

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

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.

(2) Was the dealing fair?

[24] At this step, the Board considered the six factors suggested by the Court in *CCH* to determine whether a copy for an allowable use is made fairly. The first such factor is the purpose of the dealing. Here the Board took a more detailed look at the copies, inquiring into “the real purpose or motive of the dealing” [decision, at paragraph 96]. The Board then found that where more than one purpose is indicated on a logging sticker, where copies are made at a *student’s* request, if at least one of the purposes listed on the logging sticker was research or private study, it would accept the predominant purpose of the copy to be research or private study. However, with respect to copies made on a *teacher’s* initiative for his or her students, the Board found that “[m]ost of the time, this real or predominant purpose is instruction or ‘non-private’ study.” It held that “[a] teacher, in deciding what to copy and for whom . . . is doing his or her job, which is to instruct students. According to this criterion, the dealing therefore tends to be unfair” (decision, at paragraph 98).

[25] With respect to the character of the dealing, the Board found that there were multiple copies distributed to entire classes, and that copies were usually kept by students in their binders for as long as students would ordinarily keep an original, that is, the end of the year. The Board held that this weighed in favour of unfair dealing (decision, at paragraph 100). Addressing the amount of the dealing, the Board found that teachers generally limited themselves to reproducing relatively short excerpts. At the same time, however, the Board found it more than likely that class sets would be subject to numerous requests for the same series of copies, thereby tending to make the dealing unfair (decision, at paragraph 104). The Board also found that there was an alternative to the dealing: schools could buy the originals (decision, at paragraph 107). In terms of the nature of

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 subséquentement, afin de décider si l’utilisation est ou non équitable.

2) L’utilisation était-elle équitable?

[24] À cette étape, la Commission a examiné les six facteurs proposés par la Cour dans l’arrêt *CCH* pour déterminer si une copie faite pour une fin énumérée constitue une utilisation équitable. Le premier facteur concerne le but de l’utilisation. Ici, la Commission a examiné les copies de plus près, s’interrogeant sur « le but ou le motif réel de l’utilisation » [décision, au paragraphe 96]. La Commission a conclu que, dans le cas où l’étiquette d’enregistrement indique plus d’une fin et que la copie est faite à la demande de l’étudiant, si au moins une des fins énumérées sur l’étiquette d’enregistrement vise la recherche ou l’étude privée, elle acceptera que le but de la copie est avant tout la recherche ou l’étude privée. Toutefois, dans le cas des copies faites à l’initiative de l’enseignant pour ses élèves, la Commission a conclu que « [l]a plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l’enseignement ou l’étude “non privée”. » Elle a expliqué que « [l]’enseignant qui décide ce qu’il reproduit et à qui il le remet [. . .] le fait pour accomplir son travail, qui est d’enseigner. En vertu de ce critère, l’utilisation tend donc à être inéquitable » (décision, au paragraphe 98).

[25] En ce qui concerne la nature de l’utilisation, la Commission a constaté que des copies multiples étaient distribuées à l’ensemble de la classe et que les élèves les conservaient la plupart du temps dans un cartable aussi longtemps qu’ils conserveraient l’original : jusqu’à la fin de l’année scolaire. La Commission a estimé que ce facteur militait en faveur de la conclusion que l’utilisation est inéquitable (décision, au paragraphe 100). Au sujet de l’ampleur de l’utilisation, la Commission a conclu que les enseignants se limitaient généralement à reproduire des extraits relativement courts. Par contre, la Commission a également conclu qu’il était plus que probable que les ensembles de classe fassent l’objet de nombreuses demandes visant les mêmes recueils, ce qui tendrait à rendre l’utilisation inéquitable (décision, au paragraphe 104). La Commission a également conclu

the work, the Board distinguished this case from *CCH*, noting that in *CCH* the Supreme Court found a public interest in disseminating judicial opinions, whereas in this case, the copies in question were made of private material (decision, at paragraph 108). The Board also examined the effect of the dealing on the work. It cited uncontradicted evidence that textbook sales have shrunk over 30 percent in 20 years. Though it admitted it could not define the exact reason for the decline in sales, it nevertheless concluded that photocopying had had an unfair effect (decision, at paragraph 112).

[26] Having addressed the six factors, the Board then concluded at paragraph 118 of its reasons that category 1, 2 and 3 copies constituted fair dealing, but category 4 copies were unfair and therefore remunerable:

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.

C. Analysis

(1) Standard of review

[27] The standard of review of the Board's decision on fair dealing is reasonableness. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the Supreme Court ruled that "questions of fact,

qu'il existait une solution de rechange à l'utilisation : les établissements pouvaient acheter les originaux (décision, au paragraphe 107). En ce qui concerne la nature de l'œuvre, la Commission a établi une distinction entre la présente espèce et l'arrêt *CCH*, signalant que, dans cette dernière, la Cour suprême avait jugé qu'il était dans l'intérêt du public de faire connaître l'opinion des juges au grand public, tandis qu'en l'espèce, les copies en question étaient créées à l'aide de ressources privées (décision, au paragraphe 108). La Commission a également examiné l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Elle a cité des éléments de preuve non contredits tendant à démontrer que les ventes de manuels scolaires avaient fléchi de plus de 30 pour cent en 20 ans. Tout en admettant qu'elle ne pouvait pas mettre le doigt sur la raison précise de ce déclin des ventes, elle a néanmoins estimé que la photocopie avait eu un effet inéquitable sur les œuvres (décision, au paragraphe 112).

[26] Ayant abordé les six facteurs, la Commission a ensuite conclu, au paragraphe 118 de ses motifs, que les copies entrant dans les catégories 1, 2 et 3 constituaient une utilisation équitable, alors que les copies appartenant à la catégorie 4 étaient inéquitables et devaient donc être 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.

C. L'analyse

1) La norme de contrôle

[27] La norme de contrôle de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'utilisation équitable est celle de la décision raisonnable. Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S.

discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness” (at paragraph 51) that “[w]here the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically” (*Dunsmuir*, at paragraph 53) and that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at paragraph 54).

[28] With respect to the first step of the *CCH* inquiry—whether the copies were made for an allowable purpose—the parties are in agreement that the Board did not err. The only question before the Court with respect to fair dealing is therefore whether, having been made for an allowable purpose, the copies were made fairly.

[29] The Supreme Court clearly enunciated that whether something is fair “is a question of fact and depends on the facts of each case” (*CCH*, at paragraph 52).

[30] The applicants argue that the decision should be reviewed on the standard of correctness, and cite *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN*), at paragraph 49 for support:

There is neither a preclusive clause nor a statutory right of appeal from decisions of the Copyright Board. While the Chair of the Board must be a current or retired judge, the Board may hold a hearing without any legally trained member present. The *Copyright Act* is an act of general application which usually is dealt with before courts rather than tribunals. The questions at issue in this appeal are legal questions. For example, the Board’s ruling that an infringement of copyright does not occur in Canada when the place of transmission from which the communication originates is outside Canada

190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême a jugé qu’« en présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s’applique généralement » (au paragraphe 51), ajoutant qu’« [e]n présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée » (*Dunsmuir*, au paragraphe 53) et que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, au paragraphe 54).

[28] S’agissant de la première étape de l’analyse proposée dans l’arrêt *CCH* — portant sur la question de savoir si les copies ont été faites pour une des fins énumérées —, les parties conviennent que la Commission n’a pas commis d’erreur. La seule question à laquelle la Cour doit répondre en ce qui concerne l’utilisation équitable est donc celle de savoir si, comme elles ont été faites pour une fin énumérée, les copies visaient une utilisation équitable.

[29] La Cour suprême a affirmé dans les termes les plus nets que la question de savoir ce qu’il faut entendre par équitable est « une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce » (*CCH*, au paragraphe 52).

[30] Les demandeurs affirment que la décision de la Commission devrait être assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte, citant à l’appui l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN*), au paragraphe 49 :

Il n’existe dans la loi ni clause privative ni droit d’appel des décisions de la Commission du droit d’auteur. Même si son président doit être juge ou juge à la retraite, la Commission peut tenir une audience en l’absence de tout membre ayant une formation juridique. La *Loi sur le droit d’auteur* est une loi de portée générale dont l’application relève habituellement des cours de justice, et non des tribunaux administratifs. Les questions en litige dans le présent pourvoi sont des questions de droit. Par exemple, en concluant à l’absence de violation du droit d’auteur au Canada lorsque la communication est

addresses a point of general legal significance far beyond the working out of the details of an appropriate royalty tariff, which lies within the core of the Board's mandate.

[31] The intervener-1 cites the decision of this Court in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, at paragraph 105: "as a whole, the scheme of the *Copyright Act* indicates that, on an application for judicial review, the Court should apply a standard of correctness to the Board's interpretation of those provisions of the *Copyright Act* that could also be the subject of infringement proceedings in the courts."

[32] This authority does not sufficiently support the applicants' or the intervener-1's argument. First, *SOCAN* was decided prior to *Dunsmuir*, which put a renewed emphasis on the importance of deference to administrative tribunals when they interpret their own statute. Second, the dispute in the case at bar lacks wide-ranging legal significance. The judicial review turns on whether or not a specific type of copying, as revealed in the volume study, qualifies as fair dealing. This is a largely factual inquiry well within the competence of the Board. Accordingly, the appropriate standard of review is reasonableness.

[33] In *Dunsmuir*, at paragraph 47, the Supreme Court explained that there are two elements to reasonableness: "In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law." Therefore, this application can only be allowed if the Board's reasons are not transparent or intelligible, or do not fall within a range of acceptable outcomes.

transmise à partir de l'étranger, la Commission a tranché une question de droit d'une importance générale allant bien au-delà de la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission.

[31] L'intervenante-1 cite la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3, au paragraphe 105 : « Dans l'ensemble, il ressort de l'économie de la *Loi sur le droit d'auteur* que, saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte à l'interprétation par la Commission des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui pourraient également donner ouverture à une action en violation du droit d'auteur devant les tribunaux judiciaires. »

[32] Ce précédent n'appuie pas suffisamment l'argument des demandeurs ou de l'intervenante-1. Rappelons tout d'abord que l'arrêt *SOCAN* a été rendu avant l'arrêt *Dunsmuir*, dans lequel on constate une insistance renouvelée sur l'importance de faire preuve de déférence envers les tribunaux administratifs lorsqu'ils interprètent leur propre loi constitutive. En second lieu, le différend en l'espèce n'a pas une vaste portée juridique. Le contrôle judiciaire porte sur la question de savoir si un type précis de copie révélé par l'enquête de volume répond à la définition d'utilisation équitable. Il s'agit en grande partie d'un examen factuel qui entre parfaitement dans le cadre de la compétence de la Commission. La norme de contrôle appropriée est en conséquence celle de la décision raisonnable.

[33] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême explique, au paragraphe 47, que le caractère raisonnable comporte deux éléments : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. » La présente demande ne peut donc être accueillie que si les motifs de la Commission ne sont ni transparents ni intelligibles ou s'ils n'appartiennent pas aux issues acceptables.

(2) Was the dealing for an allowable purpose?

[34] As stated earlier, the parties agree that the copies were made for an allowable purpose and that they therefore pass scrutiny at the first step of *CCH*. The applicants do argue that the Board was wrong to state that a copy cannot be made for the purpose of criticism unless it is incorporated into the criticism itself. However, these remarks are *obiter*, as the Board simply accepted as fact the purposes stated on the logging sticker, at paragraph 87 of its reasons:

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.

[35] Accordingly, as there is no dispute over the first step of the *CCH* test, I turn to the second step: the assessment of whether the dealing was fair.

(3) Was the dealing fair?

[36] The Board's decision that category 4 copies do not qualify as fair dealing was reasonable for the following reasons.

(a) The purpose of the dealing

[37] The applicants argue primarily that the Board interpreted the Act overly restrictively, contrary to the requirements of *CCH* cited at paragraph 18 above, especially with respect to the purpose of the dealing. I disagree. The essence of the Board's decision was that when a teacher photocopies copyrighted material for his or her class, that use cannot be private study. As the respondent notes, the applicants' submissions effectively ask the Court to read the word "private" out of "private study".

2) L'utilisation visait-elle une fin énumérée?

[34] Comme je l'ai déjà dit, les parties s'entendent pour dire que les copies ont été faites pour une fin énumérée et qu'elles satisfont donc à la première étape de l'analyse de l'arrêt *CCH*. Les demandeurs soutiennent que la Commission a eu tort d'affirmer qu'une copie ne peut pas être faite aux fins de critique que si elle est incorporée à la critique même. Ces propos ont toutefois été formulés à titre incident, puisque la Commission a tout simplement tenu pour avérées les fins indiquées sur l'étiquette d'enregistrement. Voici comment elle s'exprime au paragraphe 87 de ses motifs :

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.

[35] En conséquence, comme il n'y a pas de différend au sujet de la première étape du critère de l'arrêt *CCH*, je passe à la seconde étape, qui porte sur la question de savoir si l'utilisation était équitable.

3) L'utilisation était-elle équitable?

[36] Pour les motifs qui suivent, la Cour juge raisonnable la conclusion de la Commission suivant laquelle les copies relevant de la catégorie 4 ne répondent pas à la définition d'utilisation équitable.

a) L'objet de l'utilisation

[37] Les demandeurs font surtout valoir que la Commission a interprété la Loi de manière trop restrictive, contrairement aux exigences de l'arrêt *CCH* citées au paragraphe 18, surtout en ce qui concerne l'objet de l'utilisation. Je ne suis pas de leur avis. La Commission a essentiellement décidé que, lorsqu'un enseignant photocopie des œuvres protégées par le droit d'auteur pour ses élèves, une telle utilisation ne peut viser une étude privée. Comme la défenderesse le signale, les demandeurs demandent en fait à la Cour d'interpréter le mot « étude

[38] The applicants argue that the adjective “private” is intended to exclude from fair dealing the commercial use of copyright protected material that has no educational value. I fail to see how the word “private” should be equated with “non-commercial”. “Private study” presumably means just that: study by oneself. If Parliament had wished to exclude only commercial exploitation it could have used words to the effect of “non-commercial” or “not-for-profit.” A large and liberal interpretation means that the provisions are given a generous scope. It does not mean that the text of a statute should be given a meaning it cannot ordinarily bear. When students study material with their class as a whole, they engage not in “private” study but perhaps just “study”. Therefore, I believe the Board’s decision was reasonable.

[39] The applicants argue that their point is assisted by *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*, [1916] 2 Ch. 601 (*ULP*). In that case, the University of London Press held the copyright on examinations given to students. The University Tutorial Press republished portions of these examinations for sale in booklets intended to help students. Justice Peterson found this was not private study and therefore not fair dealing because the publications were “intended for educational purposes and for the use of students” as opposed to private study (*ULP*, at page 614). The applicants are correct to state that, unlike the teachers in the case at bar, the University Tutorial Press was clearly using the examinations for commercial purposes. However, this is a largely irrelevant distinction. *ULP* does not mention the commercial motives of the users as a relevant factor: it states only that the dealing was unfair because it was for educational purposes, rather than private study. In fact, it is unclear that profit factors into the determination of whether or not a use was “private study” at all. After all, the Supreme Court made clear in *CCH* that research for profit can still qualify as fair dealing (*CCH*, at paragraph 54). In short,

privée » comme si le qualificatif « privée » ne s’y trouvait pas.

[38] Les demandeurs soutiennent que l’adjectif « privée » vise à exclure de l’utilisation équitable l’utilisation commerciale d’œuvres protégées par le droit d’auteur qui n’ont aucune valeur pédagogique. Je n’arrive pas à comprendre comment on pourrait considérer le mot « privé » comme un synonyme de « non commercial ». Selon toute vraisemblance, l’expression « étude privée » signifie précisément cela : étude personnelle. Si le législateur avait voulu exclure seulement l’exploitation commerciale, il aurait pu employer des mots comme « non commercial » ou « sans but lucratif ». Interpréter de façon large et libérale signifie que l’on reconnaît une portée généreuse aux dispositions en question, ce qui ne veut pas dire que le texte de loi doit se voir attribuer un sens qu’on ne peut normalement lui prêter. Lorsque des élèves étudient collectivement des documents en classe, ils ne se livrent pas à une étude « privée »; on peut dire qu’ils « étudient », tout simplement. J’estime donc que la conclusion de la Commission est raisonnable.

[39] Les demandeurs soutiennent que l’arrêt *University of London Press, Limited v. University Tutorial Press, Limited*, [1916] 2 Ch. 601 (*ULP*) vient étayer leur thèse. Dans cette affaire, l’University of London Press était titulaire du droit d’auteur sur les examens qui étaient remis aux étudiants. L’University Tutorial Press avait reproduit des extraits de ces examens dans des livrets qu’elle vendait dans le but d’aider les étudiants à se préparer pour les examens. Le juge Peterson a conclu que cette utilisation n’était pas assimilée à une étude privée et ainsi n’était pas équitable parce que les publications [TRADUCTION] « visaient des fins pédagogiques et étaient destinées aux élèves », et ne devaient pas servir à l’étude privée (*ULP*, à la page 614). Les demandeurs ont raison d’affirmer que, contrairement aux enseignants dont il s’agit en l’espèce, l’University Tutorial Press se servait de toute évidence des examens à des fins commerciales. Cette distinction est toutefois en grande partie sans intérêt. Rien dans la décision *ULP* n’indique que les motifs commerciaux des usagers constituent un facteur pertinent : on y indique seulement que l’utilisation était inéquitable parce qu’elle visait des fins pédagogiques et non l’étude privée. En fait, on ne

there is no reason to believe that the absence of profit renders the applicants' dealing fair.

[40] In making this finding, the Board was entitled to look beyond the fact that the logging sticker might have stated that the copies were made for research or private study. Indeed, *CCH* requires the Board to “make an objective assessment of the user/defendant’s real purpose or motive in using the copyrighted work” (*CCH*, at paragraph 54). The Board was not precluded from finding a different objective purpose at step 2 from the purpose it accepted as fact at step 1. The Board’s step 1 inquiry merely checked whether the stated purpose of the applicants was an acceptable one under the Act; it did not purport to ascertain the objective purpose of the dealing.

[41] This approach is consistent with the law in other jurisdictions as well, where this issue has been squarely put before the courts. Though most foreign jurisprudence on the matter relates to whether dealings fall under an allowable purpose—effectively step 1 of the *CCH* test—they nevertheless support the proposition also enunciated in *CCH* that courts must inquire into the true purpose of the dealing. The intentions and motives of the user of another’s copyright material are “most highly relevant on the issue of fair dealing, so far as it can be treated as a discrete issue from the statutory purpose” (*Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.) (*Pro Sieben*) [at page 614]).

[42] In *Pro Sieben*, the English Court of Appeal took this approach in the context of fair dealing for news reporting [at page 614]:

sait pas avec certitude si le tribunal a tenu compte du but lucratif pour décider si l’utilisation visait l’« étude privée ». Après tout, la Cour suprême a bien précisé dans l’arrêt *CCH* que la recherche effectuée dans le but de réaliser un profit peut quand même être considérée comme équitable (*CCH*, au paragraphe 54). En résumé, rien ne permet de penser que l’absence de profit rend équitable l’utilisation que font les demandeurs.

[40] Pour en arriver à cette conclusion, la Commission avait le droit d’aller au-delà du fait que l’étiquette d’enregistrement pouvait indiquer que les copies étaient faites pour la recherche ou l’étude privée. D’ailleurs, l’arrêt *CCH* oblige la Commission à « s’efforcer d’évaluer objectivement le but ou le motif réel de l’utilisation de l’œuvre protégée » (*CCH*, au paragraphe 54). Rien n’empêchait la Commission de conclure que le but objectif à la seconde étape était différent de celui qu’elle avait accepté à la première étape. À la première étape, la Commission vérifiait seulement si l’objectif déclaré par les demandeurs était acceptable en vertu de la Loi; elle ne prétendait pas déterminer le but objectif de l’utilisation.

[41] Ce raisonnement va dans le sens des règles de droit d’autres pays, où la question a été carrément posée aux tribunaux. Bien que la jurisprudence étrangère en la matière porte surtout sur la question de savoir si les utilisations correspondent à une des fins énumérées — ce qui correspond en fait à la première étape de l’analyse de l’arrêt *CCH* — elle appuie néanmoins la proposition que l’on trouve également dans l’arrêt *CCH* et suivant laquelle les tribunaux doivent chercher à discerner le véritable objectif de l’utilisation. Les intentions et les motifs de celui qui utilise l’œuvre protégée par le droit d’auteur de quelqu’un d’autre sont [TRADUCTION] « des facteurs très pertinents pour déterminer si l’utilisation est équitable, dans la mesure où l’on peut la dissocier de la question de l’objet de la Loi » (*Pro Sieben Media A.G. v. Carlton UK Television Ltd. and Another*, [1999] 1 W.L.R. 605 (C.A.) (*Pro Sieben*) [à la page 614]).

[42] Dans l’arrêt *Pro Sieben*, la Cour d’appel de l’Angleterre a adopté cette approche dans le contexte de l’utilisation équitable de bulletins de nouvelles [à la page 614] :

It is not necessary for the court to put itself in the shoes of the infringer of the copyright in order to decide whether the offending piece was published “for the purposes of criticism or review”. This court should not in my view give any encouragement to the notion that all that is required is for the user to have the sincere belief, however misguided, that he or she is criticising a work or reporting current affairs. To do so would provide an undesirable incentive for journalists, for whom facts should be sacred, to give implausible evidence as to their intentions.

[43] There is also ample jurisprudence on the point from United States courts. For example, in *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981), at page 84, a writer for a magazine claimed his use of charts from a scholarly work constituted fair dealing for the purpose of research. The U.S. Court of Appeals for the First Circuit disagreed:

The defendants’ claim that their purpose “was to acquaint the community with research” is belied by the format and the contents of the alleged infringing publication. They irrefutably showed that the copyrighted material was used as a quiz to entertain readers of a magazine of general circulation.

[44] Similarly, in *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), at pages 151–152, aff’d 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984) the U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania ruled that the use of copyrighted material in medical school standardized test preparation materials is not fair use for the purpose of “teaching, scholarship or research”:

The defendants have merely asserted that they are engaged in “teaching”. This naked averment does not suffice to show the applicability of [the fair use provisions in] 17 U.S.C. § 107. To be sure, Mikaelian and Multiprep give test preparation courses, and provide instruction in test preparation as part of these courses. However, Multiprep students do not receive a degree, do not become qualified or certified in anything after taking the course, and may not use the course as a pre-requisite for further education and training in any educational or vocational endeavor. It is thus at best unclear whether Multiprep’s cram course is the type of activity protected by 17 U.S.C. § 107.

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire pour la Cour de se mettre à la place de celui qui viole le droit d’auteur pour décider si l’article contrevenant a été publié « aux fins de critique ou de compte rendu ». Notre Cour ne devrait pas, à mon avis, donner quelque appui que ce soit à l’idée qu’il suffit, pour l’usager, de croire sincèrement, même s’il fait fausse route, qu’il critique une œuvre ou qu’il donne un compte rendu sur les affaires courantes. Si elle le faisait, notre Cour inciterait les journalistes, pour qui les faits devraient être sacrés, à donner un témoignage invraisemblable au sujet de leurs intentions, ce qui ne saurait être souhaitable.

[43] On trouve également une abondante jurisprudence sur la question aux États-Unis. Ainsi, dans l’affaire *Rubin v. Boston Magazine Co.*, 645 F.2d 80 (1st Cir. 1981), à la page 84, le collaborateur d’un magazine affirmait que l’utilisation qu’il avait faite de tableaux tirés d’un ouvrage spécialisé constituait une utilisation équitable à des fins de recherche. La Cour d’appel, 1^{er} Circuit a écarté cet argument :

[TRADUCTION] L’argument des défendeurs suivant lequel ils cherchaient à « vulgariser des recherches » est démenti tant par le support que par le contenu de la publication accusée de violation du droit d’auteur. Ils démontrent de façon irréfutable que l’extrait protégé par le droit d’auteur a été utilisé comme un jeu-questionnaire pour divertir les lecteurs d’un magazine à grand tirage.

[44] De même, dans la décision *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F. Supp. 144 (E.D. Pa. 1983), à la page 152, conf. par 734 F.2d 3 (3d Cir. 1984), la Cour de district des États-Unis pour le district de l’est de la Pennsylvanie a jugé que l’utilisation d’œuvres protégées par le droit d’auteur pour des documents uniformisés de préparation d’examens d’une école de médecine ne constituait pas une utilisation équitable aux fins d’« enseignement ou de recherche » :

[TRADUCTION] Les défendeurs affirment simplement qu’ils se livrent à de l’« enseignement ». Cette affirmation catégorique ne suffit pas pour démontrer l’applicabilité des dispositions relatives à l’utilisation équitable que l’on trouve dans la loi (17 U.S.C. § 107). Certes, Mikaelian et Multiprep offrent des cours de préparation aux examens et de l’enseignement en matière de préparation aux examens dans le cadre de ces cours. Cependant, les étudiants de Multiprep ne se voient remettre aucun diplôme et ne se voient reconnaître aucune compétence ou connaissance particulières après avoir suivi le cours, et ils ne peuvent se servir de ce cours comme prérequis lorsqu’ils s’inscrivent par la suite à d’autres cours ou d’autres formations

[45] The High Court of New Zealand has taken such an approach as well. In *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76, at paragraph 35, Justice Salmon stated that “[t]he question of purpose in any particular case is one of fact, but I emphasise the need to consider the real purpose of the copying in the context of a fair dealing section. Bona fides must be of crucial importance.” International jurisprudence is therefore consistent with the view that the purpose must be examined objectively.

[46] Finally, the Board was also reasonable to take into consideration whether a student requested the copies him or herself or whether the teacher made the copies at his or her own initiative. Contrary to the applicants’ submissions, the Board did not require that the person requesting the copy be the person undertaking the private study. Instead, the Board found that since the students in question did not request the photocopies themselves, given the instructional setting, it is likely that the purpose of the photocopying was for the instruction of the students, not for private study. That is an entirely legitimate conclusion based on the facts of the case and does not add any additional requirement. Similarly, the Board was entitled to find that when a student is instructed to read the material, it is likely that the purpose of the copying was for classroom instruction rather than the student’s private study.

(b) The other *CCH* factors

[47] The Board’s findings with respect to the other *CCH* factors are also reasonable. In terms of the character of the dealing, the applicants point to testimony that students normally destroy or lose photocopies; however, the Board made a finding of fact that students often keep their copies in binders for an entire school year. In terms of the effect of the dealing, the Board

sur le plan pédagogique ou professionnel. Le moins qu’on puisse dire c’est qu’on ne peut affirmer avec certitude que le cours préparatoire offert par Multiprep est un type d’activité protégé par la loi (17 U.S.C. § 107).

[45] La Haute Cour de Nouvelle-Zélande a adopté une approche semblable. Dans l’arrêt *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76, au paragraphe 35, le juge Salmon déclare : [TRADUCTION] « La question de l’objet dans un cas précis est une question de fait, mais je tiens à souligner la nécessité de tenir compte de l’objectif véritable de la copie dans le contexte de l’article relatif à l’utilisation équitable. La bonne foi revêt une importance capitale. » La jurisprudence internationale s’accorde donc avec l’opinion que la fin doit être examinée objectivement.

[46] Enfin, la Commission a agi de façon raisonnable en tenant compte de la question de savoir si l’élève demandait les copies de son propre chef ou si l’enseignant faisait les copies de sa propre initiative. Contrairement à ce que prétendent les demandeurs, la Commission n’a pas exigé que la personne qui demandait la copie soit celle qui se livrait à une étude privée. La Commission a plutôt estimé que, comme les élèves en question n’avaient pas demandé eux-mêmes les photocopies, compte tenu du contexte pédagogique en question, la photocopie servait probablement à l’enseignement, et elle ne visait pas l’étude privée. Il s’agit d’une conclusion parfaitement légitime, vu l’ensemble des faits de l’espèce. Il n’y a pas d’autre condition à satisfaire. Dans le même ordre d’idées, la Commission avait le droit de conclure que, lorsqu’un élève reçoit pour instruction de lire un document, il est probable que la copie vise l’enseignement en classe plutôt que l’étude privée de l’élève.

b) Les autres facteurs de l’arrêt *CCH*

[47] Les conclusions tirées par la Commission au sujet des facteurs énoncés dans l’arrêt *CCH* sont également raisonnables. Pour ce qui est de la nature de l’utilisation, les demandeurs citent des témoignages suivant lesquels, normalement, les élèves détruisent ou perdent les photocopies. La Commission a toutefois conclu que les élèves conservaient souvent leurs copies dans des cartables

found on the evidence that it was likely that the dealing hurt textbook sales. While the Board admitted there was no conclusive evidence to this effect, it did not act unreasonably in considering the overall decline in sales when conducting its fairness analysis.

(4) Conclusion

[48] I see no reviewable error in the Board's finding that the dealing with category 4 copies was unfair under the Act and the *CCH* test. It is important to restate that the step 2 fairness inquiry is a factual one and therefore merits a high degree of deference. Furthermore, the six factors outlined by the Supreme Court do not comprise a checklist of necessary or sufficient conditions; they are a non-exhaustive guideline. Therefore, the reasonableness of the Board's fairness decision must be assessed based on the Board's reasons as a whole. From this point of view, it is clear that the Board came to the conclusion that the applicants' dealing was unfair as it did not properly qualify as "research and private study". This is a legitimate conclusion that was open to the Board based on the evidence before it. The Board's reasons are also comprehensible and transparent, and therefore reasonable.

Section 29.4

A. The law

[49] Section 29.4 of the Act provides a separate exception that allows the reproduction of copyrighted work for educational purposes. This exception does not

pendant toute la durée de l'année scolaire. S'agissant de l'effet de l'utilisation, la Commission a conclu, vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait, qu'il était probable que l'utilisation avait nui à la vente de manuels scolaires. Bien que la Commission ait admis qu'elle ne disposait d'aucun élément de preuve déterminant en ce sens, elle n'a pas agi de façon déraisonnable en tenant compte de la baisse générale des ventes lorsqu'elle a procédé à son analyse de l'utilisation.

4) Conclusion

[48] Je ne décèle aucune erreur qui justifierait notre intervention dans la conclusion de la Commission suivant laquelle l'utilisation des copies de la catégorie 4 était inéquitable au sens de la Loi et du critère posé dans l'arrêt *CCH*. Il est important de rappeler que la seconde étape de l'analyse de la question de l'équité est d'ordre factuel et que la conclusion tirée par la Commission commande un degré élevé de déférence. En outre, les six facteurs énumérés par la Cour suprême ne prévoient pas de liste de contrôle des conditions nécessaires ou suffisantes; ils se veulent simplement des lignes directrices non exhaustives. Le caractère raisonnable de la conclusion tirée par la Commission au sujet de l'équité doit donc être apprécié en fonction de l'ensemble des motifs de la Commission. Lorsqu'on envisage la question sous cet angle, il est évident que la Commission a conclu que l'utilisation faite par les demandeurs était inéquitable étant donné qu'elle ne répondait pas à la définition de « recherche et étude privée ». Il s'agit d'une conclusion légitime qu'il était loisible à la Commission de tirer vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait. Les motifs de la Commission sont par ailleurs compréhensibles et transparents et, partant, raisonnables.

L'article 29.4

A. La loi

[49] L'article 29.4 de la Loi prévoit une exception particulière qui permet la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins pédagogiques.

fall under the category of “fair dealing”. Rather, it stands on its own as a separate provision.

Cette exception n’entre pas dans la catégorie des « utilisations équitables ». Il s’agit d’une exception à part entière qui constitue une disposition distincte et autonome.

Reproduction
for
instruction

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

29.4 (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour un établissement d’enseignement ou une personne agissant sous l’autorité de celui-ci, à des fins pédagogiques et dans les locaux de l’établissement :

Reproduc-
tion
d’œuvres

(a) to make a manual reproduction of a work onto a dry-erase board, flip chart or other similar surface intended for displaying hand-written material, or

a) de faire une reproduction manuscrite d’une œuvre sur un tableau, un bloc de conférence ou une autre surface similaire destinée à recevoir des inscriptions manuscrites;

(b) to make a copy of a work to be used to project an image of that copy using an overhead projector or similar device

b) de reproduire une œuvre pour projeter une image de la reproduction au moyen d’un rétro-projecteur ou d’un dispositif similaire.

for the purposes of education or training on the premises of an educational institution.

Reproduction
for
examina-
tions, etc.

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

(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 :

Questions
d’examen

(a) reproduce, translate or perform in public on the premises of the educational institution, or

a) la reproduction, la traduction ou l’exécution en public d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur dans les locaux de l’établissement;

(b) communicate by telecommunication to the public situated on the premises of the educational institution

b) la communication par télécommunication d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur au public se trouvant dans les locaux de l’établissement.

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

Where work
commercially
available

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by paragraph (1)(b) and 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.

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les exceptions prévues à l’alinéa (1)b) 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.

Accessibilité
sur le
marché

B. Decision of the Board

B. La décision de la Commission

[50] The Board found that the section 29.4 exception does not apply to category 4 copies. In the interest of thoroughness, I reproduce its reasons on this point in full, at paragraphs 123–129:

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

(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.

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.

[50] La Commission a conclu que l’exception prévue à l’article 29.4 ne s’appliquait pas aux copies relevant de la catégorie 4. Par souci d’exhaustivité, je reproduis intégralement les motifs de la Commission sur la question, aux paragraphes 123 à 129 :

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) 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;

[...]

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

(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.

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.

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 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 [...]”.

“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).

[...]

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

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 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 [...] ».

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) 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) 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”.

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) 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.

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.

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.

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 ».

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 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.

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.

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’œuvre 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. Analysis

[51] There are two key phrases in section 29.4 that are relevant to this application: “on the premises” and “in a medium that is appropriate for the purpose”.

(1) Standard of review

[52] The parties submit that the standard of review of the Board’s decision on section 29.4 is correctness. I agree.

(2) “On the premises”

[53] The applicants argue that the phrase “on the premises” in paragraph 29.4(2)(a) is intended to ensure that commercial publishers—for example, companies producing preparatory materials for standardized tests—cannot benefit from the section 29.4 exception, but that the exception is not meant to exclude teachers (applicants’ memorandum of fact and law, at paragraph 107). I fail to see how this proposition supports the applicants’ argument, as all parties agree that paragraph 29.4(2)(a) is triggered. The question is whether the exemption in paragraph 29.4(2)(a) is negated by subsection 29.4(3).

(3) “In a medium that is appropriate for the purpose”

[54] With respect to subsection 29.4(3), the applicants argue that, while the copied works were commercially available, the Board failed to consider whether they were available “in a medium that is appropriate for the purpose”. In this case, the applicants assert that the copied works were not available in an appropriate medium. For example, if a teacher wanted to reproduce a portion of a novel as part of a test, the only appropriate medium would be to photocopy the passage onto the test. According to the applicants, the entire printed book

C. L’analyse

[51] On trouve à l’article 29.4 deux expressions clés dont il y a lieu de tenir compte pour trancher la présente demande : « dans les locaux de l’établissement » et « sur un support approprié aux fins visées ».

1) La norme de contrôle

[52] Les parties font valoir que la norme de contrôle de la décision de la Commission en ce qui concerne l’article 29.4 est celle de la décision correcte. Je suis du même avis.

2) « Dans les locaux de l’établissement »

[53] Suivant les demandeurs, l’expression « dans les locaux de l’établissement » que l’on trouve à l’alinéa 29.4(2)a) vise à s’assurer que les éditeurs commerciaux — comme par exemple les sociétés qui produisent des documents préparatoires à des examens uniformisés — ne peuvent se prévaloir de l’exception prévue à l’article 29.4. Ils ajoutent toutefois que cette exception n’est pas censée exclure les enseignants (mémoire des faits et du droit des demandeurs, au paragraphe 107). Je ne vois pas comment cette affirmation appuie la thèse des demandeurs, étant donné que toutes les parties s’entendent pour dire que l’alinéa 29.4(2)a) s’applique. La question qui se pose est donc celle de savoir si l’exception prévue à l’alinéa 29.4(2)a) est supplantée par le paragraphe 29.4(3).

3) « Sur un support approprié aux fins visées »

[54] En ce qui concerne le paragraphe 29.4(3), les demandeurs affirment que, bien que les œuvres reproduites soient accessibles sur le marché, la Commission ne s’est pas demandé si elles étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées » (« *in a medium that is appropriate for the purpose* »). Dans le cas qui nous occupe, les demandeurs affirment que les œuvres qui ont été copiées n’étaient pas accessibles sur un support approprié. Par exemple, si un enseignant souhaite reproduire un extrait d’un roman dans un examen, le

would not be an appropriate medium for the purpose (decision, at paragraph 105).

[55] The respondent argues that the applicants confuse the words “medium” and “format”. It argues that “medium” in this case refers to the broader category of “printed matter”. The smaller category of “textbook” refers to a format, not a medium. Accordingly, a textbook and a photocopy made from it would both be of the same medium, albeit likely of different formats.

[56] Adopting either of these perspectives wholesale leads to absurd consequences. If a photocopy is always the same medium as a book, schools will have to pay for a licence each time a teacher wants to photocopy a three-line quotation from an 800-page book. In turn, under paragraph 29.4(1)(a) if the teacher instead wants to write the quotation on a chalkboard, the school will not have to acquire a licence. On the other hand, if a photocopy and a book are always different media, then that same teacher can photocopy the first 799 pages of an 800-page book and claim the exemption. Clearly, the determination of whether two works are of the same medium requires a contextual determination on the facts of a given case.

[57] I take no position on whether the category 4 copies were indeed available in a medium appropriate for the purpose, and intend to demonstrate only that the Board’s reasons are flawed because they are silent on the meaning to be given to the words “in a format appropriate for the purpose” and on the application of that meaning to the facts of this case.

[58] The Board’s reasons can be interpreted in two ways, neither of which is sufficient to ground its decision.

seul support approprié consisterait à photocopier le passage en question et à l’intégrer à l’examen. Suivant les demandeurs, l’ouvrage imprimé au complet ne constituerait pas un support approprié à la fin visée (décision, au paragraphe 105).

[55] La défenderesse affirme que les demandeurs confondent les mots anglais « *medium* » et « *format* ». Elle soutient que, dans le cas qui nous occupe, le mot anglais « *medium* » désigne la catégorie plus large des « imprimés ». La catégorie plus étroite des « manuels scolaires » désigne un « *format* » et non un « *medium* ». En conséquence, un manuel scolaire et la photocopie qui en est tirée seraient tous les deux sur le même « *medium* », mais constituent probablement un « *format* » différent.

[56] Accepter en bloc l’un ou l’autre de ces points de vue conduirait à des conséquences absurdes. Si une photocopie se trouve toujours sur le même « *medium* » qu’un livre, les écoles devraient payer pour obtenir une licence chaque fois qu’un enseignant souhaite photocopier une citation de trois lignes tirée d’un ouvrage de 800 pages. En revanche, aux termes de l’alinéa 29.4(1)a), si ce même enseignant veut plutôt écrire la citation au tableau, l’école n’aura pas à acquérir de licence. Par contre, si la photocopie et le livre sont toujours des « *media* » différents, le même enseignant peut photocopier les 799 premières pages d’un livre de 800 pages et bénéficier de l’exception. De toute évidence, pour savoir si les deux œuvres sont sur le même « *medium* », il faut tenir compte du contexte et des faits de l’espèce.

[57] Je ne me prononce pas sur la question de savoir si les copies qui appartiennent à la catégorie 4 étaient effectivement accessibles sur un support (« *medium* » dans la version anglaise) approprié aux fins visées. Je me propose de démontrer seulement que les motifs de la Commission sont viciés parce qu’ils ne disent rien au sujet de la signification des mots « sur un support approprié aux fins visées » ou de l’application de cette signification aux faits de l’espèce.

[58] Les motifs de la Commission peuvent être interprétés de deux manières et ni l’une ni l’autre n’est suffisante pour justifier sa décision.

Interpretation 1: The Board does not address whether the works were available in a “medium appropriate for the purpose”

[59] On their face, the Board’s reasons simply do not address whether or not the works were available in an appropriate medium; they only address whether the works were “commercially available”. The rules of statutory interpretation create a presumption against tautology: every word in a statute must be given meaning (see Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ontario: LexisNexis Canada Inc., 2008, at page 210, citing *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28). Therefore, “commercially available” cannot be interpreted to mean “commercially available in a medium that is appropriate for the purpose”.

[60] The Board’s limited finding at paragraph 129 of its reasons, cited at paragraph 50 above, that “[t]he exception will be available ... for dealings for which Access offers no licence authorizing use of the work in the appropriate format” (emphasis added) cannot be interpreted as a finding that the works were available in a medium appropriate for the purpose. Accepted rules of statutory interpretation dictate that a word must be presumed to have the same meaning throughout an act and that different words must be presumed to have different meanings (*R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at page 1387; *Peach Hill Management Ltd. v. Canada*, [2000] G.S.T.C. 45 (F.C.A.), at paragraph 12). In this case, the Act uses both the words format and medium.

[61] The word format appears on its own in the following provisions [ss. 2 “perceptual disability” (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 1), 30.9 (as enacted *idem*, s. 18), 32 (as am. *idem*, s. 19)]:

Première interprétation : La Commission ne répond pas à la question de savoir si les œuvres étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées »

[59] À première vue, les motifs de la Commission n’abordent tout simplement pas la question de savoir si les œuvres étaient accessibles ou non sur un support approprié; ils abordent seulement la question de savoir si les œuvres étaient « accessibles sur le marché ». Les règles d’interprétation législative créent une présomption contre toute tautologie : chaque mot de la Loi doit se voir attribuer un sens (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham (Ontario), LexisNexis Canada Inc., 2008, à la page 210, citant l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28). En conséquence, l’expression « accessibles sur le marché » ne peut être interprétée comme signifiant « accessibles sur le marché sur un support approprié aux fins visées ».

[60] La conclusion limitée que la Commission tire au paragraphe 129 de ses motifs (reproduite au paragraphe 50) suivant laquelle « [l]es établissements pourront s’en prévaloir [...] à l’égard des utilisations [...] pour lesquelles Access n’offre pas de licence autorisant l’utilisation de l’œuvre sur un support [« format » dans la version anglaise] qui convient » (non souligné dans l’original) ne peut pas être interprétée comme une conclusion que les œuvres sont accessibles sur un support (« medium » dans la version anglaise) approprié aux fins visées. Suivant les règles généralement admises en matière d’interprétation des lois, un mot est présumé avoir le même sens dans l’ensemble d’une loi et les mots différents sont présumés avoir un sens différent (*R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, à la page 1387; *Peach Hill Management Ltd. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 894 (QL) (C.A.), au paragraphe 12). Dans le cas qui nous occupe, la Loi emploie dans sa version anglaise deux termes différents : « format » et « medium ».

[61] Le mot anglais « format » apparaît seul dans les dispositions suivantes [art. 2 « déficience perceptuelle » (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 1), 30.9 (édicte, *idem*, art. 18), 32 (mod., *idem*, art. 19)] :

Definitions	<p>2. ...</p> <p>“perceptual disability” means a disability that prevents or inhibits a person from reading or hearing a literary, musical, dramatic or artistic work <u>in its original format</u>, and includes such a disability resulting from:</p> <p>(a) severe or total impairment of sight or hearing or the inability to focus or move one’s eyes,</p> <p>(b) the inability to hold or manipulate a book, or</p> <p>(c) an impairment relating to comprehension;</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>2. [...]</p> <p>« déficience perceptuelle » Déficience qui empêche la lecture ou l’écoute d’une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique <u>sur le support original</u> ou la rend difficile, en raison notamment:</p> <p>a) de la privation en tout ou en grande partie du sens de l’ouïe ou de la vue ou de l’incapacité d’orienter le regard;</p> <p>b) de l’incapacité de tenir ou de manipuler un livre;</p> <p>c) d’une insuffisance relative à la compréhension.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Définitions
Pre-recorded recordings	<p>30.9 (1) It is not an infringement of copyright for a broadcasting undertaking to reproduce in accordance with this section a sound recording, or a performer’s performance or work that is embodied in a sound recording, <u>solely for the purpose of transferring it to a format appropriate for broadcasting, if the undertaking</u></p> <p>(a) owns the copy of the sound recording, performer’s performance or work and that copy is authorized by the owner of the copyright;</p> <p>(b) is authorized to communicate the sound recording, performer’s performance or work to the public by telecommunication;</p> <p>(c) makes the reproduction itself, for its own broadcasts;</p> <p>(d) does not synchronize the reproduction with all or part of another recording, performer’s performance or work; and</p> <p>(e) does not cause the reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>30.9 (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d’un enregistrement sonore <u>aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :</u></p> <p>a) elle en soit le propriétaire et qu’il s’agisse d’exemplaires autorisés par le titulaire du droit d’auteur;</p> <p>b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;</p> <p>c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;</p> <p>d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d’une autre œuvre ou prestation ou d’un autre enregistrement sonore;</p> <p>e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Enregistrements éphémères : entreprises de radiodiffusion
Reproduction in alternate format	<p>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</p>	<p>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</p>	Production d’un exemplaire sur un autre support

		lucratif agissant dans l'intérêt de cette dernière, de se livrer à l'une des activités suivantes :	
	(a) make a copy or sound recording of a literary, musical, artistic or dramatic work, other than a cinematographic work, <u>in a format specially designed for persons with a perceptual disability</u> ;	a) la production d'un exemplaire ou d'un enregistrement sonore d'une œuvre littéraire, dramatique — sauf cinématographique —, musicale ou artistique <u>sur un support destiné aux personnes ayant une déficience perceptuelle</u> ;	
	(b) translate, adapt or reproduce in sign language a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, <u>in a format specially designed for persons with a perceptual disability</u> ; or	b) la traduction, l'adaptation ou la reproduction en langage gestuel d'une œuvre littéraire ou dramatique — sauf cinématographique — <u>fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle</u> ;	
	(c) perform in public a literary or dramatic work, other than a cinematographic work, in sign language, <u>either live or in a format specially designed for persons with a perceptual disability</u> .	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 <u>un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle</u> .	
Limitation	(2) Subsection (1) does not authorize the making of a large print book.	(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre la production d'un livre imprimé en gros caractères.	Exception
Limitation	(3) Subsection (1) does not apply where the work or sound recording is <u>commercially available in a format specially designed to meet the needs of any person referred to</u> in that subsection, within the meaning of paragraph (a) of the definition "commercially available". [Emphasis added.]	(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 ». [Non souligné dans l'original.]	Existence d'exemplaires sur le marché
[62]	The word medium appears on its own in the following provisions [ss. 13(1), (4) (as am. <i>idem</i> , s. 10), 38.1 (as enacted <i>idem</i> , s. 20), 79 "audio recording medium" (as enacted <i>idem</i> , s. 50), "blank audio recording medium" (as enacted <i>idem</i>), 80 (as enacted <i>idem</i>)]:	[62] Le mot anglais « <i>medium</i> » apparaît seul dans les dispositions suivantes [art. 13(1), (4) (mod., <i>idem</i> , art. 10), 38.1 (édicte, <i>idem</i> , art. 20), 79 « support audio » (édicte, <i>idem</i> , art. 50), « support audio vierge » (édicte, <i>idem</i>), 80 (édicte, <i>idem</i>)]:	
Ownership of copyright	13. (1) Subject to this Act, the author of a work shall be the first owner of the copyright therein.	13. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre.	Possession du droit d'auteur
	...	[...]	
Assignments and licences	(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or <u>subject to limitations relating to territory, medium or sector</u> of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but	(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives <u>au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession</u> , pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la	Cession et licences

no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

...

Statutory
damages

38.1 (1) Subject to this section, a copyright owner may elect, at any time before final judgment is rendered, to recover, instead of damages and profits referred to in subsection 35(1), an award of statutory damages for all infringements involved in the proceedings, with respect to any one work or other subject-matter, for which any one infringer is liable individually, or for which any two or more infringers are liable jointly and severally, in a sum of not less than \$500 or more than \$20,000 as the court considers just.

...

Special case

(3) Where

(a) there is more than one work or other subject-matter in a single medium, and

(b) the awarding of even the minimum amount referred to in subsection (1) or (2) would result in a total award that, in the court's opinion, is grossly out of proportion to the infringement the court may award, with respect to each work or other subject-matter, such lower amount than \$500 or \$200, as the case may be, as the court considers just.

...

Definitions

79. In this Part,

concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

[...]

38.1 (1) Sous réserve du présent article, le titulaire du droit d'auteur, en sa qualité de demandeur, peut, avant le jugement ou l'ordonnance qui met fin au litige, choisir de recouvrer, au lieu des dommages-intérêts et des profits visés au paragraphe 35(1), des dommages-intérêts préétablis dont le montant, d'au moins 500 \$ et d'au plus 20 000 \$, est déterminé selon ce que le tribunal estime équitable en l'occurrence, pour toutes les violations — relatives à une œuvre donnée ou à un autre objet donné du droit d'auteur — reprochées en l'instance à un même défendeur ou à plusieurs défendeurs solidairement responsables.

[...]

Dommages-
intérêts
préétablis

(3) Dans les cas où plus d'une œuvre ou d'un autre objet du droit d'auteur sont incorporés dans un même support matériel, le tribunal peut, selon ce qu'il estime équitable en l'occurrence, réduire, à l'égard de chaque œuvre ou autre objet du droit d'auteur, le montant minimal visé au paragraphe (1) ou (2), selon le cas, s'il est d'avis que même s'il accordait le montant minimal de dommages-intérêts préétablis le montant total de ces dommages-intérêts serait extrêmement disproportionné à la violation.

Cas
particuliers

[...]

79. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

Définitions

[...]

“audio recording medium” means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium;

“blank audio recording medium” means

(a) an audio recording medium onto which no sounds have ever been fixed, and

(b) any other prescribed audio recording medium;

...

Where no infringement of copyright

80. (1) Subject to subsection (2), the act of reproducing all or any substantial part of

(a) a musical work embodied in a sound recording,

(b) a performer’s performance of a musical work embodied in a sound recording, or

(c) a sound recording in which a musical work, or a performer’s performance of a musical work, is embodied

onto an audio recording medium for the private use of the person who makes the copy does not constitute an infringement of the copyright in the musical work, the performer’s performance or the sound recording. [Emphasis added.]

[63] Finally, the words medium and format both appear in section 30.1 [as enacted *idem*, s. 18; 1999, c. 31, s. 59(E)]:

Management and maintenance of collection

30.1 (1) It is not an infringement of copyright for a library, archive or museum or a person acting under the authority of a library, archive or museum to make, for the maintenance or management of its permanent collection or the

« support audio » Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l’exception toutefois de ceux exclus par règlement.

« support audio vierge » Tout support audio sur lequel aucun son n’a encore été fixé et tout autre support audio précisé par règlement.

[...]

80. (1) Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d’auteur protégeant tant l’enregistrement sonore que l’œuvre musicale ou la prestation d’une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l’intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio. [Non souligné dans l’original.]

Non-violation du droit d’auteur

[63] Enfin, les mots « *medium* » et « *format* » figurent tous les deux dans la version anglaise de l’article 30.1 [édicte *idem*, art. 18; 1999, ch. 31, art. 59(A)]:

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 ou une personne agissant sous l’autorité de ceux-ci, d’une œuvre ou de

Gestion et conservation de collections

permanent collection of another library, archive or museum, a copy of a work or other subject-matter, whether published or unpublished, in its permanent collection

(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;

(d) for the purposes of internal record-keeping and cataloguing;

(e) for insurance purposes or police investigations; or

(f) if necessary for restoration.

Limitation

(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). [Emphasis added.]

[64] Since the Act uses both the words *format* and *medium*, they cannot have the same meaning. Accordingly, even if one interprets the Board's reasons as finding that the works were available in an appropriate *format*, they nevertheless cannot be understood as a finding that the works were available in an appropriate *medium*.

tout autre objet du droit d'auteur, publiés ou non, en vue de la gestion ou de la conservation de leurs collections permanentes ou des collections permanentes d'autres bibliothèques, musées ou services d'archives :

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;

d) reproduction à des fins internes liées à la tenue de dossier ou au catalogage;

e) reproduction aux fins d'assurance ou d'enquêtes policières;

f) reproduction nécessaire à la restauration.

(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). [Non souligné dans l'original.]

Existence d'exemplaires sur le marché

[64] Comme la Loi emploie dans sa version anglaise à la fois le mot « *medium* » et le mot « *format* », ces mots ne peuvent avoir le même sens. En conséquence, même si l'on interprète les motifs de la Commission comme une conclusion que les œuvres étaient accessibles en un « *format* » approprié, on ne peut pour autant considérer que la Commission a conclu que les œuvres étaient accessibles en un « *medium* » approprié.

Interpretation 2: When the Board wrote format it meant medium

[65] It could be the case that when the Board wrote format, it meant medium. This interpretation is bolstered by the fact that the French version of the statute does not distinguish between medium and format. In both cases, it uses the word “support”. The French and English versions of legislation are equally authoritative.

[66] However, even assuming that the Board meant medium when it wrote format, it does not discuss what is and what is not appropriate, nor does it make any factual findings based on the evidence before it. It does not discuss the nature of any of the photocopies made from textbooks or discuss how many of them were made for the purposes of examination. It does not refer to the evidence before it regarding the photocopies at all. Simply put, the Board uses the word “format” but does not actually discuss whether or not the works were actually available in an acceptable format.

[67] A weak reference to an appropriate format simply cannot justify a finding under section 29.4 that the works were available in a medium appropriate for the purpose, even if “medium” is interpreted to mean “format”.

Conclusion

[68] In this case, the Board was required to determine whether the category 4 copies qualified as fair dealing and whether they qualified under the exception in section 29.4 of the Act. With respect to fair dealing, the Board laid out the appropriate test from *CCH* and, through clear and comprehensible reasons, came to a justifiable conclusion. I see no reviewable error in respect of this issue.

Seconde interprétation : En écrivant « format », la Commission voulait dire « medium »

[65] Il se pourrait que la Commission voulait dire « medium » lorsqu’elle a écrit « format ». Cette interprétation est renforcée par le fait que la version française de la Loi ne fait aucune distinction entre « medium » et « format » : dans les deux cas, elle emploie en français le terme « support ». Or, la version anglaise et la version française des lois font également foi.

[66] Toutefois, même en supposant que la Commission voulait dire « medium » lorsqu’elle a écrit « format », elle ne parle pas de ce qui est approprié ou ne l’est pas et elle ne tire aucune conclusion de fait sur le fondement des éléments de preuve qui lui ont été présentés. Elle ne se penche pas sur la nature de l’une quelconque des photocopies d’extraits de manuels scolaires et ne précise pas combien d’entre elles ont été faites en vue de préparer un examen. Elle ne fait aucune mention des éléments de preuve qui lui ont été présentés au sujet des photocopies. La Commission emploie tout simplement le mot anglais « format » sans préciser si les œuvres étaient effectivement accessibles sur un support (« format », en anglais) acceptable.

[67] Une vague allusion à un « format » approprié ne saurait justifier une conclusion, fondée sur l’article 29.4, que les œuvres étaient accessibles en un « medium » approprié aux fins visées et ce, même si l’on interprète le mot anglais « medium » comme signifiant « format ».

Conclusion

[68] En l’espèce, la Commission était tenue de déterminer si les copies appartenant à la catégorie 4 copies répondaient à la définition d’utilisation équitable et si elles tombaient sous le coup de l’exception prévue à l’article 29.4 de la Loi. S’agissant de la question de l’utilisation équitable, la Commission a cité le critère applicable, celui de l’arrêt *CCH* et, par des motifs clairs et compréhensibles, elle en est arrivée à une conclusion justifiable. Je ne constate aucune erreur justifiant notre intervention sur ce point.

[69] However, with respect to the section 29.4 exception, the Board failed to address an issue that was essential to the disposition of the matter before it. The issue required that the words “in a medium appropriate for the purpose” be defined and applied to the facts of this case.

[70] This Court could endeavour to fulfill this task. However, it is for the Board, in first instance, to interpret its own statute, with which it has particular familiarity, and to make the appropriate findings of fact.

[71] I would therefore allow the application and remit the decision to the Copyright Board (a) to determine the meaning of the words “in a medium appropriate for the purpose”, as found in subsection 29.4(3); and (b) to assess whether category 4 copies come within the meaning of these words.

[72] In light of the mixed success of the application, I would award no costs.

BLAIS C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

[69] Toutefois, en ce qui concerne l'exception prévue à l'article 29.4, la Commission n'a pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie. Elle devait définir l'expression « sur un support approprié aux fins visées » et appliquer cette définition aux faits de la présente affaire.

[70] Notre Cour pourrait entreprendre cette tâche. Il revient toutefois à la Commission d'interpréter en premier sa propre loi constitutive, qu'elle connaît bien, et de tirer les conclusions de fait qui s'imposent.

[71] Je suis par conséquent d'avis de faire droit à la demande et de renvoyer la décision à la Commission du droit d'auteur pour qu'elle a) définisse le sens de l'expression « sur un support approprié aux fins visées » (« *in a medium appropriate for the purpose* ») que l'on trouve au paragraphe 29.4(3); et b) décide si les copies appartenant à la catégorie 4 répondent à la définition de cette expression.

[72] Comme chacune des parties obtient en partie gain de cause, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d'accord.

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