

T-578-13
2017 FC 669

T-578-13
2017 CF 669

The Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”) (*Plaintiff/Defendant by Counterclaim*)

The Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright ») (*demanderesse/défenderesse reconventionnelle*)

v.

c.

York University (*Defendant/Plaintiff by Counterclaim*)

Université York (*défenderesse/demanderesse reconventionnelle*)

INDEXED AS: CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY v. YORK UNIVERSITY

RÉPERTORIÉ : CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY c. UNIVERSITÉ YORK

Federal Court, Phelan J.—Toronto and Ottawa, May 16-19, 24-27, 30 and 31, June 1-3, 6-9 and 22-24, 2016; Ottawa, July 12, 2017.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto et Ottawa, du 16 au 19, du 24 au 27 et les 30 et 31 mai, du 1^{er} au 3, du 6 au 9 et du 22 au 24 juin 2016; Ottawa, le 12 juillet 2017.

Copyright — Infringement — Action by plaintiff/defendant by counterclaim (plaintiff) against defendant/plaintiff by counterclaim (defendant) to enforce Interim Tariff issued by Copyright Board of Canada in respect of copying activities engaged in by defendant’s employees — Defendant counterclaiming seeking declaration that any reproductions made falling within defendant’s Fair Dealing Guidelines (Guidelines) issued; therefore, constituting exception for “[f]air dealing” under Copyright Act (Act), s. 29 — Plaintiff, collective society under Act, administering reproduction rights of copyright in published literary works on behalf of creators, publishers holding copyright in those works — Defendant, university in Ontario, having licensing agreements with plaintiff typically providing for payment of licence fees — Photocopying facility (Keele) located near defendant caught providing copying services without paying fees; judgment thereagainst obtained for unauthorized copying — Defendant contending unaware of unauthorized copying at Keele by staff professors; failing to take any disciplinary measures — Board granting plaintiff’s application for interim decision; setting terms of Interim Tariff but not publishing Tariff in Canada Gazette — Defendant formally informed of terms of Interim Tariff, operating thereunder until deciding to opt-out — Defendant arguing Interim Tariff, payment of copyright fees voluntary matter — Implementing own guidelines — Plaintiff alleging entitled to recover royalties from defendant pursuant to Interim Tariff while defendant claiming Interim Tariff not approved tariff — For action, issue whether Interim Tariff issued by Copyright Board as amended enforceable against defendant; for counterclaim, issue whether defendant’s dealings fair for purposes of Act, s. 29 — Legislative history, particularly development of

Droit d’auteur — Violation — Action engagée par la demanderesse/défenderesse reconventionnelle (demanderesse) contre la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (défenderesse) visant à faire exécuter le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d’auteur du Canada à l’égard d’activités exercées par les employés de la défenderesse — La défenderesse a déposé une demande reconventionnelle visant à obtenir une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées étaient visées par les Lignes directrices sur l’utilisation équitable (les Lignes directrices) qu’elle avait émises et que, par conséquent, elles représentaient l’exception d’« utilisation équitable » prévue à l’art. 29 de la Loi sur le droit d’auteur (la Loi) — La demanderesse est une société de gestion en vertu de la Loi qui administre les droits de reproduction associés aux droits d’auteur pour les œuvres littéraires au nom des créateurs et des éditeurs qui sont détenteurs de droits d’auteur à l’égard de ces œuvres — La défenderesse, une université de l’Ontario, possédait des contrats de licence avec la demanderesse qui prévoyaient en général le paiement de droits de licence — Keele, un centre de photocopie situé près de la défenderesse, avait été intercepté en train d’offrir des services de copie sans payer de droits; un jugement a été rendu contre lui pour la reproduction non autorisée — La défenderesse a affirmé qu’elle ignorait cette reproduction non autorisée à Keele par un certain nombre de ses professeurs; elle n’a pas pris de mesures disciplinaires ou correctives — La Commission a accordé la demande de décision provisoire de la demanderesse et a établi les modalités du Tarif provisoire, mais ne l’a pas publié dans la Gazette du Canada — La défenderesse a été officiellement informée des modalités du Tarif provisoire et a exercé ses activités en vertu de celui-ci, jusqu’à ce qu’elle décide de s’y soustraire — Elle a soutenu que le Tarif provisoire

modern enforcement provisions, confirming legislative intent to provide collectives with effective enforcement mechanisms against users not subject to agreement, who reproduce, without proper authority or without benefit of exception, copyright protected works covered by collectives — Tariff subordinate legislation — While word “tariff” not defined in Act, word found in other contexts to indicate imposed charge — Use of term “tariff” consistent with provisions of Act directed at ensuring, inter alia, that copyright owners paid for reproduction of their works — Act, s. 68.2(1) indicating mandatory nature of payment for copying — Approved tariff form of subordinate legislation which mandatory, binding on any person to whom pertaining — Opting out not possible — If defendant had not copied any works in plaintiff’s repertoire, if it had obtained proper permission to copy works at issue or if copying exempt by law, then tariff would not be applicable — Absent these conditions, tariff mandatory — Although Board having obligation to publish in Canada Gazette, given circumstances, urgency of situation, Board deciding that publication not practicable — In this case, defendant having actual knowledge of Interim Tariff — If defendant’s position accepted, would be triumph of form over substance — Therefore, defendant’s arguments that Interim Tariff neither mandatory nor properly established dismissed — Offending copying constituting acts so closely connected to professors’ authorized employment activities as to render defendant vicariously liable — Defendant’s approach to copyright infringing actions consistent with wilfully blind approach to ensuring compliance with copyright obligations — Therefore, plaintiff entitled to declaration of entitlement to, payment of royalties, ancillary relief — Respecting “fair dealing” as set forth in Act, ss. 29, 29.1, 29.2, two-step process analysis undertaken to examine fair dealing in present case — While dealing (copying) was for allowable purpose of education, second stage of analysis, i.e. whether dealing fair, not met herein — Weighing factors, considering whole of issue of fair dealing in context of facts of present case, defendant’s Fair Dealing Guidelines not fair — Declaration defendant requesting denied with costs to plaintiff — Action allowed.

était volontaire de la même façon que le paiement des redevances de droits d’auteur — Elle a mis en œuvre ses propres Lignes directrices — La demanderesse a allégué qu’elle était admissible au recouvrement de redevances de la défenderesse en vertu du Tarif provisoire, mais la défenderesse a soutenu que le Tarif provisoire n’était pas un tarif homologué — Dans le cadre de cette action, il s’agissait principalement de savoir si le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d’auteur ainsi modifié était opposable à la défenderesse; et en ce qui concerne la demande reconventionnelle, si l’utilisation faite par la défenderesse était équitable aux fins de l’art. 29 de la Loi — L’historique législatif et en particulier l’élaboration des dispositions d’application modernes, confirmaient l’intention du législateur de fournir aux sociétés de gestion des mécanismes d’application efficaces contre les utilisateurs non assujettis à une entente et qui reproduisent, sans autorisation des détenteurs ou sans le bénéfice d’une exception, des œuvres protégées par le droit d’auteur couvertes par les sociétés de gestion — Un tarif est une mesure législative déléguée — Bien que le mot « tarif » ne soit pas défini dans la Loi, il s’agit d’un mot se trouvant dans d’autres contextes pour indiquer l’imposition de frais — L’utilisation du terme « tarif » est cohérente avec les dispositions de la Loi visant entre autres à assurer que les détenteurs de droit d’auteur sont rémunérés pour la reproduction de leurs œuvres — L’art. 68.2(1) de la Loi révèle le caractère obligatoire du paiement de la reproduction — Un tarif homologué constitue une forme de législation déléguée qui est obligatoire et contraignante pour les personnes concernées — Il n’est pas possible de s’y soustraire — Si la défenderesse n’avait pas copié d’œuvres du répertoire de la demanderesse, si elle avait obtenu les autorisations adéquates de copier ces œuvres ou si la reproduction faisait l’objet d’une exception légale, le tarif ne trouverait alors pas application — En l’absence de ces conditions, le tarif était obligatoire — L’obligation de publier le Tarif dans la Gazette du Canada incombait à la Commission, mais étant donné les circonstances et l’urgence pour prévenir un vide, la Commission a décidé que la publication n’était pas possible — En l’espèce, la défenderesse avait une connaissance réelle du Tarif provisoire — Sa position, si elle était retenue, ne ferait que permettre que la forme l’emporte sur le fond — Par conséquent, les arguments de la défenderesse selon lesquels le Tarif provisoire n’était ni obligatoire ni établi de manière satisfaisante ont été rejetés — La reproduction illégale constituait des actes tellement étroitement liés aux activités autorisées dans le cadre de l’emploi des professeurs qu’ils ont rendu la défenderesse responsable du fait d’autrui — L’approche de la défenderesse à l’égard de ces actions en violation de droit d’auteur était cohérente avec son aveuglement volontaire visant à assurer le respect de ses obligations en matière de droit d’auteur — Par conséquent, la demanderesse avait droit à une déclaration portant sur son admissibilité à des redevances et au paiement de celles-ci et à la réparation accessoire — En ce qui a trait à « l’utilisation équitable » énoncée aux art. 29,

29.1 et 29.2 de la Loi, l'analyse en deux volets a été appliquée pour examiner l'utilisation équitable en l'espèce — Même si l'utilisation (la reproduction) avait lieu à des fins d'éducation, le deuxième volet de l'analyse (l'équité de l'utilisation) n'était pas satisfait en l'espèce — En pesant le pour et le contre et en examinant toute la question de l'utilisation équitable dans le contexte des faits en l'espèce, il a été conclu que les Lignes directrices sur l'utilisation équitable de la défenderesse n'étaient pas équitables — La déclaration demandée par la défenderesse a été rejetée avec dépens à la demanderesse — Action accueillie.

This was an action by the plaintiff/defendant by counterclaim (plaintiff) against the defendant/plaintiff by counterclaim (defendant) to enforce an Interim Tariff first issued by the Copyright Board of Canada on December 23, 2010 in respect of copying activities engaged in by the defendant's employees in the period September 1, 2011 to December 31, 2013. The defendant counterclaimed seeking a declaration that any reproductions made fell within the Fair Dealing Guidelines it issued and therefore constituted the exception for “[f]air dealing” under section 29 of the *Copyright Act* (Act). The declaration sought covered all reproductions of all copyright-protected works made prior to April 8, 2013, and thereafter regardless of whether such works were part of the plaintiff's repertoire. The subject matter of this litigation was the new methods of distributing published materials to students.

The plaintiff is a collective society under the Act. It administers the reproduction rights of copyright in published literary works in Canada, except for the province of Quebec, on behalf of creators and publishers that hold copyright in those works. In particular, it licenses the reproduction of published works in its repertoire to users of the works, collects license fees from users, and distributes royalties to creators and publishers. The plaintiff's role is to license the right to copy a work in its repertoire. It does not provide actual access to any published works or collect royalties which are generally done through licensees which are then remitted to the plaintiff.

The defendant is a university established by the Legislative Assembly of the province of Ontario and is the second largest university in Ontario. The defendant had had licensing agreements with the plaintiff from 1994 to the end of 2010. The licences typically provided for the payment of licence fees.

Il s'agissait d'une action engagée par la demanderesse/défenderesse reconventionnelle (demanderesse) contre la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (défenderesse) visant à faire exécuter le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d'auteur du Canada le 23 décembre 2010 à l'égard d'activités exercées par les employés de la défenderesse consistant à faire des copies pour la période allant du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013. La défenderesse a déposé une demande reconventionnelle visant à obtenir une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées étaient visées par les Lignes directrices sur l'utilisation équitable qu'elle avait émises et que, par conséquent, elles représentaient l'exception d'« utilisation équitable » prévue à l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* (la Loi). La déclaration demandée couvrirait toutes les reproductions de toutes œuvres protégées par le droit d'auteur réalisées avant le 8 avril 2013 et par la suite, peu importe si ces œuvres faisaient partie du répertoire de la demanderesse. L'objet du litige était la nouvelle méthode de distribution de matériel publié aux étudiants.

La demanderesse est une société de gestion en vertu de la Loi. Elle administre les droits de reproduction associés aux droits d'auteur pour les œuvres littéraires publiées au Canada, à l'exception de la province de Québec, au nom des créateurs et des éditeurs qui sont détenteurs de droits d'auteur à l'égard de ces œuvres. En particulier, elle concède des licences de reproduction des œuvres publiées de son répertoire aux utilisateurs des œuvres, perçoit les droits de licence auprès des utilisateurs et distribue des redevances aux créateurs et aux éditeurs. Le rôle de la demanderesse est de concéder des licences autorisant à reproduire une œuvre faisant partie de son répertoire. Elle ne donne pas un accès absolu aux œuvres publiées et ne perçoit aucune redevance, ce qui est généralement effectué par l'intermédiaire de détenteurs de licences qui les remettent alors à la demanderesse.

La défenderesse est une université constituée par l'Assemblée législative de la province de l'Ontario et est la deuxième université en importance en Ontario. La défenderesse possédait des contrats de licence avec la demanderesse de 1994 à la fin de 2010. Les licences prévoyaient en général

As part of the plaintiff's obligation to enforce copyrights and collect fees, the plaintiff periodically made "sweeps" of copy shops believed to be copying without paying fees. Keele, a digital printing and photocopying facility located in a mall across from the defendant's main entrance, had been caught up in one of those sweeps and a judgment against it was obtained for unauthorized copying. The defendant contended that it was unaware of this unauthorized copying at Keele by a number of its professors. It did not take any disciplinary or corrective action against the professors in question and, in this action, denied responsibility for the actions of these employees, despite acknowledging that their actions were contrary to its policy.

On December 23, 2010, the Board granted the plaintiff's application for an interim decision and set the terms of the Interim Tariff. The Interim Tariff was never judicially reviewed. It was imposed because of objections to the proposed final tariff governing the photocopying at the defendant and other post-secondary educational institutions. It was not published in the *Canada Gazette*. The defendant was formally informed of the terms of the Interim Tariff and operated under it from that point until August 31, 2011, after deciding to opt-out of it. Its position was that the Interim Tariff was a voluntary matter as was the payment of copyright fees. The defendant implemented its own guidelines on December 22, 2010. The plaintiff alleged that it was entitled to recover royalties from the defendant pursuant to the Interim Tariff. The defendant's position was that the Interim Tariff is not an approved tariff because it did not result from a tariff certification process and because it was not published in the *Canada Gazette*.

The main issues were whether the Interim Tariff issued by the Copyright Board on December 23, 2010 as amended was enforceable against the defendant and, with respect to the counterclaim, whether the defendant's dealings were fair for the purposes of section 29 of the Act.

Held, the action should be allowed and the counterclaim dismissed.

Regarding the enforceability of the Interim Tariff against the defendant, the legislative history and particularly the development of the modern enforcement provisions confirmed the legislative intent to provide collectives with effective enforcement mechanisms against users who are not subject to an agreement and who reproduce, without authority

le paiement de droits de licence. Conformément à l'obligation de la demanderesse de faire respecter les droits d'auteur et de percevoir les droits, la demanderesse a périodiquement fait des [TRADUCTION] « coups de filet » dans les ateliers d'impression qui, selon elle, effectuait des reproductions sans payer de droits. Keele, un centre d'impression numérique et de photocopie situé dans un centre commercial juste en face de l'entrée principale de la défenderesse, avait été intercepté dans un de ces coups de filet et un jugement a été rendu contre lui pour la reproduction non autorisée. La défenderesse a affirmé qu'elle ignorait cette reproduction non autorisée à Keele par un certain nombre de ses professeurs. Elle n'a pas pris de mesures disciplinaires ou correctives contre les professeurs en question et a soutenu dans la présente action qu'elle n'était pas responsable des actes de ces employés, bien que reconnaissant que leurs actes étaient contraires à sa politique.

Le 23 décembre 2010, la Commission a accordé la demande de décision provisoire de la demanderesse et a établi les modalités du Tarif provisoire. Le Tarif provisoire n'a jamais fait l'objet d'un contrôle judiciaire. Il a été imposé en raison des oppositions au projet de tarif définitif régissant la photocopie à la défenderesse et à d'autres établissements d'enseignement postsecondaire. Il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*. La défenderesse a été officiellement informée des modalités du Tarif provisoire et a alors exercé ses activités en vertu de celui-ci à partir de là et jusqu'au 31 août 2011, après quoi elle a décidé de s'y soustraire. Elle a soutenu que le Tarif provisoire était volontaire de la même façon que le paiement des redevances de droits d'auteur. Le 22 décembre 2010, la défenderesse a mis en œuvre ses propres Lignes directrices. La demanderesse a allégué qu'elle était admissible au recouvrement de redevances de la défenderesse en vertu du Tarif provisoire. La position de la défenderesse était que le Tarif provisoire n'est pas un tarif homologué parce qu'il ne découle pas du processus de certification de tarif et parce qu'il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*.

Il s'agissait principalement de savoir si le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d'auteur le 23 décembre 2010 ainsi modifié était opposable à la défenderesse et, en ce qui concerne la demande reconventionnelle, si l'utilisation faite par la défenderesse était équitable aux fins de l'article 29 de la Loi.

Jugement : l'action doit être accueillie et la demande reconventionnelle doit être rejetée.

En ce qui concerne l'opposabilité du Tarif provisoire contre la défenderesse, l'historique législatif et en particulier l'élaboration des dispositions d'application modernes, confirmaient l'intention du législateur de fournir aux sociétés de gestion des mécanismes d'application efficaces contre les utilisateurs non assujettis à une entente et qui reproduisent, sans autorisa-

from owners or without the benefit of an exception (e.g. fair dealing), copyright protected works covered by the collectives, such as those works in the plaintiff's repertoire. The *Interpretation Act* defines a regulation as including a tariff of costs or fees. As such, a tariff is subordinate legislation. While the word "tariff" is not defined in the Act, it is a word found in other contexts to indicate an imposed charge. The use of the term "tariff" is consistent with the provisions of the Act directed at ensuring that copyright owners are paid for the reproduction of their works and is also consistent with the role of collectives, such as the plaintiff, in collecting the amounts which are due or become due. Subsection 68.2(1) of the Act indicates the mandatory nature of payment for copying. The compulsory nature of a tariff is also evidenced by the nature of the tariff-setting process. Under section 70.12 of the Act, either a tariff is filed or the relevant parties enter into an agreement. The agreement option is voluntary and is in contrast to the mandatory nature of a tariff. Also, the language of "opting out" does not appear in sections 70.1–70.191 of the Act unlike provisions dealing with licensing royalties under section 70.2 thereof. The fact that it does not strongly suggests that tariffs are mandatory, particularly when contrasted with the permissive language of the licensing regime. Thus, an approved tariff is a form of subordinate legislation which is mandatory and binding on any person to whom it pertains. There is no opting out. If the defendant had not copied any works in the plaintiff's repertoire, if it had obtained proper permission to copy those works, or if the copying was exempt by law—the fair dealing defence and counterclaim—then the tariff would not be applicable. Absent these conditions, the tariff was mandatory.

While the defendant argued that the Interim Tariff was not enforceable, it failed to take judicial review of the Board's decision. Judicial review was an important process in this case. The scope and enforceability of the Interim Tariff were matters squarely within the Board's jurisdiction. The resolution of these issues would engage the Board's expertise and were ones for which the Board was entitled to deference by the Court. As to the argument that the Tariff was not an approved tariff because it was not published in the *Canada Gazette*, it was the Board that had the obligation to publish in the *Canada Gazette*. However, given the circumstances and the urgency to prevent a vacuum, the Board apparently decided that publication was not practicable—a matter which was within its discretion to decide. The purpose of publication in the *Canada Gazette* is to give notice to affected parties. In this case, the defendant had actual knowledge of the Interim

tion des détenteurs ou sans le bénéfice d'une exception (par exemple, celle de l'utilisation équitable), des œuvres protégées par le droit d'auteur couvertes par les sociétés de gestion, comme les œuvres du répertoire de la demanderesse. La *Loi d'interprétation* définit un règlement comme comprenant un tarif de droits, de frais ou d'honoraires. À ce titre, un tarif est une mesure législative déléguée. Bien que le mot « tarif » ne soit pas défini dans la Loi, il s'agit d'un mot se trouvant dans d'autres contextes pour indiquer l'imposition de frais. L'utilisation du terme « tarif » est cohérente avec les dispositions de la Loi visant à assurer que les détenteurs de droit d'auteur sont rémunérés pour la reproduction de leurs œuvres et également cohérente avec le rôle des sociétés de gestion, comme la demanderesse, en ce qui a trait à la perception des montants qui sont exigibles ou qui le deviennent. Le paragraphe 68.2(1) de la Loi révèle le caractère obligatoire du paiement de la reproduction. Le caractère obligatoire d'un tarif est également illustré par la nature du processus d'établissement du tarif. En vertu de l'article 70.12 de la Loi, un tarif est déposé ou les parties concernées concluent une entente. Le choix de l'entente est volontaire et contraste avec le caractère obligatoire d'un tarif. De plus, la formulation « se soustraire » n'apparaît pas aux articles 70.1 à 70.191 de la Loi, contrairement aux dispositions concernant les redevances et modalités relatives aux licences en vertu de l'article 70.2. Cela fait fortement valoir le caractère obligatoire des tarifs, plus particulièrement en comparaison avec la formulation permissive du régime d'octroi de licences. Par conséquent, un tarif homologué constitue une forme de législation déléguée qui est obligatoire et contraignante pour les personnes concernées. Il n'est pas possible de s'y soustraire. Si la défenderesse n'avait pas copié d'œuvres du répertoire de la demanderesse, si elle avait obtenu les autorisations adéquates de copier ces œuvres ou si la reproduction faisait l'objet d'une exception légale — la défense et la demande reconventionnelle d'utilisation équitable — le tarif ne trouverait alors pas application. En l'absence de ces conditions, le tarif était obligatoire.

Bien que la défenderesse ait prétendu que le Tarif provisoire n'était pas exécutoire, elle n'a pas demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le contrôle judiciaire était un important processus en l'espèce. La portée et le caractère exécutoire du Tarif provisoire étaient des questions qui relèvent entièrement de la compétence de la Commission. La résolution de ces questions engagerait l'expertise de la Commission et la Cour devait faire preuve de déférence à l'égard de la Commission en ce qui concernait ces questions. En ce qui a trait à l'allégation que le Tarif ne constituait pas un tarif homologué car il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*, cette obligation de publication incombait à la Commission. Toutefois, étant donné les circonstances et l'urgence pour prévenir un vide, la Commission a décidé semble-t-il que la publication n'était pas possible — une question qui relevait de son pouvoir discrétionnaire. L'objectif de

Tariff. Its position, if accepted, would be a triumph of form over substance. That argument was unsustainable. Therefore, the defendant's arguments that the Interim Tariff was neither mandatory nor properly established were dismissed.

The final argument that there was no breach of the Interim Tariff and, if there was, the defendant was not responsible for them was addressed. The unauthorized copying that took place by some of the defendant's professors and the Keele copy centre triggered obligations under the Interim Tariff. Those obligations were the obligations of the defendant, which is legally responsible for that copying. Although the defendant may not have specifically authorized the offending copying, those acts were so closely connected to the professors' authorized employment activities as to render the defendant vicariously liable. The defendant produced no evidence of any disciplinary actions taken against the professors nor did it take any significant or effective remedial action. The defendant's approach to these copyright infringing actions was consistent with its wilfully blind approach to ensuring compliance with copyright obligations, whether under the Interim Tariff or under the Fair Dealing Guidelines. Therefore, the plaintiff was entitled to the declaration of entitlement to and payment of royalties as pleaded and to ancillary relief, including injunctive relief where needed.

The defendant's counterclaim raising in particular the exception of fair dealing was addressed. One of the most important exceptions to infringement is "fair dealing" as set forth in sections 29, 29.1 and 29.2 of the Act. The two-step process analysis (first, the authorized purpose had to be established and second, the dealing had to be fair) was undertaken to examine fair dealing in this case. The defendant established that the dealing (copying) was for the allowable purpose of education. The second stage of the analysis — fairness of the dealing — engaged six non-exhaustive factors such as purpose, character and amount of the dealing, alternatives to the dealing, nature of the work, and the effect of the dealing on the work. The defendant sought a determination on whether copying within the Guidelines constituted fair dealing. Weighing the factors and considering the whole of the issue of fair dealing in the context of the facts of this case, it was concluded that the defendant's Fair Dealing Guidelines were not fair. The declaration the defendant requested was denied with costs to the plaintiff.

la publication dans la *Gazette du Canada* est de donner avis aux parties concernées. En l'espèce, la défenderesse avait une connaissance réelle du Tarif provisoire. Sa position, si elle était retenue, ne ferait que permettre que la forme l'emporte sur le fond. Cet argument était insoutenable. Par conséquent, les arguments de la défenderesse selon lesquels le Tarif provisoire n'était ni obligatoire ni établi de manière satisfaisante ont été rejetés.

Le dernier point selon lequel il n'y a pas eu de violation du Tarif provisoire, mais que le cas échéant, la défenderesse n'en était pas responsable a été abordé. La reproduction non autorisée par certains des professeurs de la défenderesse et le centre d'impression Keele a généré des obligations en vertu du Tarif provisoire. Ces obligations relevaient de la défenderesse qui est légalement responsable de cette reproduction. Même si la défenderesse n'a pas précisément autorisé la reproduction illégale, ces actes étaient tellement étroitement liés aux activités autorisées dans le cadre de l'emploi des professeurs qu'ils ont rendu la défenderesse responsable du fait d'autrui. La défenderesse n'a produit aucune preuve à l'égard de mesures disciplinaires contre les professeurs et n'a pas non plus pris de mesures correctrices importantes ou efficaces. L'approche de la défenderesse à l'égard de ces actions en violation de droit d'auteur était cohérente avec son aveuglement volontaire visant à assurer le respect de ses obligations en matière de droit d'auteur, que ce soit en vertu du Tarif provisoire ou en vertu des Lignes directrices sur l'utilisation équitable. Par conséquent, la demanderesse avait droit à une déclaration portant sur son admissibilité à des redevances et au paiement de celles-ci comme elle l'a plaidé et à la réparation accessoire, y compris une injonction, au besoin.

La demande reconventionnelle de la défenderesse, soulevant particulièrement l'exception de l'utilisation équitable, a été abordée. Une des exceptions les plus importantes à la violation est « l'utilisation équitable » énoncée aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la Loi. L'analyse en deux volets (tout d'abord la fin autorisée devait être établie et ensuite, l'utilisation devait être équitable) a été appliquée pour examiner l'utilisation équitable en l'espèce. La défenderesse a établi que l'utilisation (la reproduction) avait lieu à des fins d'éducation. Le deuxième volet de l'analyse — l'équité de l'utilisation — engageait six facteurs non exhaustifs, comme le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. La défenderesse cherchait à obtenir une décision sur la question de savoir si la reproduction stipulée dans les Lignes directrices constituait une utilisation équitable. En pesant le pour et le contre et en examinant toute la question de l'utilisation équitable dans le contexte des faits en l'espèce, il a été conclu que les Lignes directrices sur l'utilisation équitable de la défende-

resse n'étaient pas équitables. La déclaration demandée par la défenderesse a été rejetée avec dépens à la demanderesse.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 48 to 50.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “educational institution”, 2.1(2), 29, 29.1, 29.2, 29.4, 29.5, 29.6(1), 29.7, 29.8, 29.9, 30, 66.5, 66.51, 68(4), 68.2, 70, 70.1, 70.11, 70.12, 70.13, 70.14, 70.15, 70.16, 70.17, 70.18, 70.19, 70.191, 70.2 to 70.4.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2 “regulation”, 12.
The York University Act, 1959, S.O. 1959, c. 145.
The York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143.

CASES CITED

APPLIED:

ENMAX Power Corp. (Re), [2004] A.E.U.B.D. No. 58 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

DISTINGUISHED:

Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc., 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326.

CONSIDERED:

Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institution Tariff, 2011-2013; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, (1998), 158 D.L.R. (4th) 193; *Reproduction of Literary Works, Re*, 2015 CarswellNat 1792 (WLNext Can.); *Reproduction of Literary Works, Re*, 2016 CarswellNat 436 (WLNext Can.).

REFERRED TO:

Algoma Central Corporation v. Canada, 2009 FC 1287, 358 F.T.R. 236; *Performing Rights Organization of*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2 « règlement », 12.
Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, ch. 20.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « établissement d'enseignement », 2.1(2), 29, 29.1, 29.2, 29.4, 29.5, 29.6(1), 29.7, 29.8, 29.9, 30, 66.5, 66.51, 68(4), 68.2, 70, 70.1, 70.11, 70.12, 70.13, 70.14, 70.15, 70.16, 70.17, 70.18, 70.19, 70.191, 70.2 à 70.4.
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, ch. C-30, art. 48 à 50.
The York University Act, 1959, S.O. 1959, ch. 145.
The York University Act, 1965, S.O. 1965, ch. 143.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

ENMAX Power Corp. (Re), [2004] A.E.U.B.D. n° 58 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc., 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Reproduction of Literary Works, Re*, 2015 CarswellNat 1792 (WLNext Can.); *Reproduction of Literary Works, Re*, 2016 CarswellNat 436 (WLNext Can.).

DÉCISIONS CITÉES :

Algoma Central Corporation c. Canada, 2009 CF 1287; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion*

Canada Ltd. v. Lion D’Or (1981) Ltée et al. (1988), 17 C.P.R. (3d) 542, 16 F.T.R. 104 (F.C.T.D.).

D’Or (1981) Ltée et al. (1988), 17 C.P.R. (3d) 542, 16 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Carrier, Rock. *The Hockey Sweater*. Montréal: Tundra Books, 1979.
 Lange Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2015.
 MacMillan, Margaret. *Paris 1919: Six Months That Changed the World*. New York: Random House, 2002.

DOCTRINE CITÉE

Carrier, Rock. *Le Chandail de hockey*. Montréal : Les Livres Tundra, 1979.
 Lange Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2015.
 MacMillan, Margaret. *Paris 1919 : Six Months That Changed the World*. New York : Random House, 2002.

ACTION by the plaintiff/defendant by counterclaim against the defendant/plaintiff by counterclaim to enforce an Interim Tariff first issued by the Copyright Board of Canada on December 23, 2010 in respect of copying activities engaged in by the defendant’s employees in the period September 1, 2011 to December 31, 2013. Action allowed, counterclaim dismissed.

ACTION engagée par la demanderesse/défenderesse reconventionnelle contre la défenderesse/demanderesse reconventionnelle visant à faire exécuter le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d’auteur du Canada le 23 décembre 2010 à l’égard d’activités exercées par les employés de la défenderesse consistant à faire des copies pour la période allant du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013. Action accueillie, demande reconventionnelle rejetée.

APPEARANCES

Arthur B. Renaud, Erin Finlay and Jessica Zagar for plaintiff/defendant by counterclaim.
John C. Cotter, Janet Chong, Barry Fong, Lillian Wallace and Evan Thomas for defendant/plaintiff by counterclaim.

ONT COMPARU

Arthur B. Renaud, Erin Finlay et Jessica Zagar pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle.
John C. Cotter, Janet Chong, Barry Fong, Lillian Wallace et Evan Thomas pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

SOLICITORS OF RECORD

The Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto, for plaintiff/defendant by counterclaim.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for defendant/plaintiff by counterclaim.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

The Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto, pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle.
Osler, Hoskin & Harcourt, S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

TABLE OF CONTENTS

	PARAGRAPH
I. Introduction	1–4
II. Issues	5–6
III. Summary of Conclusions.....	7
A. Interim Tariff—Main Action	7–13

TABLE DES MATIÈRES

	PARAGRAPH
I. Introduction	1–4
II. Questions en litige	5–6
III. Résumé des conclusions	7
A. Tarif provisoire — action principale	7–13

B. Fair Dealing—Counterclaim	14–29	B. Utilisation équitable — demande reconventionnelle	14–29
IV. The Parties	30	IV. Les parties	30
A. Access Copyright	30–35	A. Access Copyright	30–35
B. York University	36–42	B. Université York	36–42
V. Subject Matter	43–46	V. Objet du litige	43–46
A. Coursepacks	47–52	A. Recueils de cours	47–52
B. Learning Management Systems	53–62	B. Systèmes de gestion de l'apprentissage ...	53–62
VI. Summary of Key Lay Witnesses	63	VI. Résumé des principaux témoins ordinaires	63
A. Plaintiff's Lay Witnesses	64	A. Témoins ordinaires de la demanderesse	64
(1) Roanie Levy	64	1) M ^{me} Roanie Levy	64
(2) Matthew Williams	65	2) M. Matthew Williams	65
(3) Michael Andrews	66–68	3) M. Michael Andrews	66–68
(4) Glenn Rollans	69	4) M. Glenn Rollans	69
(5) David Swail	70	5) M. David Swail	70
(6) Writers' Union	71	6) Writers' Union	71
B. Defendant's Lay Witnesses	72	B. Témoins ordinaires de la défenderesse ...	72
(1) Patricia Lynch	73–79	1) M ^{me} Patricia Lynch	73–79
(2) Professors and Administrators	80–82	2) Professeurs et administrateurs	80–82
VII. Summary of Key Expert Evidence	83	VII. Résumé du témoignage d'expert clé	83
A. General	83–86	A. Généralités	83–86
B. Sampling Issues	87–94	B. Questions d'échantillonnage	87–94
C. Plaintiff's Experts	95	C. Experts de la demanderesse	95
(1) Benoît Gauthier	95–105	1) M. Benoît Gauthier	95–105
(2) Michael Dobner	106–119	2) M. Michael Dobner	106–119
D. Defendant's Experts	120	D. Experts de la défenderesse	120
(1) Dr. Piotr Wilk	121–128	1) D ^r Piotr Wilk	121–128
(2) A. Scott Davidson	129–135	2) M. A. Scott Davidson	129–135
(3) Dustin Chodorowicz	136–143	3) M. Dustin Chodorowicz	136–143
E. Survey Evidence	144–151	E. Preuve par sondage	144–151
VIII. Key Events—Main Action	152	VIII. Principaux événements — action principale	152
A. Keele Copy Centre	153–161	A. Keele Copy Centre	153–161
B. Interim Tariff Events	162–172	B. Événements liés au tarif provisoire	162–172
IX. The Fair Dealing Guidelines Story/Key Events in the Counterclaim	173–179	IX. Historique des Lignes directrices sur l'utilisation équitable/principaux événements de la demande reconventionnelle	173–179
A. York—Publication/Copy Distribution ...	180–187	A. York — publication/distribution de copies	180–187
X. Legal Conclusions	188	X. Conclusions juridiques	188
A. Main Action—Was the Interim Tariff enforceable against York?	188	A. Action principale — le Tarif provisoire était-il opposable à York?	188
(1) Preliminary	188–193	1) Questions préliminaires	188–193

(2) Scheme of the Act	194–204	2) Esprit de la Loi	194–204
(3) Statutory Interpretation	205–220	3) Interprétation législative.....	205–220
(4) Status of Interim Tariff.....	221–245	4) Statut du Tarif provisoire.....	221–245
(5) Conclusion—Main Action	246–248	5) Conclusion — action principale	246–248
B. Counterclaim.....	249	B. Demande reconventionnelle	249
(1) General	249–263	1) Généralités	249–263
(2) The Fairness Factors	264	2) Les facteurs liés au caractère équitable.....	264
(a) The Purpose of the Dealing	264–275	a) But de l'utilisation	264–275
(b) Character of Dealing.....	276–289	b) Nature de l'utilisation	276–289
(c) Amount of the Dealing.....	290	c) Ampleur de l'utilisation	290
(i) Quantitative.....	291–295	(i) Importance quantitative.....	291–295
(ii) Qualitative	296–317	(ii) Importance qualitative.....	296–317
(iii) Conclusion on the Amount of the Dealing.....	318	(iii) Conclusion sur l'ampleur de l'utilisation.....	318
(d) Alternatives to the Dealing	319–331	d) Existence de solutions de rechange à l'utilisation	319–331
(e) Nature of the Work	332–338	e) Nature de l'œuvre	332–338
(f) Effect of the Dealing	339–355	f) Effet de l'utilisation.....	339–355
(3) Conclusion	356–357	3) Conclusion.....	356–357

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PHELAN J.:

I. Introduction

[1] This is an action by The Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) (Access) against York University (York) to enforce an Interim Tariff first issued by the Copyright Board of Canada (Copyright Board or Board) on December 23, 2010 (as subsequently varied during its term) [*Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institution Tariff, 2011-2013*], in respect to copying activities engaged in by its employees in the period September 1, 2011 to December 31, 2013.

[2] York counterclaims seeking a declaration that any reproductions made fell within the Fair Dealing Guidelines [Fair Dealing Guidelines for York Faculty

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

LE JUGE PHELAN :

I. Introduction

[1] Il s'agit d'une action engagée par The Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) (Access) contre l'Université York (York) visant à faire exécuter le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d'auteur du Canada (la Commission du droit d'auteur ou la Commission) le 23 décembre 2010 (comme il a été modifié ultérieurement pendant son mandat) [*Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013*] à l'égard d'activités exercées par ses employées consistant à faire des copies pour la période allant du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013.

[2] York a déposé une demande reconventionnelle visant à obtenir une déclaration selon laquelle les reproductions effectuées étaient visées par les Lignes

and Staff (Guidelines)] it issued and therefore constitute the exception for “[f]air dealing” under section 29 of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (Act). The declaration sought covers all reproductions of all copyright-protected works made prior to April 8, 2013 and thereafter, regardless of whether such works are part of Access’s repertoire.

[3] For ease of reference, the key provisions of the Guidelines are outlined below while the full text is attached as Schedule A:

II. FAIR DEALING GUIDELINES

1. Teaching Staff* and Other Staff** may copy, in paper or electronic form, Short Excerpts (defined below) from a copyright protected work, which includes literary works, musical scores, sound recordings, and audiovisual works (collectively, a “**Work**”) within the university environment for the purposes of research, private study, criticism, review, news reporting, education, satire or parody in accordance with these Guidelines. [Definitions omitted]
2. The copy must be a “**Short Excerpt**”, which means that it is either:

10% or less of a Work, *or*

No more than:

 - (a) one chapter from a book;
 - (b) a single article from a periodical;
 - (c) an entire artistic work (including a painting, print, photograph, diagram, drawing, map, chart and plan) from a Work containing other artistic works;
 - (d) an entire newspaper article or page,
 - (e) an entire single poem or musical score from a Work containing other poems or musical scores; *or*

directrices sur l’utilisation équitable [Lignes directrices] qu’elle avait émises et que, par conséquent, elles représentent l’exception d’« utilisation équitable » prévue à l’article 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi). La déclaration demandée couvre toutes les reproductions de toutes œuvres protégées par le droit d’auteur réalisées avant le 8 avril 2013 et par la suite, peu importe si ces œuvres font partie du répertoire d’Access.

[3] Pour en faciliter la consultation, les dispositions clés des Lignes directrices sont exposées ci-dessous, et le texte intégral est joint en tant qu’annexe A :

[TRADUCTION]

II. LIGNES DIRECTRICES SUR L’UTILISATION ÉQUITABLE

1. Le Personnel enseignant* et Autre personnel** peut reproduire, sous une forme imprimée ou électronique, de Courts extraits (définis ci-dessous) d’une œuvre protégée par le droit d’auteur, notamment des œuvres littéraires, des partitions musicales, des enregistrements sonores et des œuvres audiovisuelles (collectivement, une « **Œuvre** ») dans le milieu universitaire aux fins de recherche, d’étude privée, de critique, de compte rendu, de communication des nouvelles, d’éducation, de satire ou de parodie conformément aux présentes Lignes directrices. [Définitions omises.]
2. La reproduction doit être un « **Court extrait** », ce qui signifie :

10 % ou moins d’une œuvre, *ou*

Un maximum de :

 - a) un chapitre d’un livre;
 - b) un seul article d’un périodique;
 - c) une œuvre artistique complète (y compris un tableau, une photographie, un diagramme, un dessin, une carte, un tableau et un plan) incluse dans une œuvre qui contient d’autres œuvres artistiques;
 - d) un article de journal ou une page en entier
 - e) un seul poème ou une seule trame sonore, dans son intégralité, provenant d’une Œuvre qui contient d’autres poèmes ou trames sonores;

- (f) an entire entry from an encyclopedia, annotated bibliography, dictionary or similar reference work,

whichever is greater.

3. The Short Excerpt in each case must contain no more of the Work than is required in order to achieve the fair dealing purpose;

4. A single copy of a short excerpt from a copyright-protected work may be provided or communicated to each student enrolled in a class or course:

- (a) as a class handout;
- (b) as a posting to a learning or course management system (e.g. Moodle or Quickr) that is password protected or otherwise restricted to students of the university; or
- (c) as part of a course pack.

[4] The amount of material that this case touches upon is vast—it covers virtually all of York’s libraries and course content. The evidence was similarly vast and the case difficult and complex. But for the work of the Case Management Judge, Prothonotary Aalto, this trial would have been unmanageable despite the best efforts of counsel for the parties.

II. Issues

[5] In the main action, the issue is “whether the interim tariff issued by the Copyright Board on December 23, 2010 as amended is enforceable against York”.

In the counterclaim, the issue is “was York’s dealings fair for the purposes of s 29 of the Act”. The net effect would be that if the Interim Tariff was enforceable and royalties were therefore payable, York would be exempt from paying because of “fair dealing”.

- f) une entrée complète tirée d’une encyclopédie, d’une bibliographie annotée, d’un dictionnaire ou d’un ouvrage de référence semblable,

selon ce qui est le plus important.

3. Le Court extrait, dans chaque cas, ne doit pas contenir plus de l’œuvre que ce qui est nécessaire pour réaliser l’objectif d’utilisation équitable;

4. Une seule copie d’un court extrait d’une œuvre protégée par le droit d’auteur peut être fournie ou communiquée à chaque élève inscrit dans une classe ou à un cours :

- a) à titre de document de cours;
- b) à titre d’élément affiché sur un système de gestion de l’apprentissage ou de cours (à titre d’exemple, Moodle ou Quickr), qui est protégé par mot de passe ou autrement limité aux étudiants ou aux étudiants de l’université;
- c) à titre d’élément d’un recueil de cours.

[4] La quantité de documents visés en l’espèce est vaste — elle couvre pratiquement tout le contenu des bibliothèques et des cours de York. La preuve était tout aussi vaste et la cause, difficile et complexe. Si ce n’avait été du travail du juge chargé de la gestion de l’instance, le protonotaire Aalto, ce procès aurait été impossible à gérer malgré les meilleurs efforts des avocats des parties.

II. Questions en litige

[5] Dans l’action principale, la question en litige est de savoir [TRADUCTION] « si le Tarif provisoire émis par la Commission du droit d’auteur le 23 décembre 2010 ainsi modifié est opposable à York ».

Dans la demande reconventionnelle, la question en litige est de savoir [TRADUCTION] « si l’utilisation faite par York était équitable aux fins de l’article 29 de la Loi ». L’effet net serait que si le Tarif provisoire était exécutoire et que des redevances étaient par conséquent exigibles, York serait exemptée de paiement en raison de l’« utilisation équitable ».

[6] The trial management process set out the specific issues as follows:

A. Main Action

1. The issues relating to whether the Interim Tariff is enforceable against York are:

(a) Whether Access can sue for amounts allegedly due under the Interim Tariff, namely:

(i) Is the Interim Tariff an “approved tariff” for the purposes of subsection 68.2(1) of the *Copyright Act*?

(ii) Is the Interim Tariff otherwise enforceable pursuant to subsection 66.7(2) of the *Copyright Act* and subrule 424(2) of the *Federal Courts Rules*?

(b) Whether the Interim Tariff is voluntary, whether York can elect whether or not to operate under it, and whether it has any application to York.

(c) Whether, after August 31, 2011, any “employee” of York, “Student”, “Professor”, “Library Worker”, “volunteer”, or “other persons” (as those terms are used in the Interim Tariff) was a “Licensee” under the Interim Tariff. (It was not necessary to answer this question given the finding on York’s vicarious liability nor was the issue substantially addressed.)

2. Whether the Interim Tariff extends to acts of authorizing the reproduction of copyright-protected works falling within the ambit of the Interim Tariff.

3. Whether the activities of the professors relating to reproductions alleged to have been made by

[6] Le processus de gestion de l’instruction a énoncé les questions particulières en litige comme suit :

A. Action principale

1. Les questions ayant trait au fait de savoir si le Tarif provisoire est opposable à York sont les suivantes :

a) Access peut-elle entamer une poursuite pour recouvrer des montants qui lui sont prétendument dus en vertu du Tarif provisoire, à savoir :

i) Le Tarif provisoire est-il un « tarif homologué » aux fins du paragraphe 68.2(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*?

ii) Le Tarif provisoire est-il autrement exécutoire en vertu du paragraphe 66.7(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* et du paragraphe 424(2) des *Règles des Cours fédérales*?

b) Le Tarif provisoire est-il volontaire; York peut-elle choisir ou ne pas choisir d’exercer ses activités en vertu de celui-ci, et le Tarif provisoire est-il applicable à York?

c) Après le 31 août 2011, les « employés » de York, les « étudiants », les « professeurs », les « employés de bibliothèque », les « bénévoles » ou les « autres personnes » (selon les termes employés dans le Tarif provisoire) étaient-ils des « détenteurs de licence » aux termes du Tarif provisoire? (Il n’a pas été nécessaire de répondre à cette question étant donné la conclusion de responsabilité de York du fait d’autrui, et la question n’a pas vraiment été abordée.)

2. Le Tarif provisoire s’étend-il aux actes d’autorisation de la reproduction d’œuvres protégées par le droit d’auteur qui relèvent du champ d’application du Tarif provisoire?

3. Les activités des professeurs relatives aux reproductions qui auraient été faites par Keele Copy

Keele Copy Centre Inc. of the Schedule B Works are activities for which York is responsible.

Center Inc. des Œuvres de l'annexe B sont-elles des activités dont York est responsable?

B. Counterclaim

B. Demande reconventionnelle

4. Whether any reproductions made that fall within York's Fair Dealing Guidelines constitute fair dealing pursuant to sections 29, 29.1 or 29.2 of the *Copyright Act*.

4. Les reproductions faites qui relèvent des Lignes directrices sur l'utilisation équitable constituent-elles une utilisation équitable en vertu des articles 29, 29.1 ou 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*?

5. Whether the declaratory relief sought in subparagraphs 25(a)(i), (ii), and (iii) of York's amended statement of defence and counterclaim should be granted.

5. Le jugement déclaratoire demandé aux sous-alinéas 25a)(i), (ii) et (iii) de la défense modifiée et de la demande reconventionnelle de York devrait-il être accordé?

III. Summary of Conclusions

III. Résumé des conclusions

A. *Interim Tariff—Main Action*

A. *Tarif provisoire — action principale*

[7] The Interim Tariff is mandatory and enforceable against York. To hold otherwise would be to frustrate the purpose of the tariff scheme of the Act and the broad powers given to the Board to make an interim decision pursuant to section 66.51 of the Act, and to choose form over substance. The Act is quite specific in terms of the Board's powers in this regard:

[7] Le Tarif provisoire est obligatoire et opposable à York. Le fait de conclure autrement reviendrait à aller à l'encontre de l'objectif du régime tarifaire de la Loi et des vastes pouvoirs de la Commission de rendre une décision provisoire en application de l'article 66.51 de la Loi et à choisir que la forme l'emporte sur le fond. La Loi est très précise quant aux pouvoirs de la Commission à cet égard :

Interim decisions

Décisions provisoires

66.51 The Board may, on application, make an interim decision.

66.51 La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

[8] The Interim Tariff was imposed because of objections to the proposed final tariff governing the photocopying at York and other post-secondary educational institutions. The Interim Tariff was not published in the *Canada Gazette* (and this was one of York's principal defences against enforcement). However, all of the interested parties were already part of the process by virtue of the tariff application filed by Access (including the then-named Association of Universities and Community Colleges (AUCC), which represented the interests of York) and the parties had actual notice of the Interim Tariff by virtue of their participation in the tariff application process.

[8] Le Tarif provisoire a été imposé en raison des oppositions au projet de tarif définitif régissant la photocopie à York et à d'autres établissements d'enseignement postsecondaire. Le Tarif provisoire n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada* (ce qui constituait un des principaux moyens de défense de York à l'encontre de son application). Toutefois, toutes les parties intéressées faisaient déjà partie du processus en vertu de la demande de tarif déposée par Access (y compris Universités Canada, alors dénommée l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC), qui représentait les intérêts de York), et les parties avaient une connaissance effective du Tarif provisoire du fait de leur participation au processus de demande de tarif.

[9] In addition, public notice was effected by the Board's order to Access to post the interim decision on Access's website and take all reasonable steps to alert the community of post-secondary educational institutions of the Board's order.

[10] It is noteworthy that the Interim Tariff was never judicially reviewed. York's defence against the action for enforcement of the Interim Tariff smacked of a collateral attack on the Board's decision.

[11] In the final analysis, I find that the Interim Tariff is mandatory, not voluntary. Many factors point to the mandatory nature of the Interim Tariff including the scheme of the Act, the Act's legislative history, and the ordinary meaning of the term "tariff".

[12] York's reliance on the Supreme Court's decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 (*SODRAC*), is misplaced because the provision for tariff setting in the present case is distinct from the provisions for licence-term arbitration relevant to the *SODRAC* decision.

[13] While there are several exceptions to the Act and to the provisions governing tariff setting, including statutory defences such as "fair dealing" and exceptions for obtaining permission for reproduction, these are nevertheless exceptions to an otherwise mandatory scheme. Further, those exceptions are not applicable in these circumstances.

B. Fair Dealing—Counterclaim

[14] York's own Fair Dealing Guidelines (Guidelines) are not fair in either their terms or their application. The Guidelines do not withstand the application of the two-part test laid down by Supreme Court of Canada jurisprudence to determine this issue. The relevant provisions state:

[9] De plus, un avis public avait été donné en raison de l'ordonnance de la Commission à Access d'afficher la décision provisoire sur son site Web et de prendre toutes les mesures raisonnables pour aviser la communauté des établissements d'enseignement postsecondaire de l'ordonnance de la Commission.

[10] Il est intéressant de signaler que le Tarif provisoire n'a jamais fait l'objet d'un contrôle judiciaire. La défense de York à l'encontre de l'application du Tarif provisoire ressemble à une contestation incidente de la décision de la Commission.

[11] En dernière analyse, je conclus que le Tarif provisoire est obligatoire et non volontaire. Bon nombre de facteurs révèlent le caractère obligatoire du Tarif provisoire, y compris l'esprit de la Loi, son origine législative et le sens ordinaire à donner au terme « tarif ».

[12] Le fait que York s'est appuyée sur le jugement rendu par la Cour suprême dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 (*SODRAC*) n'est pas pertinent parce que la disposition relative à l'établissement du tarif en l'espèce est distincte des dispositions sur l'arbitrage concernant les modalités des licences qui sont pertinentes pour l'arrêt *SODRAC*.

[13] Même si la Loi et les dispositions régissant l'établissement du tarif comportent plusieurs exceptions, y compris des moyens de défense légaux comme l'« utilisation équitable » et les exceptions d'obtention de permission pour la reproduction, elles constituent néanmoins des exceptions à un régime autrement obligatoire. De plus, ces exceptions ne sont pas applicables en l'espèce.

B. Utilisation équitable — demande reconventionnelle

[14] Les propres lignes directrices de York sur l'utilisation équitable (les Lignes directrices) ne sont pas équitables, que ce soit dans leur formulation ou leur application. Les Lignes directrices ne résistent pas à l'application du critère à deux volets établi par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada pour trancher cette question. Les dispositions pertinentes énoncent ce qui suit :

Research, private study, etc.

29 Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire 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.

News reporting

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

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

Étude privée, recherche, etc.

29 L'utilisation équitable d'une oeuvre ou de tout autre 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.

Critique et compte rendu

29.1 L'utilisation équitable d'une oeuvre 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 :

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
 - (i) dans le cas d'une oeuvre, 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.

Communication des nouvelles

29.2 L'utilisation équitable d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

- a) d'une part, la source;
- b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source :
 - (i) dans le cas d'une oeuvre, 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.

[15] York’s dealing with copyrighted material satisfies part one of the test in that it falls within the enumerated activities in section 29—specifically, education, research, and private study. There is no real issue that York met the first prong of the fair dealing provision—that the photocopying was done for allowable educational purposes.

[16] This finding only in part addresses the first factor of the second part of the test—the purpose of the dealing. The remaining factors to be considered under the second part of the test are the character of the dealing, the amount of the dealing, alternatives to the dealing, the nature of the work, and the effect of the dealing.

[17] In respect of the “character of the dealing” factor, the Court finds that the better measure of the dealing is the overall number of exposures (as per Gauthier’s evidence) rather than the number of exposures per full-time equivalent (FTE) student (as per Wilk’s evidence). The FTE evidence suffered from significant reliability concerns.

Further, the FTE evidence is less useful because (a) the data is not sufficiently disaggregated to draw conclusions about smaller sub-groups and (b) it would obscure the Court’s perspective to focus only on the copying per FTE rather than the entire amount of copying done at York.

[18] The character of the dealing factor is not particularly helpful on its own, but it becomes more meaningful when considered together with the other fairness factors. However, this wide-ranging, large volume copying tends toward unfairness.

[19] Under the factor of the “amount of the dealing”, the Court had to consider how much of a work was copied and whether the delineated allowable amount or “threshold” under the Guidelines (10 percent of a book

[15] L’utilisation du matériel protégé par le droit d’auteur par York satisfait au premier volet du critère en ce sens qu’elle s’inscrit dans les activités énumérées à l’article 29 — plus précisément, l’éducation, la recherche et l’étude privée. Le fait que York satisfait au premier élément de la disposition sur l’utilisation équitable n’est pas en litige — les photocopies ont été faites aux fins éducatives énumérées.

[16] Cette conclusion n’aborde qu’en partie le premier facteur du deuxième volet du critère — la fin de l’utilisation. Les autres facteurs à retenir en ce qui concerne le deuxième volet du critère sont la nature de l’utilisation, l’ampleur de l’utilisation, l’existence de solutions de rechange à l’utilisation, la nature de l’œuvre et l’effet de l’utilisation.

[17] Pour ce qui est du facteur de la « nature de l’utilisation », la Cour conclut qu’une meilleure façon de mesurer l’utilisation est le nombre total de copies (selon le témoignage de M. Gauthier) plutôt que le nombre de copies par étudiant équivalent temps plein (ETP) (selon le témoignage de M. Wilk). Les éléments de preuve relatifs aux ETP comportaient d’importantes lacunes en matière de fiabilité.

Qui plus est, ces éléments de preuve sont moins utiles, car a) les données ne sont pas suffisamment ventilées pour tirer des conclusions relativement à des sous-groupes de plus petite taille et b) ils occulteraient le point de vue de la Cour pour uniquement se concentrer sur le nombre de copies produites par ETP plutôt que le nombre total de copies produites à York.

[18] Le facteur de la nature de l’utilisation n’est pas particulièrement utile en tant que tel, mais il devient plus significatif lorsqu’il est examiné conjointement avec les autres facteurs liés au caractère équitable. Toutefois, cette reproduction de grande envergure et en important volume tend vers le caractère inéquitable.

[19] Aux termes du facteur de l’« ampleur de l’utilisation », la Cour devait examiner la quantité de l’œuvre copiée et la question de savoir si la quantité autorisée délimitée ou le « seuil » en vertu des Lignes directrices

or articles in a journal, etc.) is fair. This was a core area of focus in this case.

[20] Quantitatively, the Guidelines set these fixed and arbitrary limits on copying (thresholds) without addressing what makes these limits fair. The fact that the Guidelines could allow for copying of up to 100 percent of the work of a particular author, so long as the copying was divided up between courses, indicates that the Guidelines are arbitrary and are not soundly based in principle.

[21] An example suffices to illustrate. The classic story, *The Hockey Sweater*, would benefit from copyright protection if it was copied on its own, but is deprived of protection if it is copied from an anthology. The Guidelines make an arbitrary distinction for protection based on the format of publication.

York has not satisfied the fairness aspect of the quantitative amount of the dealing. There is no explanation why 10 percent or a single article or any other limitation is fair.

[22] Qualitatively, the parts copied can be the core of an author's work, even to the extent of 100 percent of the work. No explanation is given for this provision of the Guidelines. This is equally as unfair as the quantitative aspect.

[23] In regards to "alternatives to the dealing", York has not made out a case that there are no alternatives to its dealing. The dealing at issue includes copying entire required course readings (coursepacks) without compensation to the author or publisher, simply because such copying can be done digitally with the product residing in a computer database rather than on the stacks in a library.

(10 p. 100 d'un livre ou d'un article publié dans une revue, etc.) sont équitables. Il s'agissait du cœur des questions sur lesquelles la Cour s'est penchée en l'espèce.

[20] De manière quantitative, les Lignes directrices ont établi ces limites fixes et arbitraires sur la reproduction (seuils) sans aborder ce qui les rend équitables. Le fait que les Lignes directrices pouvaient permettre de copier jusqu'à 100 p. 100 de l'œuvre d'un auteur particulier, tant que la copie était divisée entre différents cours, indique que les Lignes directrices sont arbitraires et ne sont pas bien fondées en principe.

[21] Il suffit d'un exemple pour en faire l'illustration. L'ouvrage classique intitulé « *Le Chandail de hockey* » serait protégé par le droit d'auteur s'il était reproduit en tant que tel, mais il serait privé de protection dans le cas d'une reproduction à partir d'une anthologie. Les Lignes directrices établissent une distinction arbitraire lorsque la protection se fonde sur le format de la publication.

York n'a pas satisfait au caractère équitable de l'ampleur de l'utilisation en ce qui a trait à l'aspect quantitatif. Elle n'a pas expliqué pourquoi 10 p. 100 d'une œuvre, un seul article ou toute autre limitation sont équitables.

[22] Sur le plan qualitatif, les parties copiées peuvent constituer le cœur de l'œuvre d'un auteur, et même jusqu'à 100 p. 100 de l'œuvre. Aucune explication n'a été donnée relativement à cette disposition des Lignes directrices. Ce point est tout aussi inéquitable que l'aspect quantitatif.

[23] À l'égard de l'« existence de solutions de rechange à l'utilisation », York n'a pas fait la preuve qu'il n'existe pas de solutions de rechange à son utilisation. L'utilisation en question comprend la reproduction intégrale de lectures obligatoires pour un cours (recueils de cours) sans que l'auteur ou l'éditeur soit compensé, simplement parce qu'une telle reproduction peut être faite sur format numérique et que le produit demeure dans une base de données informatique plutôt que sur les rayons d'une bibliothèque.

[24] The justification of cheaper access cannot be a determinative factor, since in that respect it is always better for users to get for free that which they have had to pay for in the past.

[25] The effect of the dealing on the market is complicated in this case. It is almost axiomatic that allowing universities to copy for free that which they previously paid for would have a direct and adverse effect on writers and publishers. In terms of a more thorough analysis of those impacts, I prefer the expert evidence of Dobner over that of Chodorowicz and Davidson, whose evidence did not survive cross-examination. Dobner's evidence shows the nature and extent of the adverse impacts.

[26] The question of impacts on the market from a broader perspective is more complicated because of the multitude of factors impacting publication generally. This whole field is in flux with the transition over the last decade to digitalization, increased peer-to-peer sharing, and the use of databases and programs as a means of distributing materials to students (such as Moodle). It would be impossible to isolate each factor and separately weigh its contribution to market impacts. It is sufficient here for Access to prove, as it has, that the market for the works (and physical copying thereof) has decreased because of the Guidelines, along with other factors. It is also sufficient for Access to establish, as it did, that copying done under the Guidelines is likely to compete in the market for the original works.

[27] These negative impacts, from both a narrow and broader perspective, further point to the unfairness of York's dealing.

[28] A further and final factor of the fairness of the Guidelines is that York has made no real effort to review, audit, or enforce its own Guidelines. As became evident, educational efforts on setting their copyright rules are insufficient because there was no effective compliance mechanism. Even professors operating outside of the

[24] La justification de l'accès à moindre coût ne peut pas être un facteur déterminant, parce qu'à cet égard, il est toujours mieux pour les utilisateurs de recevoir gratuitement ce qu'ils avaient à payer par le passé.

[25] L'effet de l'utilisation sur le marché est compliqué en l'espèce. Il est presque évident que le fait de permettre aux universités de copier gratuitement ce qu'elles devaient précédemment payer aurait un effet direct et défavorable sur les auteurs et les éditeurs. Je préfère l'analyse plus rigoureuse de ces répercussions du témoignage d'expert de M. Dobner à celle de M. Chodorowicz et de M. Davidson, dont la preuve n'a pas survécu au contre-interrogatoire. Le témoignage de M. Dobner démontre la nature et l'étendue des répercussions négatives.

[26] La question des répercussions sur le marché d'un point de vue plus large est plus compliquée en raison de multiples facteurs influant sur l'édition en général. Tout ce secteur est en évolution en raison de la transition vers la numérisation de la dernière décennie, l'augmentation du partage de fichiers de poste à poste et l'utilisation des bases de données et des programmes comme moyens de distribuer du matériel aux étudiants (comme Moodle). Il serait impossible d'isoler chaque facteur et de pondérer séparément sa contribution aux répercussions sur le marché. Il suffit ici à Access de prouver, comme elle l'a fait, que le marché pour les œuvres (et la reproduction physique de celles-ci) a diminué en raison des Lignes directrices et d'autres facteurs. Il suffit aussi à Access d'établir, comme elle l'a fait, que la reproduction effectuée en vertu des Lignes directrices fera vraisemblablement concurrence dans le marché des œuvres originales.

[27] Ces répercussions négatives, d'un point de vue étroit et large, renforcent l'argument de caractère inéquitable de l'utilisation faite par York.

[28] Un autre facteur définitif du caractère équitable des Lignes directrices est que York n'a fait aucun effort réel pour réviser, vérifier ou voir au respect de ses propres Lignes directrices. Comme il est devenu évident, les efforts déployés par les établissements d'enseignement pour établir leurs règles sur le droit d'auteur sont

Guidelines are not held accountable. The complete abrogation of any meaningful effort to ensure compliance with the Guidelines—as if the Guidelines put copyright compliance on autopilot—underscores the unfairness of York’s Guidelines.

[29] These points are discussed more fully in the body of these reasons.

IV. The Parties

A. *Access Copyright*

[30] Access is a collective society under the Act. It administers the reproduction rights of copyright in published literary works in Canada, except for the province of Quebec, on behalf of creators and publishers that hold copyright in those works.

[31] The *Copyright Act*, R.S.C. 1970, c. C-30 (the 1970 Act) and its predecessor legislation provided for the collective administration of performance rights, one of three copyrights covered by the Act. The other two copyrights, the right to reproduce a work and the right to communicate a work to the public, were excluded from collective administration.

[32] Section 48 of the 1970 Act provided that the performing rights society (PRS) was required to file lists of the works in respect of which it had authority to issue or grant performing licences. The respective PRS was required to file, with the then Minister of Consumer and Corporate Affairs, statements of fees, charges, and royalties that it proposed to collect in exchange for the issuance or grant of licences for the performance of works in Canada.

[33] Access licenses the reproduction of published works in its repertoire (effectively its copyrighted holdings) to users of the works, collects license fees from users, and distributes royalties to creators and publishers.

insuffisants en raison de l’absence de mécanisme efficace pour faire respecter ces règles. Même les professeurs qui exercent des activités sans appliquer les Lignes directrices ne sont pas tenus responsables. L’absence totale d’effort significatif pour garantir le respect de ces Lignes directrices — comme si les Lignes directrices mettaient le respect du droit d’auteur en mode autopilote — renforce le caractère inéquitable des Lignes directrices de York.

[29] Ces points sont plus amplement détaillés dans le corps de ces motifs.

IV. Les parties

A. *Access Copyright*

[30] Access est une société de gestion en vertu de la Loi. Elle administre les droits de reproduction associés aux droits d’auteur pour les œuvres littéraires publiées au Canada, à l’exception de la province de Québec, au nom des créateurs et des éditeurs qui sont détenteurs de droits d’auteur à l’égard de ces œuvres.

[31] La *Loi sur le droit d’auteur*, S.R.C. 1970, ch. C-30 (la Loi de 1970) et la législation antérieure prévoyaient la gestion collective des droits d’exécution, un des trois droits d’auteur protégés par la Loi. Les deux autres droits d’auteur — le droit de reproduction d’une œuvre et le droit de communication d’une œuvre au public — étaient exclus de la gestion collective.

[32] En vertu de l’article 48 de la Loi de 1970, la société de perception devait déposer des listes d’œuvres à l’égard desquelles elle avait l’autorité de délivrer ou de concéder des licences d’exécution. La société de gestion du droit d’exécution publique concernée devait déposer, auprès du ministre de la Consommation et des Affaires commerciales d’alors, des déclarations des frais, des droits et des redevances qu’elle proposait de percevoir en échange de la délivrance ou de l’octroi de licences d’exécution des œuvres au Canada.

[33] Access concède des licences de reproduction des œuvres publiées de son répertoire (en fait, les œuvres détenues protégées par un droit d’auteur) aux utilisateurs des œuvres, perçoit les droits de licence auprès

[34] In addition, Access receives authorization to administer reproduction rights through affiliation agreements with Canadian creators and publishers and through bilateral agreements with similar PRSs in other countries and in Quebec.

[35] Access's role is to license the right to copy a work in its repertoire. It does not provide actual access to any published works or collect royalties which are generally done through licensees which are then remitted to Access.

B. *York University*

[36] York is a university established by the Legislative Assembly of the province of Ontario under *The York University Act, 1959* [S.O. 1959, c. 145] and continued under *The York University Act, 1965* [S.O. 1965, c. 143].

[37] York is the second largest university in Ontario and the third largest university in Canada, with 11 different faculties covering undergraduate, post-graduate, and professional fields of education located at two campuses in Toronto: Keele Campus and Glendon Campus.

[38] York runs on an academic year basis, from September in one year to August in the next. There are three semesters: Fall, Winter, and Summer. Courses are usually run for a semester or they may be run on a "full year" basis, which is September to April (two semesters).

York uses a credit system—a semester course is three credits and a full load for an undergraduate student is 30 credits over two semesters in the academic year.

des utilisateurs et distribue des redevances aux créateurs et aux éditeurs.

[34] En outre, Access est autorisée à administrer les droits de reproduction au moyen d'ententes d'affiliation avec les créateurs et les éditeurs canadiens et au moyen d'ententes bilatérales avec des sociétés de perception semblables dans d'autres pays et au Québec.

[35] Le rôle d'Access est de concéder des licences autorisant à reproduire une œuvre faisant partie de son répertoire. Elle ne donne pas un accès absolu aux œuvres publiées et ne perçoit aucune redevance, ce qui est généralement effectué par l'intermédiaire de détenteurs de licences qui les remettent alors à Access.

B. *Université York*

[36] L'Université York, constituée par l'Assemblée législative de la province de l'Ontario en vertu de *The York University Act, 1959* [S.O. 1959, ch. 145], a poursuivi ses activités aux termes de *The York University Act, 1965* [S.O. 1965, ch. 143].

[37] York est la deuxième université en importance en Ontario et la troisième université en importance au Canada, possédant 11 facultés différentes offrant des programmes d'enseignement de premier, de deuxième ou de troisième cycle ou de formation professionnelle à partir de deux campus situés à Toronto, à savoir le campus Keele et le campus Glendon.

[38] Les activités de York sont menées en fonction d'une année universitaire allant du mois de septembre d'une année au mois d'août de l'année suivante. On compte trois sessions : la session d'automne, d'hiver et d'été. Les cours sont habituellement donnés sur une session, mais peuvent l'être aussi sur une « année entière », à savoir de septembre à avril (deux sessions).

York utilise un système de crédits — un cours donné sur une session donne trois crédits, et un étudiant de premier cycle à temps plein a habituellement une charge de cours de 30 crédits répartis sur deux sessions au cours de l'année universitaire.

[39] Between 2008 and 2014, the number of undergraduate and graduate students at York ranged from 51 989 in 2008 to a high of 54 590 in 2012 to 52 879 in 2014.

[40] An important metric both in this case and in educational reporting each year to the Ontario Ministry of Training, Colleges and Universities for funding purposes is the number of FTEs for undergraduate and graduate students.

Because of the method of calculation of FTEs, which accounts for the number of York students who do not carry a full course load, the total number of FTEs is typically lower than the total number of students at York in any given year.

[41] Between 2008-2009 and 2014-2015, the total FTEs in each respective academic year ranged from 45 383 to 48 967.

[42] In regard to teaching staff, which consisted of full-time faculty and contract/part-time members, the full-time faculty fluctuated between 1 528 and 1 465 over the 2008-2014 period, and contract/part-time faculty ranged from 1 774 to 1 582 over that same period.

V. Subject Matter

[43] The subject matter of this litigation is the new methods of distributing published materials to students. Generally, gone is the single textbook for a course, gone is pulling books and publications from library stacks, and gone is finding a way to pay for photocopying at library run photocopiers. In part, this case involves the intersection of traditional copying with the digital world.

[44] At York, courses may be comprised of lectures, labs, and/or tutorials. For a large enrolment course, it may be offered in more than one section and taught by different instructors.

[39] Entre les années 2008 et 2014, le nombre d'étudiants de premier et de deuxième cycles variait de 51 989 étudiants en 2008 à 54 590 étudiants en 2012 et 52 879 étudiants en 2014.

[40] Une unité de mesure importante en l'espèce et dans les rapports soumis sur une base annuelle au ministère de la Formation, des Collèges et Universités de l'Ontario aux fins de financement est le nombre d'ETP relatif aux étudiants de premier et de deuxième cycles.

En raison de la méthode de calcul des ETP, qui tient compte du nombre d'étudiants de York qui n'ont pas une charge de cours à temps plein, le nombre total d'ETP est habituellement moins élevé que le nombre total d'étudiants à York au cours d'une année donnée.

[41] Entre les années 2008-2009 et 2014-2015, le total d'ETP pour chaque année universitaire respective variait de 45 383 à 48 967.

[42] En ce qui concerne le personnel enseignant, composé d'enseignants à temps plein et d'enseignants sous contrat ou à temps partiel, le nombre de membres du corps professoral à temps plein a fluctué entre 1 528 et 1 465 au cours de la période 2008-2014 et le nombre de membres sous contrat ou à temps partiel a varié de 1 774 à 1 582 au cours de la même période.

V. Objet du litige

[43] L'objet du litige est la nouvelle méthode de distribution de matériel publié aux étudiants. De façon générale, il n'y a plus de manuel scolaire unique pour un cours, plus de consultation de livres ou de publications à partir des rayons d'une bibliothèque et plus de recherche de moyens de payer les photocopies aux photocopieurs exploités par une bibliothèque. Cette cause implique en partie le recoupement de la reproduction traditionnelle avec le monde numérique.

[44] À York, les cours se donnent sous forme de cours magistraux, de laboratoires ou de cours individuels. Un cours pour lequel les inscriptions sont nombreuses peut être offert dans plus d'une section et être donné par différents instructeurs.

[45] Consistent with the principle of academic freedom, instructors choose the materials to be used in their courses. Typically, these materials include books, journal articles, newspaper articles, portions from collections of works, encyclopaedia, music, video, film, software, data sets, and other published materials. Key forms of published materials are the “printed course-pack” and the “learning management system”.

[46] While books to be used are generally purchased by students at the university bookstore, much of the other material used for teaching is licensed to York’s various libraries by authors, publishers, PRSs, and other libraries.

A. Coursepacks

[47] A coursepack is a bound compilation of materials selected by the instructors and made available to students. It often contains a course outline or syllabus, course notes, and course materials such as excerpts from books, journal articles, and other miscellaneous materials.

[48] During the period covered by this litigation, coursepacks used by York students were produced internally at York by the University Printing Services or externally at third party print shops which were supposed to be licensed by Access. As evidenced in this case, that was not always the case and some instructors went to a non-licensed print shop, Keele Copy Centre (Keele), for which no sanctions were imposed by the York administration. This is the foundation for Access’s claim that York breached Access’s Interim Tariff.

[49] However, York instructors generally used internal print shops that were licensed by Access and for which Access is paid royalties on materials in their repertoire. These authorized print shops invoice York directly for the coursepacks.

[45] Conformément au principe de la liberté universitaire, les instructeurs choisissent le matériel qui doit être utilisé dans leurs cours. Ce matériel comprend habituellement des livres, des articles de revues ou de journaux, des parties de recueils d’œuvres, des encyclopédies, de la musique, des vidéos, des films, des logiciels et d’autre matériel publié. Le matériel publié prend principalement la forme de « recueils de cours en version papier » et de « systèmes de gestion de l’apprentissage ».

[46] Même si les livres utilisés doivent généralement être achetés par les étudiants auprès de la librairie universitaire, la plus grande partie de l’autre matériel utilisé aux fins d’enseignement est concédé par licence aux différentes bibliothèques de York par les auteurs, les éditeurs, les sociétés de perception et les autres bibliothèques.

A. Recueils de cours

[47] Un recueil de cours est une compilation de documents reliés choisis par les instructeurs et mis à la disposition des étudiants. Il comprend souvent un plan ou un descriptif de cours, des notes de cours et du matériel de cours comme des extraits de livres, d’articles, de journaux et d’autres documents variés.

[48] Au cours de la période visée par le présent litige, les recueils de cours utilisés par les étudiants de York étaient produits à l’interne par les services d’impression universitaire ou à l’externe par des ateliers d’impression tiers qui étaient censés détenir une licence d’Access. Comme l’a démontré les éléments de preuve en l’espèce, cela n’était pas toujours le cas, et certains instructeurs ont fait appel à un atelier d’impression ne détenant pas de licence, Keele Copy Centre (Keele), auquel aucune sanction n’a été imposée par l’administration de York. Cela constitue le fondement de la réclamation d’Access selon laquelle York a contrevenu au Tarif provisoire.

[49] Toutefois, les instructeurs de York ont généralement fait appel aux ateliers d’impression internes détenant une licence d’Access et desquels Access a perçu des redevances sur le matériel figurant à son répertoire. Ces ateliers d’impression autorisés facturaient York directement pour les recueils de cours.

[50] After August 31, 2011, when York “opted out” of Access’s Interim Tariff, York also used another Access licensed print shop, Gilmore, to produce coursepacks.

[51] In the usual manner, coursepacks produced at York or by Gilmore are ordered through York’s Copyright Clearance Centre (York’s CCC), which is an organization within the university’s Printing Services unit.

[52] In the past, the instructors gave the York CCC the full bibliographic details of the materials made from the coursepack and the CCC was supposed to take over from there. In that regard, the CCC determines the licence status of the materials, obtains transactional licences where necessary, and/or contacts copyright owners or copyright licensing organizations to obtain the necessary permissions. If the CCC cannot obtain timely approvals, it is supposed to send the coursepacks to Gilmore for production and payment to Access where appropriate or obtain transactional licences for materials not in Access’s repertoire.

B. *Learning Management Systems*

[53] Instructors may choose to use a learning management system (LMS) provided by York.

[54] An LMS is a software platform by which an instructor can organize certain course materials and make them available to students electronically. An LMS may also provide various functionalities to facilitate learning, including a calendar system for assignment due dates, discussion forums, portals for the submission of assignments, and means for returning graded assignments and for accessing York Libraries’ electronic resources and catalogue. York has been using LMSs since approximately 2000.

[50] À partir du 31 août 2011, lorsque York s’est « soustraite » au Tarif provisoire d’Access, York a également fait appel aux services d’un autre atelier d’impression détenteur de licence, Gilmore, pour produire les recueils de cours.

[51] En temps normal, les recueils de cours produits à York ou par Gilmore sont commandés auprès du Copyright Clearance Centre (le CCC) de York, une organisation faisant partie de l’unité des services d’impression de l’université.

[52] Par le passé, les instructeurs donnaient au CCC de York les détails bibliographiques intégraux du matériel utilisé dans le recueil de cours, et le CCC était censé prendre la relève à partir de ce moment-là. À cet égard, le CCC établit le statut du matériel à l’égard des licences, obtient des licences transactionnelles, le cas échéant, ou communique avec les détenteurs de droit d’auteur ou les sociétés de gestion de droit d’auteur afin d’obtenir les autorisations nécessaires. Si le CCC ne peut pas obtenir les autorisations en temps opportun, il est censé envoyer les recueils de cours à Gilmore pour être produits ainsi qu’un paiement à Access dans les cas appropriés, ou encore, obtenir les licences transactionnelles pour le matériel qui ne fait pas partie du répertoire d’Access.

B. *Systèmes de gestion de l’apprentissage*

[53] Les instructeurs peuvent choisir d’utiliser un système de gestion de l’apprentissage (SGA) offert par York.

[54] Un SGA est une plateforme logicielle par laquelle un instructeur organise certains documents de cours et les rend disponibles aux étudiants par voie électronique. Un SGA offre également diverses fonctionnalités pour faciliter l’apprentissage, notamment un système de calendrier des dates d’échéance des devoirs, des forums de discussion, des portails pour la remise des devoirs et des moyens de transmettre les devoirs lorsqu’ils ont été notés et d’avoir accès aux ressources électroniques et au catalogue des bibliothèques de York. York a recours aux SGA depuis environ l’an 2000.

[55] Each course and course section has its own site on an LMS. While an LMS site can be made available to each course and course section offered by York, use of an LMS is optional and not all instructors choose to use an LMS for their courses.

[56] While there are different LMSs, the most common LMS platform used at York is called Moodle. Moodle currently accounts for over 70 percent of all LMS course sites at York. By the end of Summer 2016, it was anticipated that Moodle would account for approximately 92 percent of all LMS course sites at York.

[57] An LMS provides instructors with the ability to post course materials in various digital formats (such as PDF, Word documents, PowerPoint slides, image files, audio files, video files, etc.) for access by students enrolled in their courses. An LMS also allows instructors to create links to electronic resources, including resources licensed by York's libraries and materials on the Internet, to direct students to pertinent materials.

[58] While York says that it has developed a number of safeguards to ensure that materials on an LMS are only accessible by authorized users, York has no monitoring or enforcement mechanisms to address compliance with copyright laws or even its own policies.

[59] As the Director of Information, Privacy and Copyright at York, Patricia Lynch, confirmed, her initial role included compliance monitoring and enforcement and this was changed in that monitoring and enforcement were deleted. York developed an educational program for faculty and staff to deal with copyright, as well as some other not very effective procedures. It developed a "copyright attestation" requirement to remind instructors, staff, and students of the importance of complying with copyright guidelines when using an LMS. In as early as July 2012, some LMSs required instructors to agree to comply with copyright guidelines before

[55] Chaque cours et chaque section de cours possède son propre site sur un SGA. Même s'il est possible d'avoir recours à un SGA pour chaque cours ou chaque section de cours offerts par York, leur utilisation est facultative, et tous les instructeurs ne choisissent pas d'utiliser un pour leurs cours.

[56] Même s'il y a différents SGA, la plateforme de SGA utilisée le plus couramment à York est appelée Moodle. Moodle compte actuellement plus de 70 p. 100 de tous les sites de cours sur SGA à York. Il était prévu qu'à la fin de l'été 2016, Moodle compterait pour environ 92 p. 100 de tous les sites de cours sur SGA à York.

[57] Un SGA permet aux instructeurs d'afficher du matériel de cours dans des formats numériques variés (comme des PDF, des documents Word, des diapositives PowerPoint, des fichiers d'image, des fichiers audio, des fichiers vidéo, etc.) pour que les étudiants inscrits dans leurs cours puissent y avoir accès. Un SGA permet aussi aux instructeurs de créer des liens vers des ressources électroniques, y compris les ressources pour lesquelles les bibliothèques ont concédé une licence ainsi que du matériel sur Internet, dans le but d'orienter les étudiants vers du matériel pertinent.

[58] Même si York affirme avoir élaboré un certain nombre de mesures de sauvegarde pour assurer que le matériel se trouvant sur un SGA n'est accessible qu'aux utilisateurs autorisés, elle ne possède aucun mécanisme de surveillance ou de mise à exécution pour garantir le respect des lois sur le droit d'auteur ou même de ses propres politiques.

[59] Patricia Lynch, à titre de directrice des renseignements, de la vie privée et du droit d'auteur à York, a confirmé que son rôle initial comprenait la surveillance et de mise à exécution de la conformité, mais que ce rôle a été modifié lorsque les volets de surveillance et de mise à exécution ont été supprimés. York a mis au point un programme de formation destiné aux enseignants et au personnel afin de gérer le droit d'auteur ainsi que d'autres procédures plutôt inefficaces. Elle a établi une exigence de « certification en droit d'auteur » pour rappeler aux instructeurs, au personnel et aux étudiants l'importance de respecter les lignes directrices sur le

gaining access to their course sites. And since the Fall of 2013, users (including instructors and students) cannot gain access to Moodle course sites until they agree to comply with York's copyright guidelines.

[60] It is not completely accurate to say that York ignored copyright. It did set up programs where instructors and students agreed to copy within York's copyright guidelines and it did initiate procedures on Moodle sites to remind users of copyright obligations. However, there was no evidence that any of these actions were effective.

[61] York's Copyright Support Office (CSO) was created in 2013 and provided copyright support services to instructors and staff in all faculties, including services with respect to the review and preparation of course materials for an LMS and the provision of information sessions.

[62] Some of the services provided by the CSO are assistance to instructors and their support staff in identifying the copyright status of the course materials they wish to upload to their course sites, reviewing course materials for copyright compliance, and securing transactional licences from copyright owners and copyright licensing organizations for posting materials on course sites. But, as noted earlier, compliance monitoring and enforcement were not part of the CSO's role, nor of anyone else's role.

VI. Summary of Key Lay Witnesses

[63] It is not the Court's intention to summarize all of the evidence heard in this case, but rather to highlight some of the key elements heard by the Court. More specific findings are made throughout these reasons.

droit d'auteur en utilisant un SGA. Dès juillet 2012, certains SGA exigeaient que les instructeurs s'engagent à respecter les lignes directrices sur le droit d'auteur avant d'obtenir l'accès à leurs sites de cours. De plus, depuis l'automne 2013, les utilisateurs (notamment les instructeurs et les étudiants) ne peuvent obtenir l'accès aux cours sur Moodle avant de s'être engagés à respecter les lignes directrices de York sur le droit d'auteur.

[60] Il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que York faisait fi du droit d'auteur. Elle a établi des programmes en vertu desquels les instructeurs et les étudiants s'engageaient à effectuer des copies, tout en respectant les lignes directrices de York sur le droit d'auteur, et elle a instauré des procédures sur les sites Moodle pour rappeler aux utilisateurs leurs obligations en matière de respect du droit d'auteur. Toutefois, aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer l'efficacité de ces actions.

[61] Créé en 2013, le bureau de soutien en matière de droit d'auteur (BSDA) de York offrait des services de soutien en matière de droit d'auteur aux instructeurs et au personnel de toutes les facultés, y compris des services liés à l'examen et à la préparation de matériel de cours pour un SGA et l'offre de séances d'information.

[62] Certains des services offerts par le BSDA sont la prise en charge des instructeurs et de leur personnel de soutien dans la détermination du statut des droits d'auteur du matériel de cours qu'ils souhaitent télécharger sur les sites de leurs cours, l'examen de matériel de cours quant à leur respect du droit d'auteur et l'obtention de licences transactionnelles des détenteurs de droit d'auteur et des sociétés de gestion de droit d'auteur pour l'affichage de matériel sur les sites de cours. Mais comme il a été observé plus tôt, la surveillance et la mise à exécution de la conformité ne faisaient pas partie du rôle du BSDA ni de celui d'aucune autre personne.

VI. Résumé des principaux témoins ordinaires

[63] La Cour n'a pas l'intention de résumer tous les éléments de preuve présentés en l'espèce; elle soulignera plutôt certains éléments clés entendus. Des conclusions plus détaillées sont articulées tout au long des motifs.

A. Plaintiff's Lay Witnesses

(1) Roanie Levy

[64] Roanie Levy, Executive Director of Access, testified generally as to the objectives and operations of Access including its organizational structure. She explained the importance of the educational sector to the writers and publishers for whom Access acts. She also outlined the impact of York's refusal (and the refusal of other universities who were acting similarly) to abide by the Interim Tariff and to pay the substantial amounts said to be owing. Her evidence was unshaken by cross-examination. The history of the relationship between Access and York is discussed later in these reasons.

(2) Matthew Williams

[65] Matthew Williams, Vice-President of Publishing Operations at House of Anansi Press and Groundwood Books, appeared also in his capacity as President of the Association of Canadian Publishers. His corporate evidence related primarily to trade bookstores rather than education; however, he gave evidence on behalf of the Association and particularly on the impact of the York Guidelines in reducing revenues for publishers. In cross-examination he showed how royalties to Anansi had been declining, particularly at York (details of which were given in confidence). His evidence also underscored the changes in the publishing world from traditional books to e-books.

(3) Michael Andrews

[66] Along the same lines but with greater experience, Michael Andrews, Senior Vice-President and Chief Financial Officer of Nelson Education and Interim CEO, gave evidence which was particularly germane and balanced. Nelson Education is Canada's largest educational publisher for grades K–12 and higher education. Some

*A. Témoins ordinaires de la demanderesse*1) M^{me} Roanie Levy

[64] M^{me} Roanie Levy, directrice générale d'Access, a témoigné de façon générale au sujet des objectifs et des activités d'Access, notamment sa structure organisationnelle. Elle a expliqué l'importance du secteur éducatif pour les auteurs et les éditeurs pour lesquels Access agit. Elle a également souligné les répercussions du refus de York (et du refus d'autres universités agissant de façon semblable) de respecter le Tarif provisoire et de verser des montants importants qui seraient exigibles. Le témoignage qu'elle a livré n'a pas été ébranlé par le contre-interrogatoire. L'historique de la relation entre Access et York est traité plus loin dans ces motifs.

2) M. Matthew Williams

[65] M. Matthew Williams, vice-président des activités d'éditions à House of Anansi Press et Groundwood Books, a également témoigné à titre de président de l'Association of Canadian Publishers. Les éléments de preuve relatifs à ses activités professionnelles qu'il a présentés concernaient principalement le secteur des librairies plutôt que le secteur éducatif; toutefois, il a témoigné pour le compte de l'Association of Canadian Publishers, notamment en ce qui a trait aux répercussions des Lignes directrices de York sur la réduction des revenus des éditeurs. Lors de son contre-interrogatoire, il a démontré la façon dont les redevances versées à Anansi ont diminué, plus particulièrement à York (détails qui ont été donnés à titre confidentiel). Son témoignage a également fait état des changements survenus dans le monde de l'édition depuis la transition des livres traditionnels vers les livres numériques.

3) M. Michael Andrews

[66] Dans le même ordre d'idées, mais avec plus d'expérience, M. Michael Andrews, vice-président principal et directeur financier de Nelson Education et chef de la direction par intérim, a livré un témoignage particulièrement pertinent et équilibré. Nelson Education est la plus importante maison d'édition scolaire pour les niveaux

of the details of the financial aspects of the business are confidential and need not be repeated here. Higher education was a significant part of the company's business.

In describing post-secondary educational products, he divided them into three groups—indigenous (Canadian origin or Canadianization by adaptation of another country's work), agency (another country's work unchanged), and custom (bringing different chapters together to create what a professor requires).

[67] He described how the higher education market had been in decline for at least five years. Illegal sites and peer-to-peer sharing, plus copying done by professors in coursepacks and Moodle, have contributed to this decline. While coursepacks for professors contributed to the decline in publication, the relationship with professors is complex because professors are also the authors of materials published by publishers such as Nelson.

[68] Importantly, Andrews' evidence of the decline in Access's revenues and the adverse impact on this educational publisher is consistent with the expert evidence called by Access (including, to some extent, the survey evidence filed). Also importantly, he admitted that conversion to new digital products would happen with or without fair dealing guidelines—that this is a market reality.

(4) Glenn Rollans

[69] Glenn Rollans, Co-owner of Brush Education (an independent higher education publisher), President of the Book Publishers Association of Alberta, and Vice-President of the Association of Canadian Publishers, gave similar evidence of the decline in Canadian educational publishing and the impact of changing technology.

de la maternelle à la 12^e année et l'enseignement supérieur. Certains détails concernant les aspects financiers de l'entreprise sont confidentiels et ne doivent pas être reproduits ici. L'enseignement supérieur constitue une grande partie du chiffre d'affaires de l'entreprise.

Dans sa description des produits relatifs à l'enseignement postsecondaire, il les a divisés en trois groupes — le groupe autochtone (les produits d'origine canadienne ou les produits d'un autre pays ayant été adaptés au marché canadien), le groupe intermédiaire (les produits d'un autre pays n'ayant pas été adaptés) et le groupe personnalisé (rassemblant différents chapitres afin de créer ce qu'un professeur exige).

[67] Il a décrit la façon dont le marché de l'enseignement supérieur a décliné depuis au moins cinq ans. Les sites illégaux et le partage de poste à poste, en plus des reproductions effectuées par les professeurs dans les recueils de cours et Moodle, ont contribué à ce déclin. Alors que les recueils de cours pour les professeurs ont contribué au déclin dans l'édition, la relation avec les professeurs est complexe, car ce sont eux qui sont aussi les auteurs du matériel publié par les maisons d'édition comme Nelson.

[68] Il est important de soulever que le témoignage de M. Andrews concernant le déclin des revenus d'Access et les répercussions défavorables sur cette maison d'édition scolaire est compatible avec le témoignage d'expert d'Access (y compris, dans une certaine mesure, la preuve par sondage déposée). Tout aussi important est son admission que la conversion vers de nouveaux produits numériques aurait lieu avec ou sans les lignes directrices d'utilisation équitable — et qu'il s'agit d'une réalité du marché.

4) M. Glenn Rollans

[69] M. Glenn Rollans, copropriétaire de Brush Education (une maison d'édition indépendante dans le secteur de l'enseignement supérieur), président de la Book Publishers Association of Alberta et vice-président de l'Association of Canadian Publishers, a livré un témoignage semblable sur le déclin de l'édition

He confirmed, as did others, that York did not involve his organizations in the development of their Guidelines.

(5) David Swail

[70] The plaintiff also called David Swail, Executive Director of the Canadian Publishers' Council and former President and CEO of McGraw-Hill Ryerson. His evidence, garnered from years of experience, was helpful in understanding the causes of the decline in the sale of primary resources. The principal causes were unauthorized copying (peer-to-peer sharing, unauthorized physical copying). He also outlined the increasing role of e-books and the ability to buy individual chapters through e-book platforms. Given the terms of the Guidelines, this is a significant factor as discussed later in the context of alternatives to copying and the Guidelines.

(6) Writers' Union

[71] Evidence from the Writers' Union also confirmed the decline in revenues and the absence of contact from York when York developed its Guidelines.

B. *Defendant's Lay Witnesses*

[72] The defendant called 14 lay witnesses in addition to its 3 experts. Some were called in respect to the Interim Tariff, others in respect of the Guidelines, and some covered both issues.

(1) Patricia Lynch

[73] Patricia Lynch played a significant role, both in respect of York's defence to the Interim Tariff claim as well as in the counterclaim regarding the Guidelines.

scolaire au Canada et des répercussions des changements technologiques. Il a confirmé, comme d'autres l'ont fait, que York n'avait pas fait intervenir ses organisations dans l'élaboration de ses Lignes directrices.

5) M. David Swail

[70] La demanderesse a également appelé comme témoin M. David Swail, directeur général du Canadian Publishers' Council et ancien président et chef de la direction de McGraw-Hill Ryerson. Son témoignage, faisant état de l'expérience qu'il a acquise au fil des années, a aidé à comprendre les causes du déclin dans la vente des ressources primaires. Les principales causes sont les reproductions non autorisées (le partage de poste à poste, les reproductions physiques non autorisées). Il a également souligné le rôle de plus en plus important des livres numériques et la capacité d'acheter des chapitres individuels par l'intermédiaire des plateformes de livres numériques. Étant donné les modalités des Lignes directrices, il s'agit d'un important facteur abordé ultérieurement dans le contexte des solutions de rechange à la reproduction et des Lignes directrices.

6) Writers' Union

[71] Le témoignage de la Writers' Union a également confirmé le déclin des revenus et l'absence de contacts avec York lorsqu'elle a mis au point ses Lignes directrices.

B. *Témoins ordinaires de la défenderesse*

[72] La défenderesse a appelé 14 témoins en plus de ses 3 experts. Certains d'entre eux ont été appelés pour témoigner à l'égard du Tarif provisoire, d'autres à l'égard des Lignes directrices, alors que d'autres ont abordé les deux questions.

1) M^{me} Patricia Lynch

[73] M^{me} Patricia Lynch a joué un rôle important à l'égard de la défense de York en ce qui a trait au Tarif provisoire et de la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices.

[74] Lynch was the Director of Information, Privacy and Copyright at York. She was the principal administrator of licence agreements with Access, which involved ensuring that copying was done according to York's agreement with Access and that relevant fees were paid.

[75] Lynch described the process by which York moved away from dealing with Access. She explained that by September 1, 2011, York was not operating with Access through either an agreement or a tariff. She indicated that her role became that of an educator on copyright, and she ran non-mandatory educational sessions (for which attendance was not recorded) on the new regime of Fair Dealing Guidelines.

She spearheaded the matter of authorized copy shops and encouraged the use of the Copyright Office in preparing materials, even offering to review copyrighted material used in courses in any format.

[76] Her evidence confirmed that while she was committed to the protection of copyright, there was no organizational support for monitoring or enforcement of copyright obligations including compliance with the Guidelines. Her job description referred to a role of monitoring and auditing compliance, but she never engaged in those roles and her job evolved away from such mechanisms to one of persuasion and education.

[77] According to Lynch, the York University Faculty Association objected to any form of monitoring or enforcement of compliance with the Guidelines implemented in December 2010.

[78] As established in Lynch's cross-examination, there was no auditing, sampling, or monitoring of compliance. York did not implement safeguards such as periodic reviews. Of the 27 percent of exposures described as exceeding the Guidelines by the expert Wilk (discussed later), no transactional permissions were sought.

[74] M^{me} Lynch était la directrice des renseignements, de la vie privée et du droit d'auteur à York. Elle était l'administratrice principale des contrats de licence avec Access, ce qui impliquait qu'elle devait s'assurer que les reproductions étaient faites selon l'entente avec Access et que les redevances pertinentes étaient versées.

[75] M^{me} Lynch a décrit le processus par lequel York a cessé de traiter avec Access. Elle a expliqué qu'à partir du 1^{er} septembre 2011, York n'exerçait plus ses activités avec Access, que ce soit en vertu d'une entente ou d'un tarif. Elle a indiqué que son rôle est devenu celui d'une éducatrice en matière de droit d'auteur, et qu'elle donnait des formations éducatives facultatives (pour lesquelles les présences n'étaient pas prises) sur le nouveau régime des Lignes directrices sur l'utilisation équitable.

Elle a lancé l'idée des ateliers d'imprimerie autorisés et a encouragé l'utilisation du bureau du droit d'auteur dans la préparation du matériel, offrant même de réviser le matériel protégé par le droit d'auteur utilisé dans les cours, peu importe le format.

[76] Son témoignage a confirmé que, tout en étant engagée dans la protection des droits d'auteur, elle ne recevait aucun soutien organisationnel pour la surveillance et la mise à exécution des obligations liées au droit d'auteur, y compris le respect des Lignes directrices. La description de ses tâches faisait référence à un rôle de surveillance et de vérification de la conformité, mais elle n'a jamais rempli ces rôles, et son emploi a évolué au détriment de ces mécanismes et au profit d'un rôle de persuasion et d'éducation.

[77] Selon M^{me} Lynch, l'association des professeurs de l'Université York a contesté toute forme de surveillance ou de mise à exécution de la conformité avec les Lignes directrices mises en œuvre en décembre 2010.

[78] Comme l'a établi le contre-interrogatoire de M^{me} Lynch, aucune vérification, aucun échantillonnage, ni aucune surveillance de la conformité n'ont eu lieu. York n'a pas mis en œuvre de garanties comme des examens périodiques. Sur les 27 p. 100 de copies décrites par l'expert Wilk (abordé ultérieurement) comme dépassant

York did not produce a single permission document for any the 1 252 items captured in the sampling.

[79] In sum, Lynch's evidence established that while her intentions to educate were sincere, there was a complete absence of meaningful review of compliance with the Guidelines.

(2) Professors and Administrators

[80] York called a number of professors to give evidence of their use of teaching materials. The professors confirmed their freedom to choose material, their use of copied material, and their strong preference for using coursepacks and Moodle. None of the professors were subject to any form of process to ensure compliance with the Guidelines.

[81] Vice-Provost Academic Alice Pitt gave evidence about the importance of academic freedom. She stated that any form of monitoring would have staffing and cost implications. She also feared that any form of compliance monitoring or auditing would raise issues of academic freedom with faculty and staff.

[82] It appeared, from the evidence of professors and academic administrators, that compliance with the Guidelines raised internal academic freedom issues that were not worth the "battle".

VII. Summary of Key Expert Evidence

A. *General*

[83] A significant problem in this case is that there is no record of the number of copyrighted pages actually copied. That issue not only affects the compensation owed to Access, but also implicates one of the factors the Court is required to assess when considering

le seuil des Lignes directrices, aucune permission transactionnelle n'a été demandée. York n'a produit aucun document de permission pour les 1 252 éléments faisant partie de l'échantillonnage.

[79] En résumé, le témoignage de M^{me} Lynch a établi que, malgré ses intentions sincères de sensibilisation, il y avait absence totale d'examen sérieux du respect des Lignes directrices.

2) Professeurs et administrateurs

[80] York a appelé un certain nombre de professeurs pour témoigner de leur utilisation de matériel d'enseignement de leur utilisation de matériel d'enseignement. Les professeurs ont confirmé leur liberté de choisir du matériel, leur utilisation de matériel copié et leur préférence marquée pour l'utilisation de recueils de cours et de Moodle. Aucun professeur n'a fait l'objet d'aucune forme de processus pour garantir le respect des Lignes directrices.

[81] M^{me} Alice Pitt, vice-doyenne à l'enseignement, a témoigné de l'importance de la liberté universitaire. Elle a déclaré que toute forme de surveillance aurait des répercussions sur la dotation en personnel et les coûts. Elle a exprimé sa crainte que toute forme de surveillance ou de vérification de la conformité soulève des questions de liberté universitaire auprès des enseignants et du personnel.

[82] Il est apparu des témoignages des professeurs et des administrateurs universitaires que le respect des Lignes directrices soulevait des enjeux de liberté universitaire à l'interne qui ne valaient pas une « bataille ».

VII. Résumé du témoignage d'expert clé

A. *Généralités*

[83] Un problème important en l'espèce est l'absence de registre du nombre de pages protégées par le droit d'auteur qui ont été réellement copiées. Non seulement cette question touche la compensation due à Access, mais elle implique l'un des facteurs que la Cour doit

whether the Fair Dealing Guidelines actually are fair (that is, the amount of the dealing).

[84] Neither party realistically suggests that the impugned copying was *de minimis* or insignificant, but precise calculation was a problem. A surrogate for data on the actual “copied” pages was to use sampling data and to extrapolate estimates of copying from this sampling data. A secondary issue of that exercise is the appropriate measure of copying—by student (FTE) or by exposure (assumed to be a photocopy per page).

[85] In addition to this quantification exercise, the Court had to consider, under the operation of the Guidelines, the impact of the Guidelines on persons who had an interest in the works—Access, authors, and publishers. This raised the issue of the use of surveys, to which York objected. For reasons given at trial, the survey evidence was admitted; however, this case is not an exercise of the quantification of harm, so the impact of the surveys was more confirmatory of what common sense suggests—that if one is deprived of revenue which had been received in the past, one is likely to be adversely affected. It is important to recognize that this litigation is not about government assisted funding to the “arts” or other similar matters of broad social policy. It is also not about subsidies (overt or opaque) to writers and publishers.

[86] Finally, as a general rule, the Court found the expert evidence of the plaintiff more credible and compelling. It was more rigorous, coherent, and consistent, and it suffered from fewer flaws than the evidence of the defendant.

B. *Sampling Issues*

[87] Due to the volume of materials which could be covered by this litigation—essentially all the works in

évaluer en examinant si les Lignes directrices sur l’utilisation équitable sont réellement équitables (à savoir, l’ampleur de l’utilisation).

[84] Aucune des parties n’a suggéré de manière réaliste que la reproduction contestée était minime ou insignifiante, mais le fait d’effectuer un calcul précis posait problème. À défaut d’avoir des données sur le nombre de pages réellement « copiées », on a utilisé des données d’échantillonnage pour extrapoler des estimations des reproductions. Une question secondaire de cet exercice est la mesure adéquate des reproductions — par étudiant (ETP) ou par copie (à supposer une photocopie par page).

[85] En plus de cet exercice de quantification, la Cour devait examiner, avec l’application des Lignes directrices, les répercussions des Lignes directrices sur les personnes qui avaient un intérêt dans les œuvres — Access, les auteurs et les éditeurs. Ce point a soulevé la question de l’utilisation de sondages, ce à quoi York s’est opposée. Pour les raisons données au moment de l’audition, la preuve par sondage a été admise; toutefois, cette décision ne constitue pas un exercice de quantification du préjudice, ce qui fait que les répercussions des sondages ont plutôt été de nature à confirmer ce que le bon sens suggère — si quelqu’un est privé de revenus reçus par le passé, cette personne en subira probablement le contrecoup. Il est important de reconnaître que ce litige ne concerne pas une question de contribution financière de l’État aux « arts » ou d’autres questions semblables de politique générale sociale. Il ne concerne pas non plus des subventions (ouvertes ou opaques) aux auteurs et aux éditeurs.

[86] Finalement, en règle générale, la Cour a conclu que le témoignage d’expert de la demanderesse était plus crédible et plus convaincant. Elle était plus rigoureuse, plus cohérente et plus constante, et elle comportait moins de lacunes que les éléments de preuve présentés par la défenderesse.

B. *Questions d’échantillonnage*

[87] En raison du volume de documents qui pourraient être visés par ce litige — essentiellement toutes

York libraries and the non-recorded copying of materials distributed to students—it was necessary to devise a means to calculate the amount of materials which could have been copied and would have been subject to the Interim Tariff and/or encompassed by the Fair Dealing Guidelines.

[88] The parties conducted sampling of two different types of items at York: (a) items in coursepacks produced internally by York’s Printing Services and (b) PDFs posted on LMSs by York’s staff. The sampling was done as a “pre-test” (to ensure that the sampling would work) and “main” (the sampling itself) and covered the period September 1, 2011 to December 31, 2013 (the period of the Interim Tariff after York stopped operating under the Interim Tariff).

[89] A total of 565 items were selected for the coursepack sampling and a total of 1 247 PDFs were selected for the LMS sampling. The details of the samplings, contents, and sources are set out in the evidence and need not be repeated here.

[90] As indicated earlier, both the FTEs and the number of unique users were used in the respective experts’ analyses.

[91] In respect of the published works in the sample items, York adduced a number and variety of documents and records to demonstrate that there were permissions to use many of the works used in the coursepacks and on the LMSs.

As indicated later in these reasons, York’s reliance on permissions was misplaced and of no assistance.

[92] The results of the sampling, the extrapolations therefrom, and the conclusions drawn by the respective

les œuvres des bibliothèques de York et les reproductions non enregistrées de documents distribués aux étudiants — il était nécessaire de trouver un moyen de calculer la quantité de documents pouvant avoir été copié et qui auraient été assujettis au Tarif provisoire ou visés par les Lignes directrices sur l’utilisation équitable.

[88] Les parties ont procédé à un échantillonnage de deux différents types d’éléments à York : a) les éléments faisant partie des recueils de cours produits à l’interne par les services d’impression de York et b) les PDF affichés sur les SGA par le personnel de York. L’échantillonnage a été fait à titre de « test préalable » (pour assurer que l’échantillonnage fonctionne) et de « test principal » (l’échantillonnage en tant que tel) et couvrait la période du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013 (la période d’application du Tarif provisoire après que York a cessé d’y avoir recours pour ses activités).

[89] Un total de 565 éléments a été choisi pour l’échantillonnage de recueils de cours et un total de 1 247 PDF a été choisi pour l’échantillonnage des SGA. Les détails de l’échantillonnage, des contenus et des sources sont établis dans les éléments de preuve, et il n’est pas utile ici de les répéter.

[90] Comme il est mentionné précédemment, les ETP et le nombre d’utilisateurs uniques ont été utilisés dans les analyses respectives des experts.

[91] À l’égard des œuvres publiées des éléments de l’échantillonnage, York a présenté un certain nombre et une variété de documents et de dossiers afin de démontrer qu’il existait des autorisations d’utiliser bon nombre d’œuvres utilisées dans les recueils de cours et sur les SGA.

Comme il est mentionné ultérieurement dans les présents motifs, York faisait fausse route en s’appuyant sur les autorisations et en n’offrant aucune aide.

[92] Les résultats de l’échantillonnage et les extrapolations qui en ont été tirées, tout comme les conclusions

experts have been previously discussed and the Court's acceptance of the plaintiff's experts underscored. The differences between the experts on some matters were significant. For example, Gauthier, on behalf of Access, estimated that over 160 000 items were copied for coursepacks at York between January 2005 and August 2011—more than 20 000 per year.

[93] York dismissed this matter by contending that the copying was either subject to permissions or was within the quantitative limits of the Guidelines, despite the Guidelines not being in effect in that period and the matter of permissions/licences being of no real assistance.

[94] Discounting permissions and licences, both parties' experts concluded that approximately 11 percent of documents in the LMS sample exceeded the Guidelines. Not only is this a significant amount of unauthorized copying even if the Guidelines are assumed to be a valid response to copyright claims, but if the Guidelines are not valid (as found by this Court), then the amount of unauthorized copying is significantly higher.

C. Plaintiff's Experts

(1) Benoît Gauthier

[95] A principal expert in this litigation was Benoît Gauthier, a business evaluator with experience in surveys. His qualifications were not challenged, subject to the defendant's objection to his survey evidence.

[96] Gauthier had a four-fold mandate:

1. To advise on sampling methodology to collect relevant data in order to measure the volume of print and digital copying of published works at York from September 1, 2011 to December 31, 2013, and to perform calculations on various

tirées par les experts respectifs, ont été abordés précédemment, et l'acceptation par la Cour des témoignages d'expert de la demanderesse a été soulignée. Les différences entre les experts sur certaines questions étaient importantes. Par exemple, M. Gauthier, pour le compte d'Access, a estimé que plus de 160 000 éléments avaient été copiés pour des recueils de cours à York entre janvier 2005 et août 2011 — soit plus de 20 000 par année.

[93] York a rejeté cette question en alléguant que la reproduction faisait l'objet d'autorisations ou était comprise dans les limites quantitatives des Lignes directrices, même si les Lignes directrices n'étaient pas en vigueur au cours de cette période et que la question des autorisations ou des licences n'était pas vraiment utile.

[94] Abstraction faite des autorisations et des licences, les experts des deux parties ont conclu qu'environ 11 p. 100 des documents de l'échantillon des SGA dépassaient le seuil des Lignes directrices. Cela constitue une quantité importante de copies non autorisées, même si les Lignes directrices sont présumées être une réponse valable aux revendications sur le droit d'auteur, mais si les Lignes directrices ne sont pas valides (comme l'a conclu cette Cour), la quantité de copies non autorisées est alors considérablement plus élevée.

C. Experts de la demanderesse

1) M. Benoît Gauthier

[95] M. Benoît Gauthier, évaluateur d'entreprise ayant une expérience en matière de sondages, était un expert principal en l'espèce. Ses qualifications n'ont pas été contestées, sous réserve de l'objection de la défenderesse à son témoignage concernant les sondages.

[96] Le mandat de M. Gauthier était articulé en quatre volets :

1. Donner son avis sur la méthode d'échantillonnage afin de recueillir les données pertinentes, de manière à mesurer le volume de copies papier et numériques des œuvres publiées à York, du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013, et à

data sets to report information about such copying to Access;

2. To perform calculations on various data sets in order to report information about copying for the production of coursepacks (through the internal printing services and external copy shops) to Access;
3. To assist in the development of a 2014 online survey questionnaire addressed to member companies of the Association of Canadian Publishers and to provide feedback regarding the wording and design of the questionnaire, to design an online version, to conduct a pre-test of the online questionnaire, to manage the online data collection for September to October 2014, and to provide the data collected to PricewaterhouseCoopers LLP; and,
4. To design and conduct a 2013 survey of Access's creator affiliates concerning the copying of their published works in the educational sector and to provide a report that was filed in proceedings before the Board.

[97] In summary, Gauthier's evidence was that:

- (a) From January 2005 to August 2011, York's internal coursepack printing services made approximately 122 million print exposures of published works that were included in coursepacks for which York remitted royalty payments to Access. Approximately 80 percent of those print exposures came from books.
- (b) From January 2011 to December 2015, copy shops made, on behalf of York, approximately 29 million print exposures of published works included in coursepacks. Over 90 percent of that copying was from books.

effectuer des calculs sur les divers ensembles de données pour communiquer à Access les renseignements concernant ces copies;

2. Effectuer des calculs sur les divers ensembles de données pour communiquer à Access les renseignements concernant la reproduction dans le contexte de la production des recueils de cours (par l'intermédiaire des services d'impression internes et des ateliers d'impression externes);
3. Aider à l'élaboration d'un questionnaire de sondage en ligne adressé aux sociétés membres de l'Association of Canadian Publishers en 2014 et commenter le libellé et la conception du questionnaire, en concevoir une version en ligne, effectuer un test préalable du questionnaire en ligne, gérer la collecte de données en ligne de septembre à octobre 2014 et fournir les données recueillies à PricewaterhouseCoopers LLP;
4. Concevoir et réaliser un sondage en 2013 auprès des créateurs affiliés à Access concernant la reproduction de leurs œuvres publiées dans le secteur éducatif et fournir un rapport qui a été déposé dans le contexte des procédures devant la Commission.

[97] Le témoignage de M. Gauthier se résumait comme suit :

- a) De janvier 2005 à août 2011, les services d'impression internes de recueils de cours de York ont fait environ 122 millions de copies imprimées d'œuvres publiées qui ont été incluses dans les recueils de cours pour lesquels York versait des redevances à Access. Environ 80 p. 100 de ces copies imprimées provenaient de livres.
- b) De janvier 2011 à décembre 2015, les ateliers d'impression ont fait, au nom de York, environ 29 millions de copies imprimées d'œuvres publiées incluses dans les recueils de cours. Plus de 90 p. 100 de ces copies provenaient de livres.

- | | |
|--|--|
| <p>(c) From September 2011 to December 2013, York Printing Services made approximately 2.9 million print exposures of published works included in coursepacks that are, according to Access, relevant to York's Fair Dealing Guidelines counterclaim. Relevance to the counterclaim in this instance means that Access has identified the work as requiring permission, authorization, or payment to copy.</p> | <p>c) De septembre 2011 à décembre 2013, les services d'impression de York ont fait environ 2,9 millions de copies imprimées d'œuvres publiées incluses dans les recueils de cours qui sont, selon Access, pertinentes pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l'utilisation équitable de York. La pertinence à l'égard de la demande reconventionnelle en l'espèce signifie qu'Access a déterminé que l'œuvre nécessitait une permission, une autorisation ou un paiement pour qu'elle soit copiée.</p> |
| <p>(d) The volume of coursepacks produced internally by York decreased significantly after August 2011.</p> | <p>d) Le volume des recueils de cours produits à l'interne par York a fortement diminué après août 2011.</p> |
| <p>(e) From September 2011 to December 2013, over 16 million digital exposures of published works (that are, according to Access, relevant to York's Fair Dealing Guidelines) were posted and copied on York's LMSs.</p> | <p>e) De septembre 2011 à décembre 2013, plus de 16 millions de copies numériques d'œuvres publiées (qui sont, selon Access, pertinentes pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l'utilisation équitable de York) ont été affichées et reproduites sur les SGA de York.</p> |
| <p>(f) From 2012 to 2013, the volume of digital exposures of published works purportedly relevant to York's Fair Dealing Guidelines counterclaim doubled from approximately 4.5 million to 9 million.</p> | <p>f) De 2012 à 2013, le volume de copies numériques d'œuvres publiées qui sont prétendument pertinentes pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l'utilisation équitable de York a doublé, passant de quelque 4,5 millions à 9 millions.</p> |
| <p>(g) A comparison of the volume of print copying versus digital copying from 2011-2013 suggests that copying behaviour at York is shifting from print coursepacks to posting and copying works on an LMS.</p> | <p>g) Une comparaison du volume de copies imprimées par rapport aux copies numériques de 2011 à 2013 suggère que le comportement de York relativement à la reproduction passe de l'impression de recueils de cours à l'affichage et à la reproduction d'œuvres sur un SGA.</p> |

[98] While Gauthier did not adjust his estimate of print and digital exposures to account for York's claim that some of the items captured in the sampling were copied or posted with permission, this does not significantly undermine the conclusions which can be drawn. The report may overstate some of the copying, but since York had the data it was incumbent on them to establish quantum and materiality.

[98] Même si M. Gauthier n'a pas révisé son estimation des copies imprimées et numériques pour tenir compte de la revendication de York selon laquelle certains éléments saisis dans l'échantillonnage ont été copiés ou affichés avec une autorisation, cela ne compromet pas considérablement les conclusions qui peuvent être tirées. Le rapport exagère peut-être certaines activités de reproduction, mais puisque York avait les données, il lui incombait d'en établir la quantité et l'importance.

[99] The data on coursepacks was voluminous. As an example, between January 1, 2005 and August 31, 2011, there were 122 million exposures. The vast majority of this material and of similar material for copy shop exposures and internal coursepacks produced by York fell within the quantitative limits set by York's Guidelines.

[100] In respect of LMSs, Access and York agreed to design and implement a study of the copying of published work by staff on LMSs. The result was that 16.3 million digital exposures relevant to fair dealing were posted on York's LMSs between September 2011 and December 2013. Generally, 70 percent of the volume of copying on LMS systems fell within the quantitative limits of York's Guidelines.

[101] An issue arose as to the best representative base from which to assess the copies—enrolment versus unique user access (essentially the number of people with an access number). Gauthier was instructed to use enrolment.

[102] The evidence establishes that neither base is necessarily superior and that each had its flaws. I have concluded that the base used by Gauthier was reasonable and therefore his conclusions stand.

[103] Gauthier's role in the Publisher's Survey was to assist in the development of the survey, to ensure the questionnaire was valid and reliable, and to ensure that it had integrity. He did not, however, analyse the data. The survey was sent to 150 publishers of the 600 Access affiliates. The survey was not directed specifically at copying at York or income produced and used at York.

[104] Gauthier's role with respect to the Creator's Survey was somewhat the same as to design, reliability, and validity. The survey had a 42 percent response rate, which is a high response for surveys.

[99] Les données sur les recueils de cours étaient volumineuses. À titre d'exemple, entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 août 2011, 122 millions de copies ont été effectuées. La plus grande partie de ce matériel et du matériel semblable destinés aux ateliers d'impression et aux recueils de cours internes produits par York s'inscrivaient dans les limites quantitatives fixées par les Lignes directrices de York.

[100] En ce qui concerne les SGA, Access et York ont accepté de concevoir et de réaliser une étude de la reproduction des œuvres publiées par le personnel sur les SGA. Il se trouve que 16,3 millions de copies numériques pertinentes pour l'utilisation équitable ont été affichées sur les SGA de York entre septembre 2011 et décembre 2013. En règle générale, 70 p. 100 du volume de reproduction sur les SGA s'inscrivaient dans les limites quantitatives des Lignes directrices de York.

[101] Une question a été soulevée quant à la meilleure base représentative permettant d'évaluer les reproductions — les inscriptions par rapport à l'accès des utilisateurs uniques (essentiellement le nombre de personnes ayant un numéro d'accès). M. Gauthier a reçu l'instruction d'utiliser le nombre d'inscriptions.

[102] Les éléments de preuve présentés établissent qu'aucune base n'est nécessairement supérieure et que chacune d'elle avait ses défauts. J'ai conclu que la base utilisée par M. Gauthier était raisonnable et que, par conséquent, ses conclusions sont satisfaisantes.

[103] Le rôle de M. Gauthier dans le sondage auprès des éditeurs était d'aider à l'élaboration du sondage, notamment pour assurer que le questionnaire était valide et fiable, tout en garantissant son intégrité. Il n'a toutefois pas analysé les données. Le sondage a été envoyé à 150 éditeurs parmi les 600 sociétés affiliées à Access. Le sondage ne visait pas spécifiquement la reproduction effectuée à York ou le revenu généré et utilisé à York.

[104] Le rôle de M. Gauthier dans le sondage auprès des créateurs consistait plus ou moins à veiller à la conception, à la fiabilité et à la validité du sondage. Le taux de réponse au sondage a été de 42 p. 100, ce qui est élevé pour des sondages.

[105] Gauthier established the reliability, integrity, and validity of both surveys, which is a threshold issue on the admissibility of survey evidence. However, the Creator’s Survey in particular produced little significant evidence relevant to this case.

(2) Michael Dobner

[106] Gauthier’s evidence was also in support of the expert opinion report of Michael Dobner of PricewaterhouseCoopers LLP (PwC). Dobner had post-graduate education in economics and expertise in business valuations. He was qualified, without objection, to give expert evidence in respect of the economic losses to a business from a specific event or events.

As indicated earlier, I found his evidence to be thorough, thoughtful, and compelling. His evidence provided considerable assistance to the Court. His opinions on various matters were consistent with the other evidence heard at this trial. They are particularly relevant to the analysis of the “fair dealing” exception and the determination of whether York’s Guidelines are fair in light of the effects of the dealing.

[107] PwC was retained to prepare a report of its assessment of the apparent and expected impacts:

1. The adoption of the Fair Dealing Guidelines by York on the market for copyright-protected works produced, used, and copied in the post-secondary education market; and,
2. The adoption of identical or substantially similar guidelines on that market by:
 - a. Universities Canada;
 - b. Colleges and Institutes Canada;

[105] M. Gauthier a établi la fiabilité, l’intégrité et la validité des deux sondages, ce qui est une question préliminaire sur la recevabilité de la preuve par sondage. Toutefois, le sondage auprès des créateurs en particulier a produit peu d’éléments de preuve significatifs pertinents en l’espèce.

2) M. Michael Dobner

[106] Le témoignage de M. Gauthier appuyait également le rapport d’expertise de M. Michael Dobner de PricewaterhouseCoopers LLP (PwC). M. Dobner a fait des études universitaires de deuxième cycle en économie et possède une expertise dans l’évaluation des entreprises. Il a été admis comme expert, sans objection, pour témoigner à l’égard des pertes économiques d’une entreprise découlant d’un événement ou de plusieurs événements particuliers.

Comme je l’ai indiqué précédemment, j’ai trouvé son témoignage rigoureux, réfléchi et convaincant. Son témoignage a fourni une aide considérable à la Cour. Ses opinions sur diverses questions étaient compatibles avec les autres témoignages entendus lors de ce procès. Elles sont particulièrement pertinentes pour l’analyse de l’exception d’« utilisation équitable » et la détermination de la question de savoir si les Lignes directrices de York sont équitables, compte tenu des effets de l’utilisation.

[107] PwC a été retenue pour préparer un rapport sur son évaluation des répercussions apparentes et attendues :

1. L’adoption des Lignes directrices sur l’utilisation équitable par York sur le marché des œuvres protégées par le droit d’auteur produites, utilisées et copiées sur le marché de l’enseignement postsecondaire;
2. L’adoption de lignes directrices identiques ou essentiellement semblables sur ce marché par les organismes qui suivent :
 - a. Universités Canada;
 - b. Collèges et instituts Canada;

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> c. The Council of Ministers of Education, Canada (CMEC); and, d. Canadian post-secondary educational institutions. | <ul style="list-style-type: none"> c. le Conseil des ministres de l'Éducation (Canada) (CMEC); d. les établissements d'enseignement postsecondaire au Canada. |
|---|---|

PwC was also asked to estimate the loss of royalty revenue by publishers and creators arising from the adoption of the Guidelines by York and other post-secondary institutions.

Il a également été demandé à PwC d'évaluer la perte de revenus liés aux redevances qu'ont subie les éditeurs et les créateurs en raison de l'adoption des Lignes directrices par York et d'autres établissements d'enseignement postsecondaire.

[108] In summary, Dobner's findings and opinions were:

[108] En résumé, voici les conclusions et les opinions de M. Dobner :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) The post-secondary educational publishing industry in Canada, which has been facing numerous challenges in recent years, cannot withstand the adoption of the Guidelines without significant adverse impacts on the works it produces. (b) Based on the data available, the estimated result of full adoption of the Guidelines by post-secondary institutions in Canada (outside of Quebec) would be an annual loss of licensing royalties in the range of \$10 041 000 to \$14 675 000. York's share of that amount would be \$800 000 to \$1 285 000. (c) Since the introduction of the Guidelines, there has been an acceleration in the decline in sales of works produced by content producers for the post-secondary market. (d) Since the introduction of the Guidelines, there has been a transfer of wealth from content producers to content users, somewhat offset in the short-term by an increase of prices for published works. (e) The adoption of the Guidelines by York and other post-secondary institutions has led to a lack of transparency regarding copying activities, meaning that content producers are unable | <ul style="list-style-type: none"> a) L'industrie de l'édition scolaire de niveau postsecondaire au Canada, qui a dû faire face à de nombreux défis ces dernières années, ne peut pas supporter l'adoption des Lignes directrices sans répercussions négatives importantes sur les œuvres qu'elle produit. b) Selon les données disponibles, le résultat estimé de l'adoption intégrale des Lignes directrices par les établissements d'enseignement postsecondaire au Canada (à l'extérieur du Québec) serait une perte annuelle de redevances liées aux concessions de licence s'élevant entre 10 041 000 \$ et 14 675 000 \$. La part de York de ce montant varierait de 800 000 \$ à 1 285 000 \$. c) Depuis l'entrée en vigueur des Lignes directrices, il y a eu une accélération de la baisse des ventes des œuvres produites par producteur de contenu pour le marché de l'enseignement postsecondaire. d) Depuis l'entrée en vigueur des Lignes directrices, il y a eu un transfert de richesse des producteurs de contenu aux utilisateurs de contenu, lequel a été quelque peu compensé à court terme par une augmentation de prix des œuvres publiées. e) L'adoption des Lignes directrices par York et d'autres établissements d'enseignement postsecondaire a mené à un manque de transparence en ce qui concerne les activités de reproduction, |
|---|---|

to effectively detect infringement or to assert their intellectual property rights in a meaningful way. Evidence suggests that this has led to an atmosphere in which copying in excess of the Guidelines occurs and is tolerated by the institutions.

(f) The educational publishing industry is currently in a period of transition from traditional textbook publishing to digital content and services, but this requires significant investment. The financial impact of the Guidelines limits the publishing industry's ability and incentives to invest in this economy. Small to medium-sized enterprises (SMEs) are substantially more vulnerable.

(g) The likely long-term impacts of the adoption of the Guidelines is that:

- Some SME publishers producing educational content are expected to exit the business;
- Creators are expected to reduce the number of works they create, the time they spend creating, and the focus on post-secondary educational content;
- Content producers are expected to produce less content and invest less in the Canadian market. In particular, they will reduce product offerings for subjects without sufficient scale, demand, and requirements for current content;
- Continued decline in sales will force publishers to increase prices to offset loss of economies of scale; and,

ce qui signifie que les producteurs de contenu sont incapables de détecter efficacement la violation ou de faire valoir leurs droits de propriété intellectuelle valablement. Il semble que cela ait mené à créer un climat dans lequel la reproduction dépassant le seuil des Lignes directrices se produit et est tolérée par les établissements.

f) L'industrie de l'édition scolaire est actuellement dans une période de transition, passant de la publication de manuels scolaires traditionnels aux contenus et services numériques, mais cela nécessite un investissement important. Les répercussions financières des Lignes directrices limitent la capacité de l'industrie de l'édition et les incitations à investir dans cette économie. Les petites et moyennes entreprises (PME) sont particulièrement vulnérables.

g) Les répercussions à long terme probables de l'adoption des Lignes directrices sont les suivantes :

- Certaines PME dans le domaine de l'édition produisant des contenus éducatifs devraient quitter l'industrie;
- Les créateurs devraient réduire le nombre d'œuvres qu'ils créent, la quantité de temps qu'ils passent à la création et l'attention qu'ils portent aux contenus éducatifs postsecondaires;
- Les producteurs de contenu devraient produire moins de contenu et investir moins dans le marché canadien. Plus précisément, ils réduiront les offres de produits pour les matières dont l'ampleur du marché, la demande et les exigences de contenu actuel ne sont pas suffisantes;
- La baisse continue des ventes forcera les éditeurs à augmenter leurs prix pour compenser la perte d'économies d'échelle;

- Users of post-secondary educational content will be faced with deterioration in the quality, diversity, and ingenuity of works in certain subjects, as well as higher prices.
 - Les utilisateurs de contenus éducatifs post-secondaires devront faire face à la détérioration de la qualité, de la diversité et de l'ingéniosité des œuvres dans certaines matières, ainsi qu'à des prix plus élevés.
- (h) The adoption of the Guidelines will have significant negative implications for the industry's economic footprint in Canada, which totaled an estimated \$550 million and \$490 million in 2011 and 2015, respectively. Negative impacts will likely emerge in the long run, including:
- h) L'adoption des Lignes directrices aura des conséquences négatives importantes sur l'empreinte économique de l'industrie au Canada, qui a totalisé respectivement environ 550 millions de dollars et 490 millions de dollars en 2011 et en 2015. Des répercussions négatives se feront probablement sentir à long terme, notamment :
- loss of high-paying jobs,
 - la perte d'emplois à rémunération élevée;
 - reduced investment that will limit productivity growth,
 - la réduction des investissements qui limitera la croissance de la productivité;
 - a shift in some areas from content production in Canada to imported content, and
 - une transition, dans certains domaines, de la production de contenu au Canada à l'importation de contenu;
 - a consolidation in the post-secondary educational market (i.e. large, mostly foreign-based publishers).
 - une consolidation dans le marché de l'enseignement postsecondaire (c'est-à-dire des éditeurs importants, pour la plupart établis à l'étranger).

[109] Dobner had some important observations about the role of collectives which are consistent with the purpose of collectives as recognized in the legislation. An aspect of copyright, a right recognized by the Supreme Court of Canada as a shared right, is the encouragement and incentive to produce new, original, and creative works. Part of that incentive is the compensation to be paid to creators. Copyright collectives reduce the transaction cost associated with administering copyright while ensuring that owners (creators) are remunerated for use of their works.

[109] M. Dobner a fait quelques observations importantes sur le rôle des sociétés de gestion qui sont compatibles avec leurs objectifs reconnus dans la législation. Un aspect du droit d'auteur, un droit reconnu par la Cour suprême du Canada comme un droit partagé, est celui de l'encouragement et de l'incitation à produire des œuvres nouvelles, originales et créatives. Une partie de cette incitation constitue le versement d'une compensation aux créateurs. Les sociétés de gestion du droit d'auteur réduisent les coûts de transaction liés à l'administration du droit d'auteur tout en assurant que les détenteurs (les créateurs) sont rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres.

[110] Dobner also recognized the problem posed by the significant number of works affected by the Guidelines and the difficulty of establishing the effect of the dealing

[110] M. Dobner a également fait état du problème posé par le nombre important d'œuvres touchées par les Lignes directrices et la difficulté d'établir l'effet

on a particular work. He also acknowledged the difficulty in detecting the full impact of the adoption of the Guidelines on the market for the works as a whole because some of the negative impacts resulted from other factors, many of which are technological changes such as digitalization.

[111] Having recognized that there are limitations to the information and the ability to analyse the impacts of the Guidelines, I find that the impacts are those which Dobner described. The impacts are more qualitative and directional than quantitative.

[112] However, there are some quantitative aspects which support the qualitative conclusions. For example:

- (a) Access's post-secondary distributions of licensing revenue to content producers declined from \$14.2 million in 2008 to \$9.8 million in 2010. Between 2010 and 2014, revenues fluctuated before declining to \$6.6 million in 2015.
- (b) The most recent decline is primarily the result of a reduction in the number of institutions that held licensing agreements with Access and the level of coursepack reporting from external copy shops. Distributions are expected to decline to \$1.3 million in 2016.
- (c) Since the introduction of the Guidelines, permissions licensing requests and associated revenues have declined substantially and are considered insignificant.
- (d) The economic footprint of the post-secondary educational publishing market is significant in the Canadian economy in terms of output, jobs, GDP [Gross Domestic Product], and tax revenue, but this footprint has shrunk in recent years. The industry's estimated GDP footprint declined

de l'utilisation sur une œuvre particulière. Il a également reconnu la difficulté de déterminer le plein effet de l'adoption des Lignes directrices sur le marché des œuvres dans son ensemble, parce que certaines des répercussions négatives découlent d'autres facteurs, dont beaucoup sont des changements technologiques comme la numérisation.

[111] Reconnaissant qu'il y a des limites aux renseignements et à la capacité d'analyser les répercussions des Lignes directrices, j'estime que les répercussions sont celles que M. Dobner a décrites. Les répercussions sont plutôt de nature qualitative et directionnelle que quantitative.

[112] Toutefois, certains aspects quantitatifs appuient les conclusions qualitatives. À titre d'exemple :

- a) Les distributions postsecondaires de revenus tirés des licences par Access aux producteurs de contenu ont diminué, en passant de 14,2 millions de dollars en 2008 à 9,8 millions de dollars en 2010. Entre 2010 et 2014, les revenus ont fluctué avant de tomber à 6,6 millions de dollars en 2015.
- b) La plus récente baisse découle principalement d'une réduction du nombre d'établissements détenant des contrats de licence avec Access ainsi que du niveau de déclaration des recueils de cours par les ateliers d'impression externes. Les distributions devraient chuter à 1,3 million de dollars en 2016.
- c) Depuis l'entrée en vigueur des Lignes directrices, les demandes d'autorisation et d'attribution de licences et les revenus connexes ont diminué considérablement et sont considérés comme négligeables.
- d) L'empreinte économique du marché de l'édition scolaire de niveau postsecondaire est importante dans l'économie canadienne en termes de production, d'emplois, de PIB [produit intérieur brut] et de recettes fiscales, mais cette empreinte a diminué ces dernières années. L'empreinte du

by 11 percent from 2011 to 2015. Publishing industry jobs are relatively high value (with an average salary more than 45 percent higher than the Canadian average across all industries):

- The total economic footprint of the post-secondary educational publishing industry was \$1.06 billion in 2011, with a GDP of \$550 million. This can be contrasted with its 2015 output of \$950 million and \$490 million GDP.
- The post-secondary educational publishing industry has a significant economic footprint comprising over 5 000 jobs on a full-time equivalent basis across numerous industries in 2015. This is an 11 percent decline from 2011.

[113] Furthermore, sales revenue declined by 13 percent from 2010–2015 in the post-secondary market. The declining sales have weakened the industry’s ability to change its business model to develop innovative digital content and services.

[114] The decline in the market size is driven by:

- (a) the transition to digital publishing,
- (b) the growth of the used book market,
- (c) rental programs for post-secondary textbooks,
- (d) technological advancements that make copying easier,
- (e) the prevalence of copyright infringement, evidenced in an increase in peer-to-peer file sharing and downloading, and

PIB estimé par l’industrie a diminué de 11 p. 100 de 2011 à 2015. Les emplois liés à l’industrie de l’édition ont une valeur relativement élevée (avec un salaire moyen supérieur de plus de 45 p. 100 à celui de la moyenne canadienne toutes industries confondues) :

- L’empreinte économique totale de l’industrie de l’édition scolaire de niveau postsecondaire était de 1,06 milliard de dollars en 2011 et elle génère un PIB de 550 millions de dollars. Ces chiffres peuvent être comparés à son empreinte de 950 millions de dollars et à un PIB de 490 millions de dollars en 2015.
- L’industrie de l’édition scolaire de niveau postsecondaire a une empreinte économique importante, englobant plus de 5 000 emplois sur une base équivalent temps plein à travers de nombreuses industries en 2015. Il s’agit d’une baisse de 11 p. 100 par rapport à 2011.

[113] En outre, le produit des ventes a baissé de 13 p. 100 par rapport à la période de 2010 à 2015 sur le marché postsecondaire. Les ventes en déclin ont affaibli la capacité de l’industrie de modifier son modèle d’affaires pour développer du contenu et des services numériques innovants.

[114] La diminution de la taille du marché repose sur les éléments qui suivent :

- a) la transition vers l’édition numérique;
- b) la croissance du marché du livre usagé;
- c) les programmes de location de manuels scolaires de niveau postsecondaire;
- d) les progrès technologiques qui rendent la reproduction plus facile;
- e) la prévalence de la violation des droits d’auteur, démontrée par l’augmentation du partage et du téléchargement de fichiers de poste à poste;

(f) the adoption of the Guidelines, which have exacerbated the infringement issue.

[115] Dobner's Report contained fairly detailed descriptions of the impacts of the Guidelines, both at York and, if adopted, across Canada. A critical aspect is that copies are substitutes for the original and excerpts can be suitable substitutes for the original works. As such, the demand for the original works will decline with the corresponding negative effects on owners.

[116] Dobner points out that copying in excess of the Guidelines is a significant problem—for example, as Gauthier reported, 29 percent of the copying of books at York on the LMSs from September 2011 to December 2013 exceeded or would have exceeded the Guidelines.

[117] The problem, succinctly put, is that the Guidelines, assuming they are fair, become unfair or, alternatively, the unfairness of the Guidelines is exacerbated because of the amount of non-Guideline compliant copying.

[118] This expert evidence confirmed the concerns expressed by Access and by its witnesses, both with respect to the problem of non-remunerated copying but equally importantly with respect to the long-term effect into the future.

[119] As the evidence of the York witnesses confirmed, post-secondary education budgets are being tightened but the demand for services (materials) is expanding. The absence of tariff payments, the Guidelines, and their non-compliance results in the wealth transfer referred to by Dobner from copyright owners to educational institutions.

D. Defendant's Experts

[120] To counter the plaintiff's experts, the defendant called three experts: Dr. Piotr Wilk, A. Scott Davidson,

f) l'adoption des Lignes directrices, qui ont exacerbé le problème de la violation.

[115] Le rapport de M. Dobner contient une description assez détaillée des répercussions des Lignes directrices, à York et, si elles sont adoptées, à l'échelle du Canada. Un aspect crucial est que les copies remplacent l'original et que des extraits peuvent être des substituts adéquats aux œuvres originales. Par conséquent, la demande en œuvres originales diminuera avec l'effet négatif correspondant sur les détenteurs.

[116] M. Dobner fait remarquer que la reproduction dépassant le seuil des Lignes directrices constitue un problème important — par exemple, comme M. Gauthier l'a signalé, 29 p. 100 de la reproduction des livres à York sur les SGA de septembre 2011 à décembre 2013 ont dépassé ou auraient dépassé le seuil des Lignes directrices.

[117] En résumé, le problème est que les Lignes directrices, en supposant qu'elles soient équitables, deviennent inéquitables ou, subsidiairement, le caractère inéquitable des Lignes directrices est exacerbé en raison de la quantité de reproduction qui n'est pas conforme aux Lignes directrices.

[118] Ce témoignage d'expert a confirmé les inquiétudes exprimées par Access et ses témoins en ce qui concerne le problème de la reproduction non rémunérée, mais de façon tout aussi importante, en ce qui concerne l'effet à long terme dans l'avenir.

[119] Comme la preuve des témoins de York l'a confirmé, les budgets de l'enseignement postsecondaire sont de plus en plus serrés, mais la demande de services (matériel) augmente. L'absence de paiements tarifaires, les Lignes directrices et leur non-conformité ont pour conséquence le transfert de richesse mentionné par M. Dobner des détenteurs de droit d'auteur aux établissements d'enseignement.

D. Experts de la défenderesse

[120] Pour s'opposer aux témoignages d'expert de la demanderesse, la défenderesse a appelé trois

and Dustin Chodorowicz. They were not able, either collectively or individually, to overcome the merits of the plaintiff's experts. These experts were much more focused on criticizing the plaintiff's experts than on providing the Court with alternative conclusions.

(1) Dr. Piotr Wilk

[121] Wilk held post-graduate degrees and teaching experience in methods of data collection and in data analysis. He was qualified to give expert evidence in sampling methods, analysis, and explanation.

His mandate was to analyse the data collected in the two studies (the Coursepack Study and the LMS Study), to advise York's counsel on various elements of the sampling design of the two studies, and to review and perform an independent analysis of the Gauthier Report.

[122] In summary, Wilk's evidence was that:

- (a) From September 1, 2011 to December 31, 2013, an estimated 6 147 123 print exposures of published and unpublished works were included in all coursepacks produced by York's printing services. 82 340 348 digital exposures were produced on LMSs during that period.
- (b) 63.7 percent of printed volume (3 914 111 exposures) and 27.2 percent of digital volume (22 381 560 exposures) were of published works.
- (c) 77.2 percent of printed volume and 59.4 percent of digital volume were relevant to the Fair Dealing Guidelines counterclaim. The remaining volume of copying was classified as public domain, open access, Creative Commons, or government documents.

experts : M. Piotr Wilk, M. A. Scott Davidson et M. Dustin Chodorowicz. Ils n'ont pas été en mesure, collectivement ou individuellement, de surmonter le bien-fondé des témoignages d'expert de la demanderesse. Ces experts se sont beaucoup plus concentrés sur la critique des experts de la demanderesse que sur la fourniture de conclusions de rechange à la Cour.

1) M. Piotr Wilk

[121] M. Wilk est titulaire de diplômes d'études supérieures et possède de l'expérience dans l'enseignement des méthodes de collecte et d'analyse des données. Il a été admis comme témoin expert dans les méthodes d'échantillonnage ainsi que dans l'analyse et l'explication de l'échantillonnage.

Son mandat était d'analyser les données recueillies dans les deux études (l'étude sur les recueils de cours et l'étude sur les SGA) pour conseiller l'avocat de York sur divers éléments du plan d'échantillonnage des deux études, et pour examiner et effectuer une analyse indépendante du rapport Gauthier.

[122] Le témoignage de M. Wilk se résume comme suit :

- a) Du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013, on estime que 6 147 123 copies imprimées des œuvres publiées et inédites ont été incluses dans tous les recueils de cours produits par les services d'impression de York. 82 340 348 copies numériques ont été produites sur les SGA au cours de cette période.
- b) 63,7 p. 100 du volume imprimé (3 914 111 copies) et 27,2 p. 100 du volume numérique (22 381 560 copies) concernaient des œuvres publiées.
- c) 77,2 p. 100 du volume imprimé et 59,4 p. 100 du volume numérique étaient pertinents pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l'utilisation équitable. Le volume restant de reproductions a été classé comme étant des documents du domaine public, en libre

- accès ou relevant d'une licence de Creative Commons, ou encore, comme des documents gouvernementaux.
- (d) For a portion of the volume of copying relevant for the Fair Dealing Guidelines counterclaim, York had permissions and/or library licences. For printed volume, 1.4 percent relevant to the counterclaim was not covered by one of those permissions or licences. For digital volume, 67.3 percent were not covered by those permissions or licences.
- (e) For printed volume, all 40 864 exposures (1.4 percent) not affected by permissions or licences fell within the Fair Dealing Guidelines. Thus, between September 1, 2011 and December 31, 2013, there were no copies of published works that were included in coursepacks produced by York that exceeded the Guidelines threshold.
- (f) For digital volume, 72.6 percent of the volume not affected by permissions or licences fell within the Guidelines. Between September 1, 2011 and December 31, 2013, there were 2 448 859 exposures posed on LMSs that exceeded the Guidelines. In terms of documents, this translates to 1 591 documents containing excerpts from books posted on LMSs between September 1, 2011 and December 31, 2013 that exceeded the Guidelines. This translates into approximately 0.01 documents posted on an LMS per FTE student.
- (g) The trend analysis suggests that there was a decline in the overall volume of printed copying by York (34.3 percent) and an even steeper decline in the volume of copying relevant to the Fair Dealing Guidelines counterclaim (58.7 percent) between 2001 and 2013. The reverse trend was observed with respect to LMS postings. Between 2011 and 2013, the overall volume of digital
- d) York avait obtenu des autorisations ou des licences de bibliothèque pour une partie du volume de reproductions pertinentes pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l'utilisation équitable. Dans le cas du volume imprimé, 1,4 p. 100 des copies pertinentes pour la demande reconventionnelle n'étaient pas visées par l'une de ces autorisations ou licences. Dans le cas du volume numérique, 67,3 p. 100 des copies n'étaient pas visées par ces autorisations ou ces licences.
- e) Dans le cas du volume imprimé, les 40 864 copies (1,4 p. 100) non touchées par les autorisations ou les licences étaient visées par les Lignes directrices sur l'utilisation équitable. Ainsi, entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013, aucune copie des œuvres publiées qui figuraient dans les recueils de cours produits par York ne dépassait le seuil des Lignes directrices.
- f) Dans le cas du volume numérique, 72,6 p. 100 du volume non touché par les autorisations ou les licences était visé par les Lignes directrices. Entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013, 2 448 859 copies affichées sur les SGA dépassaient le seuil des Lignes directrices. Pour ce qui est des documents, cela se traduit par 1 591 documents contenant des extraits de livres affichés sur les SGA entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013 qui dépassaient le seuil des Lignes directrices. Cela signifie environ 0,01 document affiché sur un SGA par étudiant ETP.
- g) L'analyse des tendances suggère qu'il y a eu une baisse du volume global de reproductions imprimées par York (34,3 p. 100) et une baisse encore plus prononcée du volume de reproductions pertinentes pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l'utilisation équitable (58,7 p. 100) entre 2001 et 2013. La tendance inverse a été observée en ce qui

copying increased by 34.4 percent and the volume of digital copying relevant to the Guidelines counterclaim increased by 71.1 percent.

- (h) 14.0 percent of the printed volume of copying relevant to the counterclaim was published in Canada (18.9 percent for the digital volume). There does not appear to be a concentration of printed and digital copying within a small group of publishers.

[123] Wilk was involved in the Coursepack Study, which was a study to estimate the exposures of printed volumes included in coursepacks by York during the relevant period. There were significant differences between Gauthier and Wilk in terms of calculated exposures and in the “sealing up” of the sampling. Wilk took a different approach to Gauthier, particularly with respect to the copying done according to “permissions” held by York.

[124] Wilk was also involved in the LMS Study designed to estimate the volume of digital exposures of published works posted on York’s LMSs during the relevant period. The critical difference between Wilk’s estimation of copying and Gauthier’s estimation is attributable to the use of unique user data by Wilk as opposed to the use of enrolment data by Gauthier. This resulted in a difference of 13 million copies of materials for Wilk versus 16 million for Gauthier. There were greater differences between the two experts in respect of the coursepack analysis.

[125] Wilk’s evidence was seriously undermined during cross-examination. He made a number of assumptions without support—for example, he did not look at any underlying documentation to verify licensing status

concerne les affichages sur les SGA. Entre 2011 et 2013, le volume global de reproductions numériques a augmenté de 34,4 p. 100, et le volume de reproductions numériques pertinent pour la demande reconventionnelle relative aux Lignes directrices sur l’utilisation équitable a augmenté de 71,1 p. 100.

- h) En tout, 14,0 p. 100 du volume de reproductions imprimées pertinentes pour la demande reconventionnelle a été publié au Canada (18,9 p. 100 dans le cas du volume numérique). Il ne semble pas y avoir de concentration de reproductions imprimées et numériques au sein d’un petit groupe d’éditeurs.

[123] M. Wilk a participé à l’étude sur les recueils de cours qui consistait à estimer les copies des volumes imprimés inclus dans les recueils de cours par York au cours de la période visée. Il y avait des différences importantes entre les copies calculées par MM. Gauthier et Wilk et le « scellage » de l’échantillonnage. M. Wilk a préconisé une approche différente de celle de M. Gauthier, particulièrement à l’égard de la reproduction effectuée selon les « autorisations » détenues par York.

[124] M. Wilk a également participé à l’étude sur les SGA conçue pour estimer le volume de copies numériques d’œuvres publiées affichées sur les SGA de York au cours de la période visée. La différence essentielle entre l’estimation de M. Wilk de la reproduction et celle de M. Gauthier est attribuable à l’utilisation des données sur les utilisateurs uniques par M. Wilk par opposition à l’utilisation des données sur le nombre d’inscriptions par M. Gauthier. Il en a résulté une différence de 13 millions de copies de documents pour M. Wilk par rapport à 16 millions pour M. Gauthier. Il y avait des différences encore plus marquées entre les résultats des deux experts en ce qui concerne l’analyse sur les recueils de cours.

[125] Le témoignage de M. Wilk a été gravement compromis lors de son contre-interrogatoire. Il a formulé un certain nombre d’hypothèses n’ayant pas de fondement — par exemple, il n’a pas examiné la documentation

information. This failure to “dig deeper” affected the accuracy of his permissions analysis and his digital exposures analysis in the LMS sample.

[126] His study of the List of Publishers (Table 2.10 of his Report) was also based on unverified assumptions. Likewise, several of his other Tables were suspect (see, for example, Table 3.7).

[127] As exposed in cross-examination, Wilk’s failure to validate data undermined significant parts of his evidence and his opinions. In addition, as pointed out by Gauthier in his expert report and underscored in his oral testimony, Wilk’s reliance on unique user access was of questionable reliability.

[128] Overall, Wilk underestimated the results of the copying analysis. Where his evidence conflicts with that of Gauthier, I favour that of Gauthier.

(2) A. Scott Davidson

[129] The defendant also relied on the expert evidence of A. Scott Davidson, Managing Director of Duff & Phelps. Davidson had experience in valuations but no real experience in the publishing business. He was qualified as an expert without objection.

[130] Davidson’s principal role was to review and critique the PwC Report and to provide some observations, conclusions, and analysis. His Report was essentially a criticism of PwC, outlining what he saw was wrong with the PwC analysis but without providing the Court with a helpful analysis of what the Court should conclude from the evidence. This approach is less helpful to the Court than the approach taken by PwC and Gauthier.

[131] In summary, his opinion was that:

sous-jacente pour vérifier les renseignements relatifs au statut des licences. Ce défaut de « creuser plus loin » a eu des conséquences sur la précision de son analyse des autorisations et de ses copies numériques dans l’échantillon relatif aux SGA.

[126] Son étude de la liste des éditeurs (tableau 2.10 de son rapport) était également fondée sur des hypothèses non vérifiées. De même, plusieurs de ses autres tableaux étaient douteux (voir, par exemple, le tableau 3.7).

[127] Comme il a été exposé lors du contre-interrogatoire, l’omission de M. Wilk de valider des données a compromis des parties importantes de son témoignage et de ses opinions. En outre, comme M. Gauthier l’a observé dans son rapport d’expert et souligné dans son témoignage, le fait que M. Wilk se soit uniquement fondé sur l’accès des utilisateurs uniques était d’une fiabilité douteuse.

[128] Dans l’ensemble, M. Wilk a sous-estimé les résultats de l’analyse de la reproduction. Lorsque son témoignage contredit celui de M. Gauthier, je privilégie celui de M. Gauthier.

2) M. A. Scott Davidson

[129] La défenderesse s’est également appuyée sur le témoignage d’expert de M. A. Scott Davidson, directeur général de Duff & Phelps. M. Davidson avait de l’expérience en évaluation, mais aucune véritable expérience dans le domaine de l’édition. Il a été reconnu comme expert sans opposition.

[130] Le rôle principal de M. Davidson était d’examiner et de critiquer le rapport de PwC et de fournir des observations, des conclusions et une analyse. Son rapport a essentiellement été une critique du rapport de PwC, décrivant ce qu’il percevait comme ne fonctionnant pas dans l’analyse de PwC, mais sans fournir à la Cour d’analyse utile de ce que la Cour devrait conclure des éléments de preuve. Cette approche est moins utile à la Cour que l’approche adoptée par PwC et M. Gauthier.

[131] En résumé, son opinion était la suivante :

-
- | | |
|---|---|
| <p>(a) There is no basis, or there is an inadequate basis, for the Dobner Report's conclusions regarding the apparent and expected impacts of implementing the Guidelines at York and more broadly at Canadian post-secondary institutions.</p> <p>(b) From a business and financial perspective, the supporting analysis presented by PwC is generally insufficient to establish either or both of the conclusions that:</p> <ul style="list-style-type: none">- The alleged events have occurred or are likely to occur; and/or,- Implementation of the Guidelines did or will have a material influence on the alleged events. <p>(c) The Dobner Report's conclusions are speculative as the validity and strength of the conclusions could have been tested but were not.</p> <p>(d) There are a number of concerns with Dobner's approach in quantifying the alleged loss of licensing income.</p> <p>(e) There are a number of trends and factors impacting educational publishing industry:</p> <ul style="list-style-type: none">- The educational publishing industry has historically been large and profitable, but revenues and margins are facing increasing pressure from alternative sources of content.- The options available for students to obtain materials have increased. Students may buy used, rent or borrow textbooks, purchase electronic versions, or download materials legally and illegally. Students have reduced their total spending on course materials. | <p>a) Il n'y a aucun fondement, ou il y a un fondement inadéquat, aux conclusions du rapport de M. Dobner concernant les répercussions apparentes et attendues de la mise en œuvre des Lignes directrices à York et plus largement dans les établissements d'enseignement postsecondaire canadiens.</p> <p>b) D'un point de vue commercial et financier, l'analyse de soutien présentée par PwC est généralement insuffisante pour établir l'une ou l'autre ou les deux conclusions qui suivent :</p> <ul style="list-style-type: none">- Les faits allégués ont eu lieu ou sont susceptibles de survenir.- La mise en œuvre des Lignes directrices a eu ou aura une influence importante sur les événements allégués. <p>c) Les conclusions du rapport Dobner sont de nature spéculative, car la validité et la force des conclusions pourraient avoir été mises à l'épreuve, ce qui n'a pas été le cas.</p> <p>d) Il y a un certain nombre de points douteux quant à l'approche de M. Dobner sur la quantification de la perte de revenus tirés des licences alléguée.</p> <p>e) Il y a un certain nombre de tendances et de facteurs ayant une incidence sur le secteur de l'édition scolaire :</p> <ul style="list-style-type: none">- Le secteur de l'édition scolaire a été, par le passé, vaste et rentable, mais les revenus et les marges de profit subissent une pression grandissante en raison des autres sources de contenu.- Les options s'offrant aux étudiants dans l'obtention de matériel se sont multipliées. Les étudiants peuvent acheter des manuels scolaires d'occasion, en louer ou en emprunter, acheter des versions électroniques ou encore télécharger du matériel de façon légale |
|---|---|

- The transition to a digital marketplace presents challenges and opportunities. New participants are interrupting a mature industry which previously enjoyed high barriers to entry.
- Guidance on fair dealing in key court decisions in 2012 led to the development of a series of fair dealing guidelines.
- ou illégale. Les étudiants ont réduit leurs dépenses totales à l'égard du matériel de cours.
- La transition vers un marché numérique présente des défis et des possibilités. De nouveaux participants perturbent une industrie mature qui jouissait auparavant d'importantes barrières à l'entrée.
- Certaines directives sur l'utilisation équitable, lesquelles émanent de décisions clés rendues en 2012, ont mené à l'élaboration d'une série de directives sur l'utilisation équitable.

[132] While Davidson criticized Dobner's qualitative analysis approach, he was unable to provide a quantitative analysis or even to say that such was possible. He was even unwilling to opine on whether the educational publishing sector could survive the full implementation of the Guidelines.

[132] Alors que M. Davidson a critiqué l'approche de l'analyse qualitative de M. Dobner, il a été incapable de fournir une analyse quantitative ou même d'affirmer qu'elle était possible. Il n'a même pas voulu donner son avis sur la question de savoir si le secteur de l'édition scolaire pourrait survivre à la mise en œuvre intégrale des Lignes directrices.

[133] Davidson seemed to dispute that copying is a substitute for the original works, even though the evidence is overwhelming that it is. This also led to his conclusion that the Guidelines have not had and will not have a negative impact on revenues of owners—he indicated that other factors are the cause of the decline in revenues. However, he appeared to acknowledge that even by Wilk's calculations, 27 percent of the York copying was outside either its licence or the Guidelines.

[133] M. Davidson a semblé remettre en question le fait que la reproduction est un substitut aux œuvres originales, même si la preuve est accablante à cet égard. Cela a également mené à sa conclusion selon laquelle les Lignes directrices n'ont pas eu et n'auront pas de répercussions négatives sur les revenus des détenteurs — il a indiqué que d'autres facteurs sont à l'origine de cette baisse de revenus. Toutefois, il a semblé reconnaître que, même par les calculs de M. Wilk, 27 p. 100 des activités de reproduction de York outrepassaient sa licence ou les Lignes directrices.

[134] Davidson's lack of familiarity with the background facts was made clear during cross-examination. This unfamiliarity meant that many of his assumptions and responses were not forthcoming or clear enough to assist the Court.

[134] La méconnaissance de M. Davidson du contexte factuel est devenue évidente lors du contre-interrogatoire. Cette méconnaissance signifiait que beaucoup de ses hypothèses et de ses réponses n'étaient pas franches ou suffisamment claires pour aider la Cour.

[135] The Court recognizes that Davidson had a limited mandate, which negatively impacted the weight to be given his evidence. However, the Court can place

[135] La Cour reconnaît que M. Davidson avait un mandat limité, ce qui a eu une incidence négative sur le poids à donner à son témoignage. Toutefois, la Cour ne

little reliance on his evidence to the extent that he was attempting to undermine the plaintiff's case.

(3) Dustin Chodorowicz

[136] The defendant's final expert was Chodorowicz, a partner in Nordicity who works as a strategic, policy, and economic advisor in the "creative" business sector. He had expertise in quantitative analysis methods and econometric modelling. His expertise and qualifications were not challenged.

[137] Chodorowicz's mandate was, like that of Davidson, to review and comment on the PwC Report. He does not offer a substantial alternative viewpoint but merely offers criticism of PwC.

[138] To summarize his opinion, he was of the view that:

- (a) There is not sufficient empirical support in the PwC Report to conclude that the Guidelines adopted by York and other universities have had an impact on the sales of primary works (and thereby the industry's revenues).
- (b) A number of factors will dampen investment by publishers in the post-secondary educational market, including lower profitability, more promising alternative markets, digitalization, and uncertainty. Although a number of factors have resulted in the industry's decline, PwC has not presented information leading to the conclusion that the decline is linked to the Guidelines.
- (c) There is insufficient empirical support to ground the conclusion that the Guidelines will accelerate current trends in the sector toward lower overall sales volume.
- (d) The post-secondary educational market is broadly comparable to other sectors with respect

peut accorder beaucoup d'importance à son témoignage, dans la mesure où il tentait de porter atteinte à la cause de la demanderesse.

3) M. Dustin Chodorowicz

[136] Le dernier expert de la défenderesse était M. Chodorowicz, associé chez Nordicity, qui travaille comme conseiller stratégique, politique et économique dans le secteur commercial de la « création ». Il possède une expertise dans les méthodes d'analyse quantitative et la modélisation économétrique. Son expertise et ses qualifications n'ont pas été contestées.

[137] Le mandat de M. Chodorowicz était, comme celui de M. Davidson, d'examiner et de commenter le rapport PwC. Il n'offre pas de point de vue de rechange convaincant; il fait simplement une critique de PwC.

[138] Pour résumer son opinion, il était d'avis de ce qui suit :

- a) Il n'y a pas de fondement empirique suffisant dans le rapport PwC pour conclure que les Lignes directrices adoptées par York et d'autres universités ont eu des répercussions sur les ventes d'œuvres primaires (et donc sur les revenus de l'industrie).
- b) Un certain nombre de facteurs freineront l'investissement des éditeurs dans le marché de l'enseignement postsecondaire, notamment une rentabilité moindre, des marchés de rechange plus prometteurs, la numérisation et l'incertitude. Bien qu'un certain nombre de facteurs aient mené au déclin de l'industrie, PwC n'a pas présenté d'information menant à la conclusion que le déclin est lié aux Lignes directrices.
- c) Le fondement empirique est insuffisant pour justifier la conclusion que les Lignes directrices accéléreront les tendances actuelles dans le secteur vers une baisse du volume global de ventes.
- d) Le marché de l'enseignement postsecondaire est globalement comparable à d'autres secteurs en ce

to sale of content in terms of disruption from digital technology. Accordingly, broader issues should be factored into any conclusion about the potential causes of alleged negative impacts.

- (e) Declines in revenues may not always happen as predicted. Creators and publishers may find other product categories, distribution channels, and international markets to sustain or grow their incomes.

[139] His opinion contained significant speculation as to what different methods or approaches might inform any analysis, but he did little of that type of work. While Chodorowicz did not substantially dispute the basis of the PwC Report, he drew different conclusions from the underlying information.

[140] With respect, Chodorowicz used virtually no material references and was frequently evasive when challenged. His ultimate conclusion in testimony is that the Guidelines did not cause economic harm. That conclusion flies in the face of overwhelming evidence to the contrary.

[141] Chodorowicz admitted that it would be difficult to do a proper quantitative analysis because of problems with respect to the volume of copies and the establishing of control groups. These are matters about which Dobner also expressed concern, which led him to engage in a qualitative analysis.

[142] Significantly, Chodorowicz, having criticized Dobner/PwC and its approach, conceded that, as a quantitative approach was not feasible, the only option was a qualitative approach.

[143] I have concluded that Chodorowicz's admissions do more to assist the plaintiff than the defendant. Any suggestion that the Guidelines have not and will not have

qui concerne la vente de contenu et les perturbations causées par la technologie numérique. En conséquence, des questions plus larges devraient être prises en compte dans toute conclusion sur les causes possibles des répercussions négatives alléguées.

- e) Les baisses de revenus peuvent ne pas toujours se produire comme prévu. Les créateurs et les éditeurs peuvent trouver d'autres catégories de produits, circuits de distribution et marchés internationaux, afin de maintenir ou d'augmenter leurs revenus.

[139] Son avis contenait beaucoup de spéculation quant à la détermination des différentes méthodes ou approches qui permettraient de valider une analyse, mais il s'est peu livré à ce genre de travail. Tandis que M. Chodorowicz n'a pas contesté de façon convaincante le fondement du rapport de PwC, il a tiré des conclusions différentes de l'information sous-jacente.

[140] En toute déférence, M. Chodorowicz n'a utilisé pratiquement aucune référence matérielle et était souvent évasif lors du contre-interrogatoire. La conclusion finale de son témoignage est que les Lignes directrices n'ont pas causé de préjudice économique. Cette conclusion va à l'encontre des éléments de preuve accablants du contraire.

[141] M. Chodorowicz a admis qu'il serait difficile de faire une analyse quantitative appropriée en raison de problèmes en ce qui concerne le volume de copies et l'établissement de groupes témoins. Voici des questions sur lesquelles M. Dobner a également exprimé des doutes, ce qui l'a amené à s'engager dans une analyse qualitative.

[142] Fait important, M. Chodorowicz, ayant critiqué M. Dobner et PwC ainsi que leur approche, a admis que comme une approche quantitative n'était pas possible, la seule option était une approche qualitative.

[143] J'ai conclu que les admissions de M. Chodorowicz font davantage pour aider la demanderesse que la défenderesse. Toute suggestion que les Lignes directrices

negative impacts on copyright owners or publishers is not tenable. There is no question that the evidence has established that on the matter of impacts in the fairness analysis, the plaintiff has made out its thesis completely.

E. Survey Evidence

[144] Access put in evidence of three surveys. The introduction of this evidence was challenged by York and the Court dismissed this objection. Survey evidence is becoming increasingly prevalent in certain cases, and the reliability of surveys is improving but is never guaranteed. The prospect of the alternative to surveys—parading hundreds or even thousands of individuals before the Court to give their particular evidence—runs counter to any notion of effective and efficient modern trials.

Having recognized the necessity of such evidence, courts must be cautious in accepting the conclusions of surveys. There are frailties inherent in surveys generally which may be more marked in respect of any particular survey.

[145] As indicated earlier, the surveys provided context and directional guidance, but the absolute numbers were not particularly important. Many of the conclusions of the surveys accord with common sense—for example, losing royalties is not beneficial to the recipients of those royalties, and losing royalties in the arts/creative community may have serious negative impacts on that community.

[146] The first survey, by Gauthier’s firm of Access creator affiliates, dealt with post-secondary institutions generally and dealt in hypothetical impacts. The survey respondents come from varying perspectives — some were largely dependent on royalties, others not so much. Approximately 50 percent of respondents believed that the cessation of Access payments would have no impact on their creative output while about 40 percent believed there would be a reduction.

n’ont pas et n’auront pas de répercussions négatives sur les détenteurs de droit d’auteur ou les éditeurs n’est pas soutenable. Il n’y a aucun doute que la preuve a établi que, sur la question des répercussions dans l’analyse du caractère équitable, la demanderesse a complètement établi sa thèse.

E. Preuve par sondage

[144] Access a présenté trois sondages en preuve. La présentation de ces éléments de preuve a été contestée par York, et la Cour a rejeté cette objection. La preuve par sondage est de plus en plus répandue dans certaines causes, et bien que la fiabilité des sondages s’améliore, elle n’est jamais garantie. La perspective de la solution de rechange aux sondages — voir défiler des centaines ou même des milliers de personnes devant la Cour pour livrer leur témoignage particulier — est contraire à toute notion de procès modernes, efficaces et efficients.

Ayant reconnu la nécessité d’une telle preuve, les tribunaux doivent être prudents en admettant les conclusions de sondages. Il y a des faiblesses inhérentes aux sondages en général qui peuvent être plus marquées à l’égard de sondages particuliers.

[145] Comme il est indiqué précédemment, les sondages ont fourni un contexte et une orientation, mais les chiffres absolus n’étaient pas particulièrement importants. Un grand nombre de conclusions des sondages tiennent du bon sens — par exemple, la perte de redevances n’est pas avantageuse pour les bénéficiaires de ces redevances et la perte de redevances dans la communauté des arts et de la création peut avoir des incidences négatives graves sur cette communauté.

[146] Le premier sondage effectué par le cabinet de M. Gauthier auprès des créateurs affiliés à Access traitait généralement des établissements d’enseignement postsecondaire et présentait des répercussions hypothétiques. Les répondants au sondage ont différents points de vue — certains étaient largement tributaires de redevances, d’autres moins. Environ 50 p. 100 des répondants pensaient que la fin des paiements à Access n’aurait aucune incidence sur leur production artistique, alors qu’environ 40 p. 100 d’entre eux pensaient qu’elle serait réduite.

[147] From the other evidence, from professors who write as part of their academic interests and duties, the Court can only conclude that some large percentage but not necessarily the majority of creators will be adversely affected by the Guidelines, even if they are properly enforced. The amount is uncertain but not *de minimis*.

[148] The second survey, of members of the Association of Canadian Publishers in 2014, also dealt with hypothetical impacts and was not directed specifically at York. There was some confusion or contradiction with respect to the roles played by Dobner and Gauthier in the design and interpretation of the survey data, and Dobner had no qualifications in survey design.

[149] This survey was of limited assistance to the Court. The major conclusions were axiomatic: it was poor business not to receive royalties and the negative impact depended on the nature of each publisher's business.

[150] The third survey, of Canadian Authors on Educational Copying, was introduced by a fact witness, John Degen. The survey's results were that the majority of authors who responded—25 percent of those canvassed—were of the opinion that the AUCC guidelines were unfair. This is hardly a surprising result considering that many authors might experience a decline in revenues if the AUCC guidelines were adopted by all universities in a manner approximating York's adoption.

[151] Some of these matters are touched upon in the following analysis in respect of Fair Dealing.

VIII. Key Events—Main Action

[152] The events at Keele seemed to have the same impact in the context of the Access-York relationship as the shot fired at Sarajevo in 1914.

[147] À partir d'autres éléments de preuve, de professeurs qui écrivent dans le cadre de leurs intérêts et de leurs obligations scolaires, la Cour ne peut que conclure qu'un grand pourcentage, mais pas nécessairement la majorité des créateurs, subira le contrecoup des Lignes directrices, même si elles sont correctement mises en application. L'ampleur est incertaine, mais pas minime.

[148] Le deuxième sondage, des membres de l'Association of Canadian Publishers en 2014, a également traité des répercussions hypothétiques et ne visait pas spécifiquement York. Il y avait une certaine confusion ou contradiction en ce qui concerne les rôles joués par MM. Dobner et Gauthier dans la conception et l'interprétation des données du sondage et M. Dobner n'était aucunement qualifié pour concevoir des sondages.

[149] Ce sondage a été d'une utilité limitée à la Cour. Les principales conclusions étaient évidentes : ne pas recevoir de redevances faisait montre d'un piètre sens des affaires et les répercussions négatives dépendaient de la nature des activités de chaque éditeur.

[150] Le troisième sondage des auteurs canadiens sur la reproduction liée à l'enseignement a été introduit par un témoin de fait, M. John Degen. Selon les résultats du sondage, la majorité des auteurs qui ont répondu — 25 p. 100 des personnes sondées — était d'avis que les Lignes directrices de l'AUCC avaient un caractère inéquitable. Ce résultat n'est pas surprenant étant donné que de nombreux auteurs pourraient subir une baisse de revenus si les Lignes directrices de l'AUCC étaient adoptées par toutes les universités d'une manière semblable à l'adoption par York.

[151] Certaines de ces questions sont abordées dans l'analyse qui suit à l'égard de l'utilisation équitable.

VIII. Principaux événements — action principale

[152] Les événements ayant eu lieu à Keele ont semblé avoir le même impact dans le contexte de la relation entre Access et York que le coup de feu tiré à Sarajevo en 1914.

A. Keele Copy Centre

[153] York had had licensing agreements with Access from 1994 to the end of 2010. The licences typically provided for the payment of licence fees (a) at a per page fee for pages copied and sold to students (e.g. coursepacks) and (b) at a per FTE fee to cover any other copying that was not for a coursepack. By 2010, the fees were \$0.10 per page and \$3.38 per FTE.

[154] As part of Access's obligation to enforce copyrights and collect fees, Access periodically made "sweeps" of copy shops believed to be copying without paying fees.

[155] Keele had been caught up in one of these sweeps in 2008. In 2010, Access obtained a consent judgment against Keele for unauthorized copying.

[156] Keele is a digital printing and photocopying facility located in a strip mall directly across from the main entrance to York on Keele Street.

[157] In January 2012, Access carried out enforcement activities against Keele, including unannounced inspections of its premises. As disclosed in the trial, Access counsel Simon Hitchens was involved in these enforcement activities. From a review of Keele's computer records and e-mails, he established that 10-15 professors were involved in having Keele perform unauthorized (and unpaid) copying of coursepacks and loose material. Five of those professors gave evidence at the trial (the Five Professors).

[158] York contended that it was unaware of this unauthorized copying at Keele by a number of York professors.

A. Keele Copy Centre

[153] York possédait des contrats de licence avec Access de 1994 à la fin de 2010. Les licences prévoyaient en général le paiement de droits de licence a) selon des frais par page pour les pages copiées et vendues aux étudiants (par exemple les recueils de cours) et b) selon des frais par ETP pour couvrir toute autre reproduction qui n'était pas destinée à un recueil de cours. En 2010, les tarifs étaient de 0,10 \$ par page et de 3,38 \$ par ETP.

[154] Conformément à son obligation de faire respecter les droits d'auteur et de percevoir les droits, Access a périodiquement fait des [TRADUCTION] « coups de filet » dans les ateliers d'impression qui, selon elle, effectuait des reproductions sans payer de droits.

[155] Keele avait été intercepté dans un de ces coups de filet en 2008. En 2010, Access a obtenu un jugement sur consentement contre Keele pour la reproduction non autorisée.

[156] Keele est un centre d'impression numérique et de photocopie situé dans un centre commercial juste en face de l'entrée principale de York, rue Keele.

[157] En janvier 2012, Access a mené des activités d'application de la loi contre Keele, y compris des inspections inopinées de ses locaux. Comme cela a été révélé lors du procès, l'avocat d'Access, M^e Simon Hitchens, participait à ces activités d'application de la Loi. À partir d'un examen des dossiers informatisés et des courriels de Keele, il a établi que 10 ou 15 professeurs jouaient un rôle pour que Keele effectue des reproductions non autorisées (et non payée) de recueils de cours et de matériel varié. Cinq de ces professeurs ont témoigné lors du procès (les cinq professeurs).

[158] York a affirmé qu'elle ignorait cette reproduction non autorisée à Keele par un certain nombre de professeurs de York.

[159] In any event, York's response was to compile a list of copy shops which were licensed directly by Access and to send a memorandum which listed these authorized copy shops to faculty and staff.

[160] York did not take any disciplinary or corrective action against the professors in question and in this action took the position that York was not responsible for the actions of these employees, despite acknowledging that their actions were contrary to York policy.

[161] The Five Professors appeared at the trial to attempt to explain what they had done. Two professors assumed that copyright had somehow been taken care of, without taking any steps to confirm this one way or the other. One of the five assumed that Keele had obtained the necessary licences and the remaining two professors assumed (Court underlining) that the copying was covered under fair dealing.

The end result, however, is that the appropriate fees were not paid.

B. *Interim Tariff Events*

[162] In respect of the licence agreements referred to immediately above, these agreements only covered paper copies (not digital copies) of works in Access's repertoire and only covered certain amounts of the works. Moreover, the agreements did not cover copying of excerpts that were available for purchase as standalone works.

[163] In March 2010, Access filed a proposed tariff with the Board for post-secondary educational institutions covering the years 2011-2013 (the Proposed Tariff). It proposed a flat tariff rate of \$45 per FTE per year.

The Proposed Tariff was published in the *Canada Gazette*.

[159] En tout état de cause, la réponse de York a été de dresser une liste des ateliers d'impression auxquels Access avait directement concédé une licence et d'envoyer une note de service qui énumérait ces ateliers d'impression autorisés aux enseignants et au personnel.

[160] York n'a pas pris de mesures disciplinaires ou correctives contre les professeurs en question et a soutenu dans la présente action que York n'était pas responsable des actes de ces employés, bien que reconnaissant que leurs actes étaient contraires à la politique de York.

[161] Les cinq professeurs ont témoigné lors du procès pour tenter d'expliquer ce qu'ils avaient fait. Deux professeurs présumaient que la question du droit d'auteur avait en quelque sorte été prise en charge, sans prendre aucune mesure pour le confirmer d'une manière ou d'une autre. Un des cinq professeurs a présumé que Keele avait obtenu les licences nécessaires et les deux autres professeurs ont présumé (souligné par la Cour) que la reproduction était couverte par l'utilisation équitable.

Le résultat final, cependant, est que les droits correspondants n'ont pas été payés.

B. *Événements liés au Tarif provisoire*

[162] Les contrats de licence mentionnés ci-dessus ne concernaient que les copies papier (et non les copies numériques) des œuvres du répertoire d'Access et ne concernaient qu'un certain nombre d'œuvres. En outre, les contrats ne couvraient pas la reproduction d'extraits qui étaient offerts à la vente comme œuvres autonomes.

[163] En mars 2010, Access a déposé un projet de tarif auprès de la Commission visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2013 (le Projet de tarif). Elle a proposé un taux tarifaire fixe de 45 \$ par ETP par an.

Le Projet de tarif a été publié dans la *Gazette du Canada*.

[164] The Proposed Tariff was introduced against the background of the expiration of the last agreement between York and Access set for December 31, 2010.

[165] It was also introduced against the background of the failed negotiation between Access and the AUCC to establish a model licence agreement.

[166] York was well aware of the Proposed Tariff and the looming expiry of its licence agreement. The Proposed Tariff posed a problem for York because York had previously passed on the per page copying charge to students but had absorbed the FTE charge (which was \$3.38 in 2010). York was faced with the question of how to handle the elimination of the per page charge and the increase from \$3.38 per FTE to \$45 per FTE. It was also concerned with the increased record keeping and reporting obligations imposed by the Proposed Tariff, especially with respect to digital copies.

[167] As matters developed, it chose to ignore the FTE charge, ignore any reporting or record keeping obligations, and develop its own Fair Dealing Guidelines to shield it from the consequences of copyright claims.

[168] On December 23, 2010, the Board granted Access's application for an interim decision and set the terms of the Interim Tariff. The Interim Tariff incorporated the terms of the then existing AUCC model licence agreement to the extent possible.

[169] On that same day, York was formally informed of the terms of the Interim Tariff.

[170] York then operated under the Interim Tariff from that point until August 31, 2011—a period of eight months, coinciding with the end of one academic year and the beginning of another.

[171] However, on July 4, 2011, York provided Access with formal notice of its unilateral decision to “opt out” of the Interim Tariff as of August 31, 2011. York took

[164] Le Projet de tarif a été introduit dans le contexte de l'expiration du dernier contrat entre York et Access prévue le 31 décembre 2010.

[165] Il a également été introduit dans le contexte de la négociation échouée entre Access et l'AUCC pour établir un contrat de licence type.

[166] York était bien au courant du Projet de tarif et de l'expiration imminente de son contrat de licence. Le Projet de tarif posait un problème à York parce qu'elle avait déjà dépassé les frais par page reproduite aux élèves, mais avait absorbé les frais d'ETP (soit 3,38 \$ en 2010). York a été confrontée à la question de savoir comment gérer l'élimination des frais par page et l'augmentation de 3,38 \$ à 45 \$ par ETP. Elle s'inquiétait également de l'augmentation des obligations de tenue de dossiers et de déclaration imposées par le Projet de tarif, en particulier en ce qui concerne les copies numériques.

[167] Au fil de l'évolution de la situation, elle a choisi de ne pas tenir compte des frais d'ETP ni des obligations de déclaration ou de tenue de dossiers et de développer ses propres Lignes directrices sur l'utilisation équitable pour se protéger des conséquences des revendications sur le droit d'auteur.

[168] Le 23 décembre 2010, la Commission a accordé la demande d'Access de décision provisoire et a établi les modalités du Tarif provisoire. Le Tarif provisoire a intégré les modalités du contrat de licence type existant de l'AUCC dans la mesure du possible.

[169] Le même jour, York a été officiellement informée des modalités du Tarif provisoire.

[170] York a alors exercé ses activités en vertu du Tarif provisoire à partir de là et jusqu'au 31 août 2011 — une période de huit mois, coïncidant avec la fin d'une année universitaire et le début d'une autre année.

[171] Cependant, le 4 juillet 2011, York a envoyé à Access un avis officiel de sa décision unilatérale de [TRADUCTION] « se soustraire » au Tarif provisoire à

the position that the Interim Tariff was a voluntary matter as was the payment of copyright fees.

[172] Despite only giving notice on July 4, 2011, Lynch admitted that York had been preparing since 2010 to opt out of any Interim Tariff authorized by the Board.

As of September 1, 2011, York was operating outside the Interim Tariff and under its Fair Dealing Guidelines.

IX. The Fair Dealing Guidelines Story/Key Events in the Counterclaim

[173] Even as York was subject to its agreements with Access, it was planning to avoid future agreements and was examining the use of fair dealing guidelines. On December 22, 2010, it implemented its own guidelines modelled on those developed by the AUCC.

[174] Just before the expiry of the York-Access agreement, York administration advised its faculty and staff that upon such expiry, copies could still be made if there was permission or a licence from the copyright owner or if copying was done within its definition of “fair dealing”.

[175] By way of background, it was the AUCC who first developed a fair dealing policy in 2004 following the decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*). That policy was revised from time to time but the most recent iteration, relevant to this litigation, was in 2012.

[176] The 2012 revision to the AUCC policy resulted from the Supreme Court of Canada decision in *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345 (*Alberta (Education)*), and the passage of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20.

compter du 31 août 2011. York a soutenu que le Tarif provisoire était volontaire de la même façon que le paiement des redevances de droits d’auteur.

[172] Quoiqu’un avis ait seulement été donné le 4 juillet 2011, M^{me} Lynch a admis que York se préparait depuis 2010 à se soustraire à tout Tarif provisoire autorisé par la Commission.

Depuis le 1^{er} septembre 2011, York exerçait ses activités sans appliquer le Tarif provisoire et en vertu de ses Lignes directrices sur l’utilisation équitable.

IX. Historique des Lignes directrices sur l’utilisation équitable/principaux événements de la demande reconventionnelle

[173] Même quand York était assujettie à ses contrats avec Access, elle avait l’intention d’éviter de futurs contrats et s’intéressait au recours à des lignes directrices sur l’utilisation équitable. Le 22 décembre 2010, elle a mis en œuvre ses propres Lignes directrices calquées sur celles qui avaient été élaborées par l’AUCC.

[174] Juste avant l’expiration du contrat entre York et Access, l’administration de York a avisé son corps professoral et son personnel qu’après cette expiration, les copies pourraient encore être effectuées s’il y existait une autorisation ou une licence du détenteur de droit d’auteur ou si la reproduction était faite selon la définition de l’« utilisation équitable ».

[175] En guise de contexte, l’AUCC a été la première à élaborer une politique d’utilisation équitable en 2004 après l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (arrêt *CCH*). Cette politique a été révisée de temps à autre, mais la dernière version, pertinente en l’espèce, est entrée en vigueur en 2012.

[176] La révision de 2012 de la politique de l’AUCC a découlé de la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345 (arrêt *Alberta (Éducation)*) et l’adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20.

[177] AUCC engaged external legal counsel to develop the revised policy and instructed counsel to consult the university community (meaning university libraries, vice-presidents, and academics).

That consultation did not engage the copyright owners (writers, publishers, or Access). No explanation was ever given for this one-sided consultation process.

[178] The new AUCC policy was approved in October 2012, after which York revised its own Guidelines. There was little substantive difference between the revised AUCC policy and York's Guidelines other than incorporating certain exceptions—education, satire, and parody—and providing that each student enrolled in a class or a course may be provided with a single copy of a handout either through a coursepack, or a posting on an LMS, or a Moodle-like posting.

[179] The York Guidelines as revised in 2012 remain in effect today and are at issue in this litigation.

A. York—Publication/Copy Distribution

[180] York's libraries (York University Libraries and Osgoode Hall Law School Library) play a critical role in the access to and dissemination of educational materials, including hard copy collections (printed monographs and periodicals) as well as electronic collections. Osgoode Hall Law School Library is not part of this litigation.

[181] Electronic resources in the past few years have been increasingly demanded by professors and students. York has been acquiring various electronic resources in increasing numbers.

However, print collections remain an important part of York's libraries.

[177] L'AUCC a engagé un conseiller juridique externe afin d'élaborer la politique révisée et l'a chargé de consulter la communauté universitaire (à savoir les bibliothèques universitaires, les vice-présidents et les universitaires).

Cette consultation ne concernait pas les détenteurs de droit d'auteur (les auteurs, les éditeurs ou Access). Aucune explication n'a jamais été donnée pour ce processus de consultation unilatéral.

[178] La nouvelle politique de l'AUCC a été approuvée en octobre 2012, après quoi, York a révisé ses propres Lignes directrices. La politique révisée de l'AUCC et les Lignes directrices de York n'étaient pas fondamentalement différentes, sauf en ce qui concerne l'intégration de certaines exceptions — éducation, satire et parodie — et sous réserve que chaque étudiant inscrit à une classe ou à un cours puisse recevoir une seule copie d'un document au moyen d'un recueil de cours ou d'un affichage sur un SGA ou un affichage semblable à Moodle.

[179] Les Lignes directrices de York révisées en 2012 demeurent en vigueur à ce jour et sont en cause dans le présent litige.

A. York — publication/distribution de copies

[180] Les bibliothèques de York (les bibliothèques de l'Université de York et la bibliothèque de la faculté de droit Osgoode Hall) jouent un rôle essentiel dans l'accès et la diffusion de matériel éducatif, y compris les collections papier (les monographies et les périodiques imprimés), ainsi que des collections électroniques. La bibliothèque de la faculté de droit Osgoode Hall n'est pas concernée par le présent litige.

[181] Les ressources électroniques au cours des dernières années sont de plus en plus demandées par les professeurs et les étudiants. York fait de plus en plus l'acquisition de ressources électroniques diverses.

Toutefois, les collections imprimées demeurent une partie importante des bibliothèques de York.

[182] Access to electronic resources by York is generally by way of licences from publishers and subscriptions to databases. The licences and subscriptions may be indirectly acquired through library consortia or directly acquired by York. These licences and subscriptions permit certain uses to be made of the content, which is in contrast to Access's licence or its Interim Tariff which simply provides for the ability to copy.

[183] York provided evidence of its use of consortia, particularly the Canadian Research Knowledge Network and the Ontario Council of University Libraries. That evidence included the various safeguards for electronic resources. There is no dispute between the parties on the use of consortia or of electronic resources. It provided the Court with useful background on the extent of the dealings and some of the difficulties posed in this case in marshalling the vast amount of material which is subject to copyright.

It did not, however, allay concerns about whether the dealing was fair.

[184] York also led evidence on York's governance structures. An area of concern was that in some fashion the principle of "academic freedom" would be imperiled if copyright laws were enforced.

[185] As indicated earlier, several professors gave evidence as to the ways that they dealt with course materials but expressed a concern that ensuring copyright law compliance would infringe their academic freedom, whereas payment of other university obligations (water and electricity, taxes, etc.) would not.

[186] None of these witnesses advanced any feasible method for ensuring copyright law compliance, thereby effectively reading "[f]air dealing" out of section 29 and relying solely on the fact that the materials were used for education.

[182] L'accès aux ressources électroniques par York se fait généralement au moyen de licences des éditeurs et d'abonnements à des bases de données. Les licences et les abonnements peuvent être indirectement acquis par l'intermédiaire de consortiums bibliothécaires ou directement acquis par York. Ces licences et ces abonnements permettent certains usages du contenu, ce qui contraste avec la licence d'Access ou son Tarif provisoire qui prévoit simplement la possibilité d'effectuer des copies.

[183] York a fourni une preuve de son utilisation de consortiums, particulièrement le Réseau canadien de documentation pour la recherche et l'Ontario Council of University Libraries. Cette preuve comprenait les diverses mesures de protection des ressources électroniques. Il n'y a pas de différend entre les parties concernant l'utilisation des consortiums ou des ressources électroniques. Elle a fourni à la Cour un contexte utile sur l'ampleur des utilisations et certains des problèmes posés dans ce cas dans la canalisation de la grande quantité de matériel qui est assujéti au droit d'auteur.

Elle n'a toutefois pas dissipé les doutes quant à savoir si l'utilisation était équitable.

[184] York a également présenté une preuve sur les structures de gouvernance de York. D'une certaine façon, la mise en péril du principe de la [TRADUCTION] « liberté universitaire » dans le cas où les lois sur le droit d'auteur seraient appliquées constituait une source de préoccupation.

[185] Comme il est indiqué précédemment, plusieurs professeurs ont présenté une preuve quant aux façons dont ils utilisent le matériel de cours, mais ont exprimé un doute pour ce qui est de garantir le respect du droit d'auteur qui porterait atteinte à leur liberté universitaire, tandis que ce ne serait pas le cas du paiement d'autres obligations universitaires (eau et électricité, taxes, etc.).

[186] Aucun de ces témoins n'a présenté de méthode applicable pour veiller au respect du droit d'auteur, écartant ainsi dans les faits le terme « utilisation équitable » de l'article 29 et en s'appuyant uniquement sur le fait que le matériel était utilisé aux fins d'éducation.

[187] The evidence of the professors underscored the dual nature of the academic community's relationship with copyright. Academics are users of copyrighted material, but they are also creators of copyrighted material.

There is a mutual dependence between libraries/professors and the copyright regime which may suggest that a better system of protection and more certain criteria (such as in a licence or in a tariff) would assist all parties interested in education and access to educational materials.

X. Legal Conclusions

A. *Main Action—Was the Interim Tariff enforceable against York?*

(1) Preliminary

[188] Access alleges that it is entitled to recover royalties from York pursuant to the Interim Tariff. Its position is encapsulated in paragraph 23 of its closing submissions:

Applying the principles of statutory interpretation and considering both the legislative history and evolution of section 68.2 of the *Act*, Access Copyright submits that an approved tariff is enforceable against *all* users, such as York, who: 1) reproduce copyright-protected works in Access Copyright's repertoire; 2) who have not otherwise obtained permission for that reproduction; and 3) which reproductions are not covered by a statutory exception (e.g. fair dealing).

[189] York's position is that the Interim Tariff is not an approved tariff because it did not result from a tariff certification process, particularly having regard to sections 70.13 to 70.15 of the *Act*. It is also not an approved tariff because the Interim Tariff was not published in the *Canada Gazette*. As the Interim Tariff is not an approved tariff, it cannot be enforced under section 68.2 and is only binding on a user who consents to it—which, effective September 1, 2011, York did not.

[187] Le témoignage des professeurs a souligné la double nature du rapport de la communauté universitaire avec le droit d'auteur. Les universitaires sont des utilisateurs de matériel protégé par le droit d'auteur, mais ils en sont aussi des créateurs.

Il existe une dépendance mutuelle entre bibliothèques, les professeurs et le régime du droit d'auteur qui peut indiquer qu'un meilleur système de protection et des critères plus précis (comme une licence ou un tarif) aideraient toutes les parties qui s'intéressent à l'éducation et à l'accès à du matériel éducatif.

X. Conclusions juridiques

A. *Action principale — le Tarif provisoire était-il opposable à York?*

1) Questions préliminaires

[188] Access allègue qu'elle est admissible au recouvrement de redevances de York en vertu du Tarif provisoire. Sa position est résumée au paragraphe 23 de sa plaidoirie finale :

[TRADUCTION] Appliquant les principes d'interprétation législative et examinant l'historique législatif et l'évolution de l'article 68.2 de la Loi, Access Copyright fait valoir qu'un tarif homologué est opposable à *tous* les utilisateurs, comme York, qui : 1) reproduisent des œuvres protégées par le droit d'auteur dans le répertoire d'Access Copyright; 2) qui, par ailleurs, n'ont pas été autorisés à faire cette reproduction; et 3) dont les reproductions ne sont pas visées par une exception législative (par exemple l'utilisation équitable).

[189] La position de York est que le Tarif provisoire n'est pas un tarif homologué parce qu'il ne découle pas du processus de certification de tarif, plus particulièrement en ce qui concerne les articles 70.13 à 70.15 de la Loi. Il n'est également pas homologué, car il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*. En raison du fait que le Tarif provisoire n'est pas homologué, il ne peut pas être exécutoire en vertu de l'article 68.2 et il est seulement contraignant à l'égard d'un utilisateur qui y consent — ce qui n'était pas le cas de York en date du 1^{er} septembre 2011.

[190] The word “tariff” is not defined in the Act. However, “tariffs” are frequently referred to in connection with fees or charges which must be paid—examples exist in respect of fields as diverse as energy and harbour charges.

[191] As seen in Alberta Utilities Commission legislation and expressed in *ENMAX Power Corp. (Re)*, [2004] A.E.U.B.D. No. 58 (QL), decided by the then-Alberta Energy and Utilities Board, tariffs are approved by a board and involve binding charges. Likewise, in the context of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), a tariff includes terms and conditions and charges.

[192] This notion of a tariff as binding runs through not only boards such as the National Energy Board, CRTC, Nova Scotia Utility and Review Board, and Ontario Energy Board, but also includes tariffs of fees fixed by the executive as seen in *Algoma Central Corporation v. Canada*, 2009 FC 1287, 358 F.T.R. 236, where a Minister could set the tariff of fees.

[193] Section 2 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, refers to tariffs in respect of “costs or fees” within the definition of “regulation”. This connotes at least an element of compulsion or requirement to pay.

(2) Scheme of the Act

[194] In April 1997, subsection 68.2(1) of the Act came into effect, providing for the ability of collective societies, such as Access, to collect royalties established in an approved tariff:

Effect of fixing royalties

68.2 (1) Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[190] Le mot « tarif » n’est pas défini dans la Loi. Toutefois, il est fréquemment fait référence au mot « tarifs » relativement aux frais ou aux droits qui doivent être versés — des exemples existent dans des domaines aussi variés que les frais d’énergie et les droits d’amarrage.

[191] Comme nous l’avons vu dans la législation de l’Alberta Utilities Commission et tel que cela est exprimé dans la décision *ENMAX Power Corp. (Re)*, [2004] A.E.U.B.D. n° 58 (QL), rendue par l’organisme alors appelé l’Alberta Energy and Utilities Board, les tarifs sont homologués par une commission et comprennent des frais contraignants. De la même façon, dans le contexte du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), un tarif comprend des modalités et des frais.

[192] Cette notion de tarif contraignant est non seulement une caractéristique des commissions comme l’Office national de l’énergie, le CRTC, la Commission des services publics et d’examen de la Nouvelle-Écosse et la Commission de l’énergie de l’Ontario, mais comprend également les tarifs de droits établis par l’exécutif dans la décision *Algoma Central Corporation c. Canada*, 2009 CF 1287, dans laquelle un ministre pouvait établir le tarif des droits.

[193] L’article 2 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, fait référence à des tarifs « de droits, de frais ou d’honoraires » dans la définition du terme « règlement ». Cela connote à tout le moins un élément d’obligation ou une exigence de payer.

2) Esprit de la Loi

[194] En avril 1997, le paragraphe 68.2(1) de la Loi est entré en vigueur, énonçant le droit pour les sociétés de gestion comme Access de percevoir des redevances établies dans un tarif homologué :

Portée de l’homologation

68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.

[195] Considering the scheme of the Act, tariffs and the enforcement of tariffs (both final and interim) are an integral part of the legislative scheme created by Parliament for the collective administration of copyright.

Parliament recognized the difficulties copyright owners might face in enforcing their rights individually against those who copied copyright protected works.

[196] The Act provided mechanisms for the protection of those rights, particularly through the unified structures of a collective society as had previously been done.

[197] Under earlier provisions of the 1970 Act (sections 48–50), PRSs filed lists of works for which they had the authority to issue licences. Proposed “statements” of fees, charges, and royalties were filed for the issuance of licences. The process of approval of these statements went to the Copyright Appeal Board, which dealt with any objections and which approved (with or without amendments) or rejected the statements.

The approved statement set out the fees, royalties, and charges that the performing rights societies were legally entitled to collect for the issuance or grant of licences to users in respect of the works in the repertoire of the PRSs.

[198] The PRSs were entitled to sue and collect the fees approved by the Copyright Appeal Board in respect of the issuance or grant by it of licences for the performance of any or all of the works. Despite the broad wording, the enforcement action was limited to situations where a user had entered into a binding agreement/licence. The PRSs were limited to an action for copyright infringement (see *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D’Or (1981) Ltée et al.* (1988), 16 F.T.R. 104 (F.C.T.D.)).

[195] Considérant l’esprit de la Loi, les tarifs et le caractère exécutoire des tarifs (définitifs et provisoires) sont partie intégrante du régime législatif créé par le législateur pour l’administration collective du droit d’auteur.

Le législateur a reconnu les difficultés auxquelles les détenteurs de droit d’auteur peuvent faire face pour faire respecter leurs droits individuellement contre ceux qui copient les œuvres protégées.

[196] La Loi prévoit des mécanismes pour la protection de ces droits, plus particulièrement au moyen des structures unifiées d’une société de gestion comme cela avait précédemment été fait.

[197] En vertu des dispositions antérieures de la Loi de 1970 (articles 48 à 50), les sociétés de perception déposaient des listes d’œuvres pour lesquelles elles avaient le pouvoir de délivrer des licences. Les projets de « déclarations » de droits, de frais et de redevances étaient déposés pour la délivrance des licences. Le processus d’approbation de ces déclarations relevait de la Commission d’appel du droit d’auteur qui traitait les objections et qui approuvait (avec ou sans modifications) ou rejetait les déclarations.

La déclaration homologuée établissait les droits, les redevances et les frais que les sociétés de perception étaient légalement admissibles à percevoir pour la délivrance ou l’octroi de licences aux utilisateurs à l’égard des œuvres du répertoire de la société de perception.

[198] Les sociétés de perception avaient le droit d’intenter des poursuites et de percevoir les droits homologués par la Commission d’appel du droit d’auteur relativement à la délivrance ou à l’octroi par la Commission de licences pour l’exécution de tout ou partie des œuvres. Malgré le libellé général, la mesure d’exécution se limitait aux situations dans lesquelles un utilisateur avait conclu une entente ou un contrat de licence exécutoire. Les recours des sociétés de perception se limitaient aux actions en violation de droit d’auteur (voir la décision *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D’Or (1981) Ltée et al.* (1988), 16 F.T.R. 104 (C.F. 1^{re} inst.)).

[199] In recognition of the limitation on enforcement, Parliament, in 1989, amended the Act such that after Board approval, a PRS had the right to collect royalties specified in the statement or “in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction” [at subsection 68.2(1) of the Act]. Enforcement was no longer tied to whether a user had entered into a licence agreement.

[200] These 1989 legislative changes also permitted new “licensing bodies” to collectively administer copy-rights, including reproduction rights. Among the new licensing bodies flowing from this amendment was Access.

[201] The Board’s jurisdiction in respect of the new licensing bodies was to fix royalties to be paid by a user (to the licensing body) as well as other terms and conditions.

[202] As a result, and unlike the rights of a PRS, the new licensing bodies were not accorded the right to file with the Copyright Appeal Board proposed statements and had no enforcement remedies equivalent to those of PRSs.

[203] However, necessitated in part by the problems of enforcement of copyright against users, the rights of the collectives were expanded in the 1997 revisions: firstly, to file proposed tariffs with the Board as an alternative to entering into agreements with users and, secondly, in respect of a Board approved tariff, the collectives were afforded the right to collect royalties specified in the tariff and, in case of default in payment, the collective could recover the royalties in the Federal Court. In this regard, the rights of these new licensing bodies like Access paralleled the rights of such organizations as the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN).

[204] I concur with Access’s view that the legislative history, and particularly the development of the modern

[199] En reconnaissance de la restriction imposée à l’exécution, le législateur a, en 1989, modifié la Loi afin qu’une société de perception ait le droit de percevoir les redevances précisées dans la déclaration ou « le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice » [au paragraphe 68.2(1) de la Loi]. Le caractère exécutoire n’était plus lié à la question de savoir si un utilisateur avait conclu un contrat de licence.

[200] Ces modifications législatives de 1989 ont également permis à de nouvelles « sociétés de gestion » de collectivement administrer les droits d’auteur, y compris les droits de reproduction. Access faisait partie des nouvelles sociétés de gestion découlant de cette modification.

[201] La compétence de la Commission à l’égard de ces nouvelles sociétés de gestion était d’établir les redevances qu’un utilisateur devait verser (à la société de gestion), ainsi que les autres modalités.

[202] Par conséquent, et contrairement aux droits d’une société de perception, les nouvelles sociétés de gestion ne se sont pas vues accorder le droit de déposer des projets de déclaration auprès de la Commission d’appel du droit d’auteur et n’avaient aucun recours en exécution équivalant à ceux de la société de perception.

[203] Toutefois, en raison en partie des problèmes d’application du droit d’auteur contre des utilisateurs, les droits des sociétés de gestion se sont étendus dans les révisions de 1997 : tout d’abord, pour déposer les projets de tarifs auprès de la Commission comme alternative à la conclusion d’ententes avec les utilisateurs et, d’autre part, en ce qui concerne un tarif homologué par la Commission, les sociétés de gestion ont eu le droit de percevoir les redevances figurant au tarif et, en cas de défaut de paiement, de recouvrer les redevances devant la Cour fédérale. À cet égard, les droits de ces nouvelles sociétés de gestion comme Access sont devenus équivalents aux droits des organisations comme la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN).

[204] Je suis d’accord avec le point de vue d’Access selon lequel l’historique législatif et en particulier

enforcement provisions, confirm the legislative intent to provide collectives with effective enforcement mechanisms against users who are not subject to an agreement and who reproduce, without authority from owners or without the benefit of an exception (e.g. fair dealing), copyright protected works covered by the collectives, such as those works in Access's repertoire.

(3) Statutory Interpretation

[205] The modern approach to statutory interpretation, as laid out in numerous cases including *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, instructs that the words of legislation are to be examined as follows:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[206] The notion of compulsion, as opposed to a voluntary payment, is consistent with the legislative history of the amendments in 1997. Those amendments dealt in part with the enforceability of rights to be exercised by collectives.

[207] The *Interpretation Act* defines a regulation as including a tariff of costs or fees. As such, a tariff is subordinate legislation:

2 (1) ...

...

regulation includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

l'élaboration des dispositions d'application modernes, confirment l'intention du législateur de fournir aux sociétés de gestion des mécanismes d'application efficaces contre les utilisateurs non assujettis à une entente et qui reproduisent, sans autorisation des détenteurs ou sans le bénéfice d'une exception (par exemple, celle de l'utilisation équitable), des œuvres protégées par le droit d'auteur couvertes par les sociétés de gestion, comme les œuvres du répertoire d'Access.

3) Interprétation législative

[205] La méthode moderne d'interprétation législative, énoncée dans de nombreux cas, y compris l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, précise que le libellé de la législation doit être examiné comme suit :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[206] La notion d'obligation, par opposition à un paiement volontaire, correspond à l'historique législatif des modifications de 1997. Ces modifications abordaient en partie le caractère exécutoire des droits devant être exercés par les sociétés de gestion.

[207] La *Loi d'interprétation* définit un règlement comme comprenant un tarif de droits, de frais ou d'honoraires. À ce titre, un tarif est une mesure législative déléguée :

2 (1) [...]

[...]

règlement Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris :

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

(b) by or under the authority of the Governor in Council; (*règlement*) [Court's underlining.]

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. (*regulation*) [La Cour souligne.]

[208] Courts are also to interpret legislation in accordance with the *Interpretation Act*, particularly section 12:

[208] Les tribunaux doivent aussi interpréter la législation conformément à la *Loi d'interprétation*, plus particulièrement à l'article 12 :

Enactments deemed remedial

Principe et interprétation

12 Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

12 Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[209] While the word “tariff” is not defined in the Act, it is a word found in other contexts to indicate an imposed charge, as discussed earlier.

[209] Bien que le mot « tarif » ne soit pas défini dans la Loi, il s'agit d'un mot se trouvant dans d'autres contextes pour indiquer l'imposition de frais, comme il est mentionné précédemment.

[210] The use of the term “tariff” is consistent with the provisions of the Act directed at ensuring that copyright owners are paid for the reproduction of their works and is also consistent with the role of collectives, such as Access, in collecting the amounts which are due or become due. Subsection 68.2(1) indicates the mandatory nature of payment for copying.

[210] L'utilisation du terme « tarif » est cohérente avec les dispositions de la Loi visant à assurer que les détenteurs de droit d'auteur sont rémunérés pour la reproduction de leurs œuvres et également cohérente avec le rôle des sociétés de gestion, comme Access, en ce qui a trait à la perception des montants qui sont exigibles ou qui le deviennent. Le paragraphe 68.2(1) révèle le caractère obligatoire du paiement de la reproduction.

[211] The compulsory nature of a tariff is also evidenced by the nature of the tariff-setting process. Under section 70.12, either a tariff is filed or the relevant parties enter into an agreement. The agreement option is voluntary and is in contrast to the mandatory nature of a tariff.

[211] Le caractère obligatoire d'un tarif est également illustré par la nature du processus d'établissement du tarif. En vertu de l'article 70.12, un tarif est déposé ou les parties concernées concluent une entente. Le choix de l'entente est volontaire et contraste avec le caractère obligatoire d'un tarif.

[212] Further, under section 70, where there is public notification of the tariff process, the provision for Board approval and certification of a tariff is also consistent with the mandatory nature of the result of the Board's certification. There is no suggestion of “opting out” in these provisions.

[212] De plus, en vertu de l'article 70, dans le cas où il existe une notification publique du processus de tarification, la disposition prévoyant l'approbation et l'homologation d'un tarif par la Commission cadre également avec le caractère obligatoire du résultat de l'homologation par la Commission. Il n'est pas possible de « se soustraire » aux termes de ces dispositions.

[213] As indicated earlier, York's reliance on the Supreme Court's decision in *SODRAC* is misplaced. The Supreme Court of Canada's decision is distinguishable from the provisions (sections 70.1–70.191 of the Act) at issue in this case.

[213] Comme je l'ai indiqué plus tôt, York fait fausse route lorsqu'elle invoque l'arrêt *SODRAC* de la Cour suprême du Canada. La décision de la Cour suprême du Canada se distingue des dispositions (articles 70.1 à 70.191 de la Loi) en cause en l'espèce.

[214] The Supreme Court of Canada in *SODRAC* was dealing with a different regime: licensing royalties and terms and conditions under section 70.2 of the Act. The regime in the present case is tariff-setting. Most importantly, under the licensing regime, section 70.2 read in conjunction with section 70.4 was permissive such that a user could avail itself of the terms and conditions set by the Board. The language of section 70.4 allowed a user/licensee to opt out of the licence terms:

Application to fix amount of royalty, etc.

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

Fixing royalties, etc.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

...

Effect of Board decision

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[215] That language of “opting out” does not appear in sections 70.1–70.191 (see Schedule B). The fact that

[214] Dans l'arrêt *SODRAC*, la Cour suprême du Canada abordait un régime différent : des redevances et des modalités relatives aux licences en vertu de l'article 70.2 de la Loi. Il est question d'un régime d'établissement de tarif en l'espèce. Plus important encore, en vertu du régime d'octroi de licences, l'article 70.2 lu conjointement avec l'article 70.4 était permissif de façon telle qu'un utilisateur pouvait se prévaloir des modalités établies par la Commission. La formulation de l'article 70.4 permettait à un utilisateur ou détenteur de licence de se soustraire aux termes de la licence :

Demande de fixation de redevances

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

Modalités de la fixation

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

[...]

Portée de la fixation

70.4 L'intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l'égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[215] La formulation « se soustraire » n'apparaît pas aux articles 70.1 à 70.191 (voir l'annexe B). Cela fait

it does not strongly suggest that tariffs are mandatory, particularly when contrasted with the permissive language of the licensing regime.

[216] The Supreme Court of Canada makes no comment on the tariff regime, the Board's tariff fixing jurisdiction, or any other aspect of the approval and enforcement of tariffs.

[217] Not only is the *SODRAC* decision not on point, it teaches in a different direction than that advocated by York. The language of the two sets of provisions (sections 70.1–70.191 versus sections 70.2–70.4) evidences a clear legislative intent to separate tariff fixing from arbitrary licence terms. One is compulsory, and the other is permissive.

[218] The Court has concluded that an approved tariff is a form of subordinate legislation which is mandatory and binding on any person to whom it pertains. There is no opting out.

[219] The copying of works in Access's repertoire, the scope of that repertoire, and the accounting and payment by York for such copying by its employees is deferred to Phase II of this action (the Damages Phase).

[220] If York did not copy any works in Access's repertoire, if it obtained proper permission to copy those works, or if the copying was exempt by law—the fair dealing defence and counterclaim—then the tariff would not be applicable. Absent these conditions, the tariff is mandatory.

(4) Status of Interim Tariff

[221] With the licence agreements between York and Access coming to an end and no prospect of an extension or renewed agreement, Access filed the Proposed Tariff on March 30, 2010.

fortement valoir le caractère obligatoire des tarifs, plus particulièrement en comparaison avec la formulation permissive du régime d'octroi de licences.

[216] La Cour suprême du Canada ne se prononce pas sur le régime tarifaire, la compétence de la Commission en matière d'établissement de tarif ou tout autre aspect de l'homologation ou de l'application de tarifs.

[217] La décision dans l'arrêt *SODRAC* est non seulement non pertinente, mais elle s'écarte de la position préconisée par York. La formulation des deux séries de dispositions (articles 70.1 à 70.191 et articles 70.2 à 70.4) démontre une intention législative claire de distinguer l'établissement de tarifs des modalités arbitraires relatives aux licences. L'une est obligatoire et l'autre est permissive.

[218] La Cour a conclu qu'un tarif homologué constitue une forme de législation déléguée qui est obligatoire et contraignante pour les personnes concernées. Il n'est pas possible de s'y soustraire.

[219] La reproduction d'œuvres du répertoire d'Access, la portée de ce répertoire, la comptabilisation et le paiement par York pour cette reproduction par ses employés est traitée dans la deuxième phase de la présente action (la phase portant sur les dommages).

[220] Si York n'a pas copié d'œuvres du répertoire d'Access, si elle a obtenu les autorisations adéquates de copier ces œuvres ou si la reproduction faisait l'objet d'une exception légale — la défense et la demande reconventionnelle d'utilisation équitable — le tarif ne trouverait alors pas application. En l'absence de ces conditions, le tarif est obligatoire.

4) Statut du Tarif provisoire

[221] En raison de l'échéance des contrats de licence entre York et Access et de l'impossibilité de prolonger ou de renouveler le contrat, Access a déposé le Projet de tarif, le 30 mars 2010.

In October 2010, Access filed an application under section 66.5 of the Act requesting an interim decision for the interim payment of royalties for copying at all post-secondary educational institutions for the period January 1, 2011 to the date the Board certified the tariff.

[222] Following strong opposition to the Proposed Tariff, the Board decided that the interim decision would be in the form of an interim tariff. The Interim Tariff was issued on December 23, 2010 and was effective January 1, 2011.

[223] The Board ordered Access to post the Board's decision and the terms of the Interim Tariff on Access's website and to take all reasonable steps to alert the post-secondary educational community of the Interim Tariff.

The Interim Tariff was not published in the *Canada Gazette*.

[224] As indicated in the Board's decision, the Interim Tariff was issued to address the vacuum that would exist if there was no agreement between users and owners.

[225] As to the legal status of the Interim Tariff, the Board found that enforcement of an approved tariff under section 70.17 of the Act was engaged whether or not the tariff was interim or final.

No judicial review was taken of the Board's decision.

[226] York now says that the Interim Tariff is not enforceable. It contends that the Interim Tariff is not an approved tariff. However, York was in a position to apply to judicially review the Board's decision and had sufficient knowledge and the legal status to do so—it did not. It waited until these proceedings to question the Board's decision. In fact, it complied with the Interim Tariff until it implemented the Guidelines. It appears

En octobre 2010, Access a déposé une demande en vertu de l'article 66.5 de la Loi sollicitant une décision provisoire pour le versement provisoire de redevances pour la reproduction à tous les établissements d'enseignement postsecondaire au cours de la période du 1^{er} janvier 2011 jusqu'à la date de l'homologation du tarif par la Commission.

[222] À la suite d'une forte contestation du Projet de tarif, la Commission a décidé que la décision provisoire prendrait la forme d'un tarif provisoire. Le Tarif provisoire a été émis le 23 décembre 2010 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

[223] La Commission a ordonné à Access d'afficher la décision de la Commission et les modalités du Tarif provisoire sur le site Web d'Access et de prendre toutes les mesures raisonnables pour sensibiliser la communauté des établissements d'enseignement postsecondaires au Tarif provisoire.

Le Tarif provisoire n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*.

[224] Comme l'indique la décision de la Commission, le Tarif provisoire a été émis pour combler le vide qui existerait en cas d'absence de contrat entre les utilisateurs et les détenteurs.

[225] À l'égard du statut juridique du Tarif provisoire, la Commission a estimé qu'un tarif homologué en vertu de l'article 70.17 de la Loi était exécutoire, que le tarif soit provisoire ou définitif.

La décision de la Commission n'a pas fait l'objet d'un contrôle judiciaire.

[226] York prétend maintenant que le Tarif provisoire n'est pas exécutoire. Elle fait valoir que le Tarif provisoire n'a pas été homologué. York était toutefois en mesure de faire une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission et en avait une connaissance suffisante, ainsi que le statut juridique pour le faire — ce qui n'a pas été le cas. Elle a attendu les présentes procédures pour remettre en question la décision

that York’s position was that it could opt out of the Interim Tariff at any point it chose.

[227] The Supreme Court of Canada has repeatedly condemned the collateral attack of administrative decisions—which is what is suggested by York’s defence.

[228] York’s position not only challenges the compulsory nature of the Interim Tariff, its argument about posting the Interim Tariff is also a direct challenge to the Board’s decision, inherent in its posting instructions, that posting in the *Canada Gazette* was not “practicable”.

[229] While it is not necessary to decide this matter on the collateral attack issue, York’s position smacks of collateral attack. Collateral attack in the context of administrative law has been considered where “a second proceeding involves the non-compliance with an administrative order that has not been previously challenged through the administrative appeal process but is challenged in the second proceeding” (Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2015), at page 465).

[230] The judicial policy rationale for the principle was well described in *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706 [at paragraphs 22 and 26]:

.... Although administrative orders like the one in the case at bar can be subject to judicial review by the superior courts, the problem before us presupposes, *inter alia*, that the affected party did not apply for review.

...

Finally, in resolving the problem of collateral attacks on administrative orders, it is necessary to bear in mind the role and importance of administrative structures in

de la Commission. En fait, elle a respecté le Tarif provisoire jusqu’à ce qu’elle mette en œuvre les Lignes directrices. Il semble que la position de York était qu’elle pouvait se soustraire au Tarif provisoire à tout moment choisi par elle.

[227] La Cour suprême du Canada a condamné les attaques incidentes des décisions administratives de manière répétée — ce que semble faire valoir la défense de York.

[228] Non seulement la position de York remet en question le caractère obligatoire du Tarif provisoire, mais son argument à l’égard de l’affichage du Tarif provisoire constitue également une attaque directe de la décision de la Commission, inhérente dans ses instructions d’affichage, selon laquelle la publication dans la *Gazette du Canada* n’était pas « possible ».

[229] Même s’il n’est pas nécessaire de trancher cette question relative à l’attaque incidente, la position de York s’apparente à une attaque incidente. Dans le contexte du droit administratif, on considère qu’il y a une attaque incidente lorsqu’ [TRADUCTION] « une deuxième procédure implique le non-respect d’une ordonnance administrative qui n’a pas été précédemment contestée par le processus d’appel administratif, mais qui est contestée dans la deuxième procédure » (Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2015), à la page 465).

[230] La raison d’être de la politique judiciaire a été correctement décrite dans l’arrêt *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706 [aux paragraphes 22 et 26] :

[...] Bien que les ordonnances administratives du type de celle qui nous préoccupe ici puissent faire l’objet d’un contrôle judiciaire par les cours supérieures, le problème auquel nous sommes confrontés suppose, notamment, qu’aucune demande de révision n’ait été formulée par la partie touchée.

[...]

Finalement, en cherchant réponse au problème des attaques incidentes à l’encontre d’ordonnances administratives, il faut tenir compte du rôle et de l’importance

the organization of the various sectors of activity characteristic of contemporary society. The growing number of regulatory mechanisms and the corresponding administrative structures are a reflection of the state's will to intervene in spheres of activity, such as economics, communications media, health technology or the environment, whose growing complexity requires constantly evolving expertise and normative instruments permitting a pointed and rapid intervention consistent with the specific circumstances of the situation.

[231] Judicial review is an important process in this case. The scope and enforceability of the Interim Tariff are matters squarely within the Board's jurisdiction. The resolution of these issues would engage the Board's expertise—something which Parliament clearly intended as a matter of substance (see *SODRAC*). These issues are ones for which the Board is entitled to deference by this Court.

[232] York argues that the Interim Tariff is not an approved tariff because it was not published in the *Canada Gazette* as required by subsection 68(4):

68

Publication of approved tariffs

(4) The Board shall

(a) publish the approved tariffs in the *Canada Gazette* as soon as practicable; and

(b) send a copy of each approved tariff, together with the reasons for the Board's decision, to each collective society that filed a proposed tariff and to any person who filed an objection.

[233] It was the Board which had the obligation, such as it was, to publish in the *Canada Gazette*. However, given the circumstances and the urgency (as expressed in the Board's decision) to prevent a vacuum, the Board apparently decided that publication was not practicable — a matter which is within its discretion to decide.

des structures administratives dans l'ordonnement des divers secteurs d'activités qui caractérisent la société contemporaine. La multiplication des mécanismes réglementaires et des structures administratives correspondantes reflète la volonté de l'État d'intervenir dans des sphères d'activités dont la complexité croissante, que ce soit dans des domaines comme l'économie, les moyens de communication, la technologie de la santé ou l'environnement, fait appel à une expertise en constante évolution et requiert des instruments normatifs qui permettent une intervention ponctuelle, rapide et répondant aux circonstances particulières de la situation.

[231] Le contrôle judiciaire est un important processus en l'espèce. La portée et le caractère exécutoire du Tarif provisoire sont des questions qui relèvent entièrement de la compétence de la Commission. La résolution de ces questions engagerait l'expertise de la Commission — le législateur avait de toute évidence l'intention d'en faire une question de fond (voir l'arrêt *SODRAC*). La Cour doit faire preuve de déférence à l'égard de la Commission en ce qui concerne ces questions.

[232] York allègue que le Tarif provisoire ne constitue pas un tarif homologué, car il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada* comme l'exige le paragraphe 68(4) :

68 [...]

Publication du tarif homologué

(4) Elle publie dès que possible dans la *Gazette du Canada* les tarifs homologués; elle en envoie copie, accompagnée des motifs de sa décision, à chaque société de gestion ayant déposé un projet de tarif et aux opposants.

[233] Cette obligation de publication dans la *Gazette du Canada* incombait à la Commission. Toutefois, étant donné les circonstances et l'urgence (exprimées dans la décision de la Commission) pour prévenir un vide, la Commission a décidé semble-t-il que la publication n'était pas possible — une question qui relève de son pouvoir discrétionnaire.

[234] The purpose of publication in the *Canada Gazette* is to give notice to affected parties. In this case, York had actual knowledge of the Interim Tariff.

York's position, if accepted, would be a triumph of form over substance. That argument is unsustainable.

[235] Therefore, the Court dismisses York's arguments that the Interim Tariff is neither mandatory nor properly established.

[236] York's last major point in its challenge to the operation of the Interim Tariff is that there was no breach of the Interim Tariff and, if there was, York is not responsible for the breaches of the Interim Tariff.

[237] Quite apart from the significant copying done under the auspices of fair dealing (and the absence of payment for that copying), there is the evidence of at least five full-time instructors at York (that is, the Five Professors) having had copies made of copyright protected materials by the unlicensed copy shop Keele—mostly complete book chapters for coursepacks.

[238] Section 7 of Schedule C of the Interim Tariff prohibited York's instructors from assembling into coursepacks copies of published works covered under authority of section 2(a) of the Interim Tariff.

[239] There is no doubt that the actions of the Five Professors, in conjunction with Keele, were contrary to the Interim Tariff. Further, the sampling exercise done for the purposes of this litigation established that multiple sets of coursepacks were printed without the permission of the owner. This type of printing went unreported to Access and unpaid, despite the requirements of the Interim Tariff.

[240] The Five Professors were direct participants in the infringement even though some of them assumed

[234] L'objectif de la publication dans la *Gazette du Canada* est de donner avis aux parties concernées. En l'espèce, York avait une connaissance réelle du Tarif provisoire.

La position de York, si elle est retenue, ne ferait que permettre que la forme l'emporte sur le fond. Cet argument est insoutenable.

[235] Par conséquent, la Cour rejette les arguments de York selon lesquels le Tarif provisoire n'est ni obligatoire ni établi de manière satisfaisante.

[236] Le dernier point important de York dans sa contestation de l'application du Tarif provisoire est qu'il n'y a pas eu de violation de celui-ci, mais que le cas échéant, elle n'en est pas responsable.

[237] Indépendamment de la reproduction importante effectuée en utilisant le prétexte de l'utilisation équitable (et l'absence de paiement pour cette reproduction), il a été prouvé qu'au moins cinq instructeurs à temps plein à York (à savoir, les cinq professeurs) ont fait des copies de documents protégés par le droit d'auteur par l'intermédiaire de l'atelier d'impression Keele non autorisé — en grande partie des chapitres entiers d'ouvrages pour des recueils de cours.

[238] L'article 7 de l'annexe C du Tarif provisoire interdit aux instructeurs de York d'assembler en recueils de cours des copies d'œuvres publiées couvertes en vertu de l'article 2a) du Tarif provisoire.

[239] Il n'existe aucun doute que les agissements des cinq professeurs, conjointement avec Keele, étaient contraires au Tarif provisoire. De plus, l'exercice d'échantillonnage effectué aux fins du présent litige a établi que de nombreuses séries de recueils de cours ont été imprimées sans l'autorisation du détenteur. Ce type d'impression n'a pas été signalé à Access et n'a pas été payé, malgré les exigences du Tarif provisoire.

[240] Les cinq professeurs participaient directement à la violation même si certains d'entre eux ont présumé

that the copying was in accordance with copyright obligations. Keele was the agent for these professors, who in turn were employees of York. The role of the professors was more than merely providing authorization to Keele—the actions of copying were theirs, although they were carried out by their agent.

[241] The unauthorized copying triggered obligations under the Interim Tariff. Those obligations were the obligations of York, which is legally responsible for that copying.

[242] There is no issue that the instructors were employees of York who were acting within the scope of their employment and for the benefit of York. The selection and reproduction of course materials were central activities of York instructors. The actions were not performed for the sole benefit of the instructors independent of their teaching responsibilities.

[243] While York may not have specifically authorized the offending copying, those acts were so closely connected to the professors' authorized employment activities as to render York vicariously liable.

[244] It is instructive that, despite York's acceptance that the Keele copying was outside of the Guidelines, it produced no evidence of any disciplinary actions taken against the professors, nor did it take any significant or effective remedial action.

[245] York's approach to these copyright infringing actions is consistent with its wilfully blind approach to ensuring compliance with copyright obligations, whether under the Interim Tariff or under the Fair Dealing Guidelines.

(5) Conclusion—Main Action

[246] The plaintiff is entitled to the declaration of entitlement to and payment of royalties as pleaded and the

que la reproduction se faisait dans le respect des obligations sur le droit d'auteur. Keele était le mandataire de ces professeurs, qui pour leur part étaient des employés de York. Le rôle que les professeurs ont joué était plus important que de simplement donner une autorisation à Keele — c'est eux qui se sont livrés à la reproduction, même si elle était effectuée par leur mandataire.

[241] La reproduction non autorisée a généré des obligations en vertu du Tarif provisoire. Ces obligations relevaient de York qui est légalement responsable de cette reproduction.

[242] Il ne fait aucun doute que les instructeurs étaient des employés de York qui agissaient dans le cadre de leur emploi et au profit de York. Le choix et la reproduction du matériel de cours faisaient partie des activités principales des instructeurs de York. Les actions n'ont pas été exécutées au seul profit des instructeurs, indépendamment de leurs responsabilités d'enseignement.

[243] Même si York n'a pas précisément autorisé la reproduction illégale, ces actes étaient tellement étroitement liés aux activités autorisées dans le cadre de l'emploi des professeurs qu'ils ont rendu York responsable du fait d'autrui.

[244] Il est intéressant de noter que malgré la reconnaissance par York que la reproduction de Keele dépassait les Lignes directrices, elle n'a produit aucune preuve à l'égard de mesures disciplinaires contre les professeurs et n'a pas non plus pris de mesures correctives importantes ou efficaces.

[245] L'approche de York à l'égard de ces actions en violation de droit d'auteur est cohérente avec son aveulement volontaire visant à assurer le respect de ses obligations en matière de droit d'auteur, que ce soit en vertu du Tarif provisoire ou en vertu des Lignes directrices sur l'utilisation équitable.

5) Conclusion — action principale

[246] La demanderesse a droit à une déclaration portant sur son admissibilité à des redevances et au paiement de

ancillary relief set forth in this judgment, including injunctive relief (where needed), costs, and pre- and post-judgment interest.

[247] The Court retains jurisdiction to deal with the calculation of amounts owing and other matters as contemplated in Phase II, upon request of the plaintiff.

[248] The defendant has pleaded the exception of fair dealing in respect of education, as is more fully discussed in the next section of these reasons.

B. Counterclaim

(1) General

[249] Both parties emphasize the consideration of the purpose of copyright and its exceptions, particularly fair dealing. The Supreme Court of Canada has described copyright law as “a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336 (*Théberge*), at paragraph 30).

[250] The exceptions to copyright infringement enacted by Parliament serve to counterbalance the exclusive rights of copyright owners. One of the most important exceptions to infringement is “fair dealing” as set forth in sections 29, 29.1, and 29.2 of the Act.

[251] Following the *Théberge* decision, the Supreme Court of Canada rendered the decision in *CCH*. As the Supreme Court of Canada made clear, “fair dealing” is a positive user right, not merely a defence to infringement. However, the burden of establishing fair dealing rests with the party asserting the right.

celles-ci comme elle l’a plaidé et à la réparation accessoire décrite dans le présent jugement, y compris une injonction (au besoin), des dépens et des intérêts antérieurs et postérieurs au jugement.

[247] La Cour conserve la compétence relativement au calcul des sommes dues et à d’autres questions abordées dans la deuxième phase, à la demande de la demanderesse.

[248] La défenderesse a plaidé l’exception d’utilisation équitable en ce qui a trait à l’éducation, comme cela est indiqué de façon plus détaillée dans la prochaine section des présents motifs.

B. Demande reconventionnelle

1) Généralités

[249] Les deux parties insistent sur l’examen de l’objectif du droit d’auteur et de ses exceptions, plus particulièrement l’utilisation équitable. La Cour suprême du Canada a décrit le droit d’auteur comme « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » (arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336 (arrêt *Théberge*), au paragraphe 30).

[250] Les exceptions à la violation du droit d’auteur adoptées par le législateur servent à contrebalancer les droits exclusifs des détenteurs de droit d’auteur. Une des exceptions les plus importantes à la violation est « l’utilisation équitable » énoncée aux articles 29, 29.1 et 29.2 de la Loi.

[251] Après l’arrêt *Théberge*, la Cour suprême du Canada a rendu la décision dans l’arrêt *CCH*. Comme la Cour suprême du Canada l’a clairement établi, l’« utilisation équitable » est un droit d’utilisateur positif et non simplement un moyen de défense à une violation. Toutefois, il incombe à la partie qui fait valoir le droit d’établir l’utilisation équitable.

[252] *CCH* provided guidance to courts considering fair dealing in three areas:

- The analysis is a two-step process: first, the authorized purpose (in this case education) must be established and second, the dealing must be fair;
- “Fair” is not defined and is a question of fact depending on the circumstances of each case; and,
- The fairness analysis engages six non-exhaustive factors:
 - (a) purpose of the dealing,
 - (b) the character of the dealing,
 - (c) the amount of the dealing (amount of copying),
 - (d) alternatives to the dealing,
 - (e) the nature of the work, and
 - (f) the effect of the dealing on the work.

The first five features must be established by York. To the extent Access claims a negative effect of the dealing, the burden shifts to it to establish that factor.

[253] Through the pentology of cases, particularly *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN*), and *Alberta (Education)*, the Supreme Court of Canada provided further guidance and underscored the importance of the rights of content users. However, importance does not equate with exclusivity or dominance. The analysis/fairness assessment requires a balancing of interests.

[254] The jurisprudence permits the fairness assessment to be done on the basis of individual dealing as

[252] L’arrêt *CCH* a donné des directives aux tribunaux dans trois domaines à l’égard de l’utilisation équitable :

- l’analyse est un processus en deux volets — tout d’abord la fin autorisée (en l’espèce, l’éducation) doit être établie et ensuite, l’utilisation doit être équitable;
- le terme « équitable » n’est pas défini et constitue une question de fait dépendant des circonstances de l’espèce;
- l’analyse du caractère équitable engage six facteurs non exhaustifs :
 - a) le but de l’utilisation;
 - b) la nature de l’utilisation;
 - c) l’ampleur de l’utilisation (l’ampleur de la reproduction);
 - d) les solutions de rechange à l’utilisation;
 - e) la nature de l’œuvre;
 - f) l’effet de l’utilisation sur l’œuvre.

Les cinq premières caractéristiques doivent être établies par York. Dans la mesure où Access allègue un effet négatif de l’utilisation, il lui incombe alors d’établir ce facteur.

[253] Au moyen des cinq causes, plus particulièrement l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 (arrêt *SOCAN*), et l’arrêt *Alberta (Éducation)*, la Cour suprême du Canada a donné plus de directives et a souligné l’importance des droits des utilisateurs de contenu. Toutefois, importance n’équivaut pas à exclusivité ou dominance. L’analyse ou l’évaluation du caractère équitable exige un équilibre des intérêts.

[254] La jurisprudence permet de faire une évaluation du caractère équitable en se fondant sur une utilisation

well as on the basis of policies and/or practices (*CCH*, at paragraph 63).

[255] As was also made clear in *CCH*, the fairness assessment looks at the text of the policies, the rationale for the policies, and the practical or real dealing by the users of the owners' works. Both the Guidelines themselves and the practices under the Guidelines must be fair.

[256] The fairness assessment is only engaged if the Court is satisfied that the dealing was for an "allowable purpose" under section 29 (i.e., research, private study, education, parody, or satire). It is a low threshold to meet and there is no real issue that York has established that the dealing (copying) was for the allowable purpose of education. Having established an allowable purpose, the Court must turn to the second step in the analysis, which does not incorporate considerations of "education" as being "fair" or of education being part of the fairness factor assessment.

[257] It is the second stage of the analysis—the fairness of the dealing—on which there is debate and for which many copies were made, as indicated by the size of the record.

[258] York seeks a determination of whether copying within the Guidelines constitutes fair dealing.

[259] York puts great reliance on the *CCH* decision. It sees the instant case as being parallel with *CCH* and the Great Library's Access Law Policy [Access to the Law Policy and Guidelines].

[260] Other than the legal principles announced in *CCH*, that decision is more of a burden than a benefit to York. One important distinction is that the copying done at the Great Library was for others, not for the Library itself. In York's situation, the copying and the Guidelines serve York's interests and the interests of its faculty and students. There is an objectivity in *CCH* which is absent in York's case.

individuelle, ainsi que sur le fondement des politiques ou des pratiques (arrêt *CCH*, au paragraphe 63).

[255] Comme l'arrêt *CCH* l'a également clairement établi, l'évaluation du caractère équitable examine le libellé des politiques, la raison d'être des politiques et l'utilisation pratique ou réelle par les utilisateurs des œuvres des détenteurs. Les Lignes directrices en tant que telles et les pratiques en vertu des Lignes directrices doivent être équitables.

[256] L'évaluation du caractère équitable est seulement engagée si la Cour est convaincue que l'utilisation avait lieu à l'« une des fins énumérées » en vertu de l'article 29 (à savoir, la recherche, l'étude privée, l'éducation, la parodie ou la satire). Le seuil est peu élevé et le fait que York doit établir que l'utilisation (la reproduction) avait lieu à l'une des fins énumérées à savoir, l'éducation, n'est pas en cause. Ayant établi une des fins énumérées, la Cour doit maintenant passer au deuxième volet de l'analyse, qui ne considère pas l'« éducation » comme étant « équitable » ou comme faisant partie de l'évaluation du facteur du caractère équitable.

[257] C'est à l'égard du deuxième volet de l'analyse — le caractère équitable de l'utilisation — qu'il y a débat et pour lequel beaucoup de copies ont été faites, comme l'indique la taille du dossier.

[258] York cherche à obtenir une décision sur la question de savoir si la reproduction stipulée dans les Lignes directrices constitue une utilisation équitable.

[259] York invoque avec beaucoup d'insistance l'arrêt *CCH*. Elle considère la présente affaire comme étant parallèle à l'arrêt *CCH* et à la Politique d'accès à l'information juridique de la Grande bibliothèque.

[260] À part les principes juridiques annoncés dans l'arrêt *CCH*, cette décision nuit plus à York qu'elle ne lui profite. Une distinction importante est que la reproduction effectuée à la Grande bibliothèque l'était pour des tiers et non pour la bibliothèque en tant que telle. Dans la situation de York, la reproduction et les Lignes directrices servent les intérêts de York et celui de ses enseignants et de ses étudiants. L'arrêt *CCH* comporte une certaine objectivité qui est absente dans le cas de York.

[261] Of even greater significance is that in *CCH*, the copying at issue was that of a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation, or limited selection of text from a treatise. It was not the mass copying of portions of books, texts, articles, entire artistic work, or portions of collections, nor was it the multiple copying of those materials into coursepacks or digital formats.

[262] Furthermore, the manner in which the Access Law Policy was implemented and practised was markedly different from the York Guidelines. These differences included:

- Copying at a single location under the supervision and control of research librarians in the Great Library contrasted with no effective supervision, control, or other method of “gatekeeping” at York;
- A policy strictly applied and enforced by librarians versus virtually no enforcement of the Guidelines by anyone in authority at York;
- Single copies made versus multiple copies;
- A large amount of *ad hoc* or situational copying for users at the Great Library contrasted with the mass systemic and systematic copying at York; and,
- An absence of negative impacts on publishers in *CCH* as contrasted with the negative impacts on creators and publishers caused or at least significantly contributed to by York.

[263] Those positive features at the Great Library pointed to the fairness of its policy. By contrast, the absence of those features in the York situation points to the unfairness of its Guidelines.

[261] Encore plus important, dans l’arrêt *CCH*, la reproduction en cause était une seule copie d’une décision publiée, d’un résumé jurisprudentiel, d’une loi, d’un règlement ou d’un extrait limité d’un traité. Il ne s’agissait pas de copies en grande quantité de parties d’ouvrages, de textes, d’articles, d’une œuvre artistique intégrale ou de parties de collections ni de copies multiples de ces documents dans des recueils de cours ou en versions numériques.

[262] De plus, la façon dont la Politique d’accès à l’information juridique a été mise en œuvre et exécutée est nettement différente des Lignes directrices de York. Ces différences comprenaient celles qui suivent :

- la reproduction à un seul emplacement sous la supervision et le contrôle de bibliothécaires de recherche dans la Grande bibliothèque contrastait avec la situation de York dans laquelle il n’y avait aucune supervision efficace, aucun contrôle, ni aucune autre méthode de « contrôle d’accès »;
- une politique strictement appliquée et respectée par des bibliothécaires par opposition à pratiquement aucune mesure d’application des Lignes directrices par des personnes ayant autorité à York;
- des copies uniques plutôt que de multiples copies;
- une grande quantité de copies particulières ou situationnelles pour les utilisateurs de la Grande bibliothèque contrastaient avec les copies systématiques et systématiques en grandes quantités à York;
- une absence de répercussions négatives à l’égard des éditeurs dans l’arrêt *CCH* par opposition aux répercussions négatives sur les créateurs et les éditeurs causées par York ou à tout le moins auxquelles York a contribué de manière importante.

[263] Ces caractéristiques positives à la Grande bibliothèque mettent en évidence le caractère équitable de sa politique. En revanche, l’absence de ces caractéristiques dans la situation de York indique le caractère inéquitable de ses Lignes directrices.

(2) The Fairness Factors

(a) *The Purpose of the Dealing*

[264] There is a certain degree of overlap in the case law between the purpose at stage one (“allowable purpose”) and the purpose of the dealing as one of the stage two factors. However, the stage two purpose consideration examines matters from the users’ perspective. In this case, there are two users—the university which is assembling material, copying, and distributing the material as the publisher, and the student who is the end user of the material.

[265] In *CCH*, the Court approached this factor from the perspective of the Great Library’s policy and the safeguards for ensuring that the copying was done for research purposes. Anyone requesting copies had to identify the purpose of copying and any concerns about the purpose were referred to the Reference Librarian. In *SOCAN*, the Court considered the safeguards in place to ensure copying was done for research purposes.

[266] Safeguards were virtually non-existent in the York system. Neither the Copyright Officer nor the librarians (nor anyone else, for that matter) played any role in ensuring compliance with the Guidelines. The notice of copyright obligations and the acknowledgment of copyright policies by faculty have proven not to be sufficient to ensure compliance. The absence of safeguards tends toward unfairness.

[267] However, there is no dispute that the copying by York was done for educational purposes generally. The conflating of the purpose considerations of stage one and stage two is problematic.

[268] The Board has established a practice of referring to the purpose part of the stage two analysis as the “goal of the dealing”—in this case the goal of the Guidelines—to avoid the problem of conflation:

2) Les facteurs liés au caractère équitable

a) *But de l’utilisation*

[264] Il y a un certain niveau de chevauchement dans la jurisprudence entre la fin du premier volet (une « fin énumérée ») et le but de l’utilisation comme l’un des facteurs du deuxième volet. Toutefois, l’examen du but du deuxième volet porte sur des questions du point de vue de l’utilisateur. En l’espèce, il y a deux utilisateurs — l’université qui assemble du matériel et qui reproduit et distribue le matériel à titre d’éditeur, et l’étudiant qui est l’utilisateur final du matériel.

[265] Dans l’arrêt *CCH*, le tribunal a traité ce facteur du point de vue de la politique de la Grande bibliothèque et des garanties pour assurer que la reproduction soit faite à des fins de recherche. Toute personne demandant des copies devait indiquer le but de la reproduction et toute préoccupation concernant le but était transmise au bibliothécaire de référence. Dans l’arrêt *SOCAN*, la Cour a examiné les garanties mises en place pour assurer que la reproduction était faite à des fins de recherche.

[266] Les garanties étaient pratiquement inexistantes dans le système de York. Ni le responsable du droit d’auteur ni les libraires (ni personne d’autre, en l’occurrence) n’a joué un rôle dans l’assurance du respect des Lignes directrices. L’avis relatif aux obligations en matière de droits d’auteur et la reconnaissance des politiques sur le droit d’auteur par les enseignants se sont avérés insuffisants pour assurer la conformité. L’absence de garanties tend vers une situation d’iniquité.

[267] Toutefois, il n’est pas contesté que la reproduction de York a été généralement faite à des fins d’éducation. La fusion des examens du but du premier volet et du deuxième volet est problématique.

[268] La Commission a établi une pratique qui consiste à faire référence à la partie du but de l’analyse du deuxième volet comme étant le « but de l’utilisation », en l’espèce, le but des Lignes directrices — pour éviter le problème de la confusion :

Some confusion may have arisen from the fact that the English text of the *CCH* decision refers to two different parts of the fair-dealing test as the “purpose” of the dealing: the purpose considered in the first step of the test, and the purpose factor considered in the second step of the test. This nomenclature appears to have led Parties to make arguments that are applicable to the first step when discussing the second step, and *vice-versa*. For this reason, inspired by the phrase “*le but de l’utilisation*” used in paragraph 54 of the French version of the *CCH* decision, we find it preferable to use the expression “goal of the dealing” when referring to the first factor of the second step in English.

...

The evaluation of [“the goal of the dealing”] involves considering the fairness of the goal for which the permitted (under the first step) activity (e.g., research, private study) took place. In *CCH*, this involved examining the fairness of research for the goal of providing legal advice in a commercial context. In *Bell*, it was the fairness of research for the goal of deciding whether to purchase musical works online. The fact that research or another permitted activity are undertaken for a further or additional goal does not, in itself, make this factor tend towards unfairness. [Citation omitted.]

(*Reproduction of Literary Works, Re*, 2015 CarswellNat 1792 (WLNext Can.), at paragraphs 259, 264 (Copyright Board); see also *Reproduction of Literary Works, Re*, 2016 CarswellNat 436 (WLNext Can.), at paragraph 246 (Copyright Board)).

[269] The Board’s method of referring to this stage of the analysis as the “goal of the dealing” instead of the “purpose of the dealing” to avoid conflation between stage one and part one of stage two of the test is a useful reference point. Even in the case at bar, York tended to return to the part one purpose throughout its argument on part two of the test.

[270] Under the “goal of the dealing”, the focus is on considering the fairness of the goal for which the per-

Une certaine confusion semble avoir découlé des termes employés dans l’analyse relative au caractère équitable. Tant au premier qu’au deuxième volet du cadre d’analyse, le texte anglais de la décision *CCH* fait référence au terme « *purpose* » de l’utilisation. Cela semble avoir mené les parties à formuler des arguments qui s’appliquent au premier volet au niveau du deuxième volet, et vice versa. Pour cette raison, nous estimons qu’il est utile d’appeler le « *purpose* » examiné au deuxième volet du critère, le « *goal of the dealing* », en anglais, inspiré par l’expression le « but de l’utilisation », tel que mentionné dans la version française de l’arrêt *CCH*, au paragraphe 54.

[...]

Pour apprécier [« la fin de l’utilisation »], il faut examiner le caractère équitable du but pour lequel l’activité autorisée (selon le premier volet) (p. ex., la recherche, l’étude privée) a été effectuée. Dans *CCH*, il fallait examiner le caractère équitable du but qui consistait à fournir des avis juridiques dans un contexte commercial. Dans *Bell*, il était question du caractère équitable de la recherche effectuée dans le but de décider d’acheter ou non des œuvres musicales en ligne. Le fait que la recherche ou une autre activité autorisée soient effectuées pour un but autre ou supplémentaire n’a pas pour effet, à lui seul, de faire tendre ce facteur vers l’iniquité. [Renvois omis.]

(*Reproduction of Literacy Works, Re*, 2015 Carswell Nat 1792 (WLNext Can.), aux paragraphes 259 et 264 (Commission du droit d’auteur) [*Reproduction d’œuvres littéraires, 2005-2014*]; voir aussi *Reproduction of Literacy Works, Re*, 2016 CarswellNat 436 (WLNext Can.), au paragraphe 246 (Commission du droit d’auteur) [*Reproduction d’œuvres littéraires, 2010-2015*]).

[269] La méthode de la Commission consistant à désigner ce volet de l’analyse comme le « but de l’utilisation » au lieu de la « fin de l’utilisation » pour éviter une confusion entre le premier volet et la première partie du deuxième volet du critère est un point de référence utile. Même en l’espèce, York avait tendance à revenir à la fin de la première partie tout au long de son argumentation sur la deuxième partie du critère.

[270] Selon le « but de l’utilisation », l’accent est mis sur l’examen du caractère équitable du but pour lequel

mitted activity (e.g. research, education) took place. In this context, the question is the fairness of the goal of allowing students to access required course materials for education. Considered in isolation, this would tend toward fairness (although if considered in tandem with access to alternatives, its character may actually change to less fair). Of course, cost saving could be a goal of this activity as well, but as fair dealing embeds the ability of the user to access the content without compensating the creator that feature would be present in all fair dealing situations.

[271] However, in this case, the history of the dispute is a relevant consideration. In July 2011, York advised Access of its intention to opt out of the Interim Tariff—as described by Lynch, the opting out was motivated by Access’s proposed tariff rate of \$45 per FTE student.

In the Spring of 2012, York chose not to enter into the 2012 AUCC model licence offered by Access because the cost was \$26 per FTE, despite the fact that in 2010 York had effectively paid Access \$38 per FTE (the sum of fixed and variable rate) just for permission to photocopy.

[272] It is evident that York created the Guidelines and operated under them primarily to obtain for free that which they had previously paid for. One may legitimately ask how such “works for free” could be fair if fairness encompasses more than one person’s unilateral benefit.

[273] The goal of the dealing was multifaceted. Education was a principal goal, specifically education for end user. But the goal of the dealing was also, from York’s perspective, to keep enrolment up by keeping student costs down and to use whatever savings there may be in other parts of the university’s operation.

l’activité autorisée (par exemple la recherche, l’éducation) a eu lieu. Dans ce contexte, la question est le caractère équitable du but de permettre aux étudiants d’accéder au matériel de cours nécessaire à l’éducation. Pris isolément, cela tendrait vers le caractère équitable (quoique lorsque considéré en tandem avec un accès à des solutions de rechange, sa nature puisse effectivement changer et devenir moins équitable). Évidemment, des économies de coûts pourraient aussi bien être un but de cette activité, mais comme l’utilisation équitable comprend la possibilité pour l’utilisateur d’accéder au contenu sans rémunérer le créateur, cette caractéristique serait présente dans toutes les situations d’utilisation équitable.

[271] Toutefois, en l’espèce, l’historique du litige est une considération pertinente. En juillet 2011, York a signalé à Access son intention de se soustraire au Tarif provisoire — comme décrit par M^{me} Lynch, le désengagement était motivé par le projet de tarif d’Access prévoyant un taux de 45 \$ par étudiant ETP.

Au printemps 2012, York a choisi de ne pas conclure le contrat de licence type de l’AUCC de 2012 offert par Access en raison du coût de 26 \$ par ETP, malgré le fait qu’en 2010 York avait effectivement payé 38 \$ par ETP (la somme des taux fixe et variable) à Access uniquement pour être autorisée à effectuer des photocopies.

[272] Il est évident que York a créé les Lignes directrices et exercé ses activités en vertu de celles-ci principalement pour obtenir gratuitement ce qu’elle payait précédemment. On peut légitimement se demander comment ces « œuvres gratuites » pourraient être équitables si le caractère équitable englobe l’avantage unilatéral de plus d’une personne.

[273] Le but de l’utilisation avait plusieurs facettes. L’éducation était un but principal, plus précisément l’éducation de l’utilisateur final. Mais le but de l’utilisation visait également, du point de vue de York, à continuer à augmenter le nombre d’inscriptions en réduisant les coûts pour les étudiants, grâce aux économies réalisées lors d’autres activités de l’université.

[274] I do not accept Access’s contention that the “purpose” must be transformational to tend toward fairness—the case law does not support such a submission.

[275] In this case, while the goal of the dealing is mixed and is a factor to be considered, it is not a strong factor in the fairness analysis.

(b) *Character of Dealing*

[276] Under this factor, courts must examine how the work was dealt with, the number of copies made, and the extent of dissemination. For example, multiple widely distributed copies will tend to be unfair. In contrast, if the copy is destroyed after its use, then this may lean towards a finding of fairness. It may be relevant to consider the custom or practice in the industry to determine whether the character of the dealing is fair (see *CCH*, at paragraph 55; *SOCAN*, at paragraph 37).

[277] However, the Supreme Court of Canada has cautioned that the “character” and “amount” inquiries must not be conflated. Specifically, the “character factor” involves a quantification of the total number of pages copied (i.e. a quantitative assessment based on aggregate use), whereas the “amount factor” is an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work (*Alberta (Education)*, at paragraphs 28–30; *SOCAN*, at paragraph 42).

[278] In *CCH*, the character factor supported fair dealing. Under the Great Library’s policy, only single copies of works for specific purposes were allowed. The Supreme Court of Canada noted that “[c]opying a work for the purpose of research on a specific legal topic is generally fair dealing” (*CCH*, at paragraph 67).

[274] Je n’admets pas la prétention d’Access selon laquelle la « fin » doit mener à un changement pour tendre vers le caractère équitable — la jurisprudence ne justifie pas une telle observation.

[275] En l’espèce, alors que le but de l’utilisation est mixte et est un facteur à prendre en considération, il ne constitue pas un facteur important dans l’analyse du caractère équitable.

b) *Nature de l’utilisation*

[276] Selon ce facteur, les tribunaux doivent examiner la façon dont l’œuvre a été utilisée, le nombre de copies effectuées et l’étendue de la diffusion. Par exemple, lorsque de multiples copies sont largement distribuées l’utilisation aura tendance à être inéquitable. En revanche, si la copie est détruite après son utilisation, la situation peut alors pencher vers une conclusion de caractère équitable. Il peut être pertinent d’examiner l’usage ou la pratique dans un secteur d’activité pour déterminer si la nature de l’utilisation est équitable (voir l’arrêt *CCH*, au paragraphe 55 et l’arrêt *SOCAN*, au paragraphe 37).

[277] Toutefois, la Cour suprême du Canada a offert une mise en garde concernant le fait que l’examen de la « nature » et l’examen de l’« ampleur » ne doivent pas être confondus. Plus précisément, le « facteur de la nature » implique une quantification du nombre total de pages reproduites (c’est-à-dire, une évaluation quantitative fondée sur une utilisation globale), tandis que le « facteur de l’ampleur » est un examen du rapport entre l’extrait et l’œuvre entière (arrêt *Alberta (Éducation)*, aux paragraphes 28 à 30; arrêt *SOCAN*, au paragraphe 42).

[278] Dans l’arrêt *CCH*, le facteur de la nature a appuyé l’utilisation équitable. En vertu de la politique de la Grande bibliothèque, seules des copies uniques des œuvres à des fins particulières étaient autorisées. La Cour suprême du Canada a fait remarquer que « [c]opier une œuvre aux fins d’une recherche juridique portant sur un sujet en particulier constitue généralement une utilisation équitable » (arrêt *CCH*, au paragraphe 67).

[279] In *SOCAN*, it was found that no copy existed after the song preview was heard. As previews were streamed, users did not obtain permanent copies and the files were automatically deleted from the user's computer after listening. This supported fairness of dealing.

[280] However, in the instant case, there were no such limitations on the number of copies or on the "life" of such copies. The number of copies made, and which could be made in the future, is significant.

[281] In assessing this quantification, the Court had to rely on conflicting expert opinions. Wilk's expert report was riddled with assumptions and was further rendered unhelpful due to the admittedly inaccurate licensing information provided by York. As indicated earlier, I preferred the report of Gauthier.

[282] While the use of the unique access number and its statistics would, at first, seem to be a more consistent basis upon which to determine how many students actually accessed material as compared to enrolment data, on the facts in this case it was less reliable than one expected.

[283] By using enrolment as a basis for calculation, Gauthier had to estimate the number of "exposures" on LMSs during the sample period.

[284] However, like much of the data provided by York, the unique user access data was very unreliable. Because of the deficient unique user access data combined with the other weaknesses of Wilk's evidence, and bearing in mind that York had the burden of proof on this factor, the Court is forced to rely on enrolment data as a basis for the total number copied.

[279] Dans l'arrêt *SOCAN*, le tribunal a conclu qu'aucune copie n'existait après que l'écoute préalable de la chanson ait été entendue. Comme l'écoute préalable était diffusée en continu, les utilisateurs n'obtenaient pas de copies permanentes et les fichiers étaient automatiquement supprimés de l'ordinateur de l'utilisateur après avoir été écoutés. Cela appuyait le caractère équitable de l'utilisation.

[280] Toutefois, en l'espèce, il n'est pas question de telles limitations sur le nombre de copies ou leur « durée de vie ». Le nombre de copies effectuées et qui pourraient être faites à l'avenir est important.

[281] En évaluant cette quantification, la Cour devait s'appuyer sur des expertises contradictoires. Le rapport d'expert de M. Wilk était criblé d'hypothèses et a en outre été rendu inutile par la reconnaissance de l'inexactitude des renseignements sur les licences fournis par York. Comme il a été indiqué précédemment, j'ai préféré le rapport de M. Gauthier.

[282] Même si l'utilisation du numéro d'accès unique et de ses statistiques, dans un premier temps, semble être un fondement plus cohérent permettant de déterminer combien d'étudiants ont effectivement eu accès au matériel par rapport aux données sur le nombre d'inscriptions, elle était, compte tenu des faits en l'espèce, moins fiable que prévu.

[283] En utilisant le nombre d'inscriptions comme fondement des calculs, M. Gauthier a dû estimer le nombre de « copies » sur SGA au cours de la période d'échantillonnage.

[284] Cependant, comme la plupart des données fournies par York, les données sur l'accès des utilisateurs uniques étaient très peu fiables. En raison des données lacunaires sur l'accès des utilisateurs uniques, combinées aux autres faiblesses du témoignage de M. Wilk, et gardant à l'esprit que York avait le fardeau de la preuve sur ce facteur, la Cour est forcée de s'appuyer sur les données sur le nombre d'inscriptions comme fondement du nombre total de copies.

[285] This data's usefulness is also undermined by the fact that no disaggregation was attempted. For example, the number of exposures per FTE per year is significantly low when considered from an art's degree perspective but quite high for a science lab-based degree.

[286] However, recognizing some of the limitations in the data, it is appropriate to view the copies in total despite York's argument that this approach disadvantages large institutions. It is York's practices that are at issue and it is its data that is raising the issue.

[287] York has argued that because it has separate licences and permissions, the amount of copying at issue is reduced. However, York has conceded that its evidence on licensing information is inaccurate and its ability to marry up copies with the relevant licence or permission is impossible to rely upon.

[288] Access suggested that pre-meditated copying was presumptively less fair. Certainly the facts in *CCH* and *Alberta (Education)* were more cases of situational/spontaneous copying than the institutional copying at York. However, *SOCAN* was a pre-planned and coordinated music preview system.

One cannot extrapolate from these cases that institutional copying is inherently less fair; however, as the copying is institutionalized, the institutional criteria for permitted copying (i.e. number of chapters allowed to be copied), protections, restrictions, and compulsory compliance regimes take on added importance under the other factors at issue.

[289] Given the expert evidence, and with recognition of the problems with the data, the character of dealing in this case tends toward the unfairness end of the spectrum.

[285] L'utilité de ces données est également compromise par le fait qu'on n'a pas tenté de les ventiler. Par exemple, le nombre de copies par ETP par an est très faible lorsqu'on le considère du point de vue d'un diplôme en art, mais très élevé du point de vue d'un diplôme en sciences de laboratoire.

[286] Toutefois, en reconnaissance de certaines limitations dans les données, il convient de considérer le nombre total de copies malgré l'argument de York selon lequel cette approche désavantage les grands établissements. Ce sont les pratiques de York qui sont en cause et ce sont ses données qui soulèvent la question.

[287] York a fait valoir que, parce qu'elle a des autorisations et des licences distinctes, la quantité de reproduction en question est réduite. Cependant, York a concédé que les éléments de preuve qu'elle a présentés au sujet des renseignements sur les licences sont inexacts et sa capacité de concilier les copies avec la licence ou l'autorisation pertinente n'est pas fiable.

[288] Access a suggéré que la reproduction préméditée était prétendument moins équitable. Certes, les faits dans les arrêts *CCH* et *Alberta (Éducation)* étaient davantage des cas de reproduction situationnelle ou spontanée que des cas de reproduction institutionnelle ayant cours à York. Toutefois, dans l'arrêt *SOCAN*, il s'agissait d'un système d'écoute préalable de musique planifiée et coordonnée.

On ne peut pas extrapoler à partir de ces causes que la reproduction institutionnelle est intrinsèquement moins équitable; toutefois, comme la reproduction est institutionnalisée, les critères institutionnels pour la reproduction autorisée (c'est-à-dire le nombre de chapitres qu'il est permis de reproduire), les protections, les restrictions et les régimes de conformité obligatoires prennent une importance accrue aux termes des autres facteurs en cause.

[289] Compte tenu des témoignages d'expert et en reconnaissance des problèmes liés aux données, la nature de l'utilisation dans cette cause tend vers le caractère inéquitable.

(c) *Amount of the Dealing*

[290] The “amount” refers to the quantity of the work taken. In *SOCAN*, the Supreme Court of Canada found that the “amount of [the] dealing” factor was to be based on the individual use and the proportion of the excerpt used in relation to the whole work (paragraph 41; see also *Alberta (Education)*, at paragraph 29). This factor requires an assessment of both the quantitative amount of the dealing and the qualitative importance of the part copied (*CCH*, at paragraph 56).

(i) Quantitative

[291] The quantity of the work taken will not be determinative of fairness; however, it can help in that determination. As held in *CCH*, at paragraph 56, it may be possible to deal fairly with an entire work.

[292] In *CCH*, the amount of the dealing indicated fair dealing. The Great Library’s policy noted that it would typically honour requests for a copy of one case, article, or statutory reference. However, the Reference Librarian would review requests for a copy of more than 5 percent of a secondary source. Further, there was no evidence of specific patrons submitting numerous requests for multiple reported judicial decisions from the same reported series over a short period of time (*CCH*, at paragraph 68). Again, *CCH* is distinguishable on the facts that tended to indicate “fairness” in that case and whose absence shows unfairness in this case.

[293] Under this factor, the courts are to consider the “thresholds” for copying—how much is copied out of different types of works. In this case, this Court is to consider the thresholds in the Guidelines, the rationale for these thresholds, and the amount of any one type of work which can be copied.

[294] This factor is particularly important in this case. It is also a very problematic area for York and its attempt to cast the Guidelines as being fair.

c) *Ampleur de l’utilisation*

[290] L’« ampleur » se réfère à la quantité de l’œuvre prise. Dans l’arrêt *SOCAN*, la Cour suprême du Canada a conclu que le facteur de l’« ampleur de l’utilisation » devait se fonder sur l’utilisation individuelle et la proportion de l’extrait utilisé en rapport avec l’œuvre entière (paragraphe 41; voir aussi *Alberta (Éducation)*, au paragraphe 29). Ce facteur exige une évaluation de l’ampleur quantitative de l’utilisation et de l’importance qualitative de la partie copiée (*CCH*, au paragraphe 56).

i) Importance quantitative

[291] La quantité de l’œuvre prise ne sera pas décisive à l’égard du caractère équitable; toutefois, elle peut aider à trancher cette question. Comme dans l’arrêt *CCH*, au paragraphe 56, il est possible d’utiliser équitablement une œuvre entière.

[292] Dans l’arrêt *CCH*, l’ampleur de l’utilisation indiquait une utilisation équitable. La politique de la Grande bibliothèque précisait qu’elle respecterait généralement les demandes d’obtention d’une copie d’une décision, d’un article ou d’une disposition législative. Toutefois, le bibliothécaire de référence passait en revue les demandes de copie portant sur plus de 5 p. 100 d’une source secondaire. En outre, rien n’indiquait que des usagers précis soumettaient de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils sur une courte période (*CCH*, au paragraphe 68). Encore une fois, l’arrêt *CCH* se distingue en raison des faits qui tendaient à indiquer le « caractère équitable » dans cette cause, et dont l’absence indique le caractère inéquitable en l’espèce.

[293] En vertu de ce facteur, les tribunaux doivent considérer les « seuils » de reproduction — quelle est la quantité reproduite des différents types d’œuvres. En l’espèce, la Cour doit examiner les seuils des Lignes directrices, la justification de ces seuils et la quantité de tout type d’œuvre qui peut être copiée.

[294] Ce facteur est particulièrement important en l’espèce. Il s’agit aussi d’un aspect très problématique pour York et sa tentative de démontrer que les Lignes directrices sont équitables.

[295] The “amount of the dealing” factor is an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work. The Guidelines delineate certain thresholds of what is presumptively fair (i.e. two chapters of a book or no more than 10 percent), without any attention to the second part of the analysis for the amount of the dealing or the qualitative importance of the part copied.

(ii) Qualitative

[296] In absolute terms, the amount of coursepack copying by York and the volume of coursepack and LMS copying that occurred during the period of September 1, 2011 to December 31, 2013 (the agreed sampling period) was significant.

[297] In terms of Access, York was the largest producer of coursepacks of any licensed post-secondary institution. Between 2005–2011, York Printing Services copied 122 million print exposures for use in coursepacks—an average of 17.5 million exposures per year. A student would receive 387 exposures per year in coursepacks, 80 percent of which came from books.

[298] Following York’s decision to “opt out” of the Interim Tariff, York outsourced the majority of its coursepack production to three external copy shops which copied between 4.4 million and 7.6 million exposures per year for York between 2011 and 2013—90 percent of which were from books.

[299] Although a portion of this copying was pursuant to permissions, York’s evidence on permissions, including its tracking of permissions, was suspect and cannot be relied upon.

[300] The evidence is that if the requested declaration is granted, the majority of copying will revert in-house to York without payment of copyright charges.

[295] Le facteur de l’« ampleur de l’utilisation » se veut un examen du rapport entre l’extrait copié et l’œuvre entière. Les Lignes directrices définissent certains seuils de ce qui est présumé équitable (par exemple, deux chapitres d’un livre ou pas plus de 10 p. 100), sans aucune attention à la deuxième partie de l’analyse concernant l’ampleur de l’utilisation ou l’importance qualitative de la partie copiée.

ii) Importance qualitative

[296] En termes absolus, la quantité de reproduction pour les recueils de cours par York et le volume de reproduction pour les recueils de cours et les SGA qui ont eu lieu pendant la période du 1^{er} septembre 2011 au 31 décembre 2013 (la période d’échantillonnage convenue) étaient importants.

[297] Dans le cas d’Access, York était le plus grand producteur de recueils de cours parmi tous les établissements d’enseignement postsecondaire détenteurs de licence. Entre 2005 et 2011, les services d’impression de York ont effectué 122 millions de copies imprimées pour une utilisation dans les recueils de cours — en moyenne 17,5 millions de copies par an. Un étudiant recevrait 387 copies par année dans les recueils de cours, dont 80 p. 100 provenaient de livres.

[298] Après la décision de York de « se soustraire » au Tarif provisoire, York a sous-traité la majeure partie de sa production de recueils de cours à trois ateliers d’impression externes qui ont copié entre 4,4 millions et 7,6 millions de copies par année pour York entre 2011 et 2013, dont 90 p. 100 provenaient de livres.

[299] Bien qu’une partie de cette reproduction ait été faite avec des autorisations, les éléments de preuve de York concernant les autorisations, y compris leur suivi, étaient douteux et ne peuvent être invoqués.

[300] Les éléments de preuve ont établi que, dans l’éventualité où la demande de déclaration est accordée, la plus grande partie de la reproduction reviendra à l’interne à York sans versement de redevances de droit d’auteur.

[301] It is relevant to consider the aggregate volume of copying by all post-secondary institutions that would be allowed if the Guidelines or similar policies were adopted. There is a problem with the current data because of unreported copying. However, when all such institutions were licensed, they produced 120 million exposures of published works per year in printed course-packs alone.

[302] In respect of LMSs, the story of the quantum is much the same as the evidence of Gauthier establishes.

[303] It would be counter to all of the evidence to suggest that copying at York is insignificant. In 2013, York copied an aggregate volume of 17.6 million exposures of materials relevant to the Guidelines in either course-packs or LMSs. The trend is toward digital copying, which York contends is free.

[304] Therefore, the qualitative copying is immense and the Guidelines are relevant to a large portion of the copying.

[305] In a copying regime based on policy or guidelines, part of the fairness analysis must consider the fairness of the delineated amounts and types. The Court must be able to examine the rationale for these thresholds. It is incumbent on the user institution to explain the basis for the delineated amounts and types (the thresholds) and to explain why they are, in and of themselves or in combination with other features, fair.

[306] York did not provide a meaningful response or any evidence with respect to the above. For example, there was no rationale advanced for any threshold such as the selection of 10 percent of a work or of one of anything else specified (whichever is greater).

[307] It is no response to the issue to say that the thresholds are fair because AUCC determined that they were fair. The AUCC witnesses did not explain the

[301] Il est utile d'examiner le volume global de reproduction par tous les établissements d'enseignement postsecondaire qui serait autorisé si les Lignes directrices ou des politiques semblables étaient adoptées. Les données actuelles sont problématiques en raison de la reproduction non déclarée. Cependant, lorsque tous ces établissements détenaient des licences, ils produisaient 120 millions de copies d'œuvres publiées chaque année dans les recueils de cours imprimés seulement.

[302] En ce qui concerne les SGA, l'historique de la quantité est sensiblement le même que ce que le témoignage de M. Gauthier établit.

[303] Il serait contraire à l'ensemble des éléments de preuve de suggérer que la reproduction à York est insignifiante. En 2013, York a produit un volume global de 17,6 millions de copies de matériel visé par les Lignes directrices dans des recueils de cours ou des SGA. La tendance est à la reproduction numérique qui, selon York, est gratuite.

[304] Par conséquent, la reproduction qualitative est énorme et les Lignes directrices s'appliquent à une grande partie de la reproduction.

[305] Dans un régime basé sur des politiques ou des lignes directrices, une partie de l'analyse du caractère équitable doit tenir compte du caractère équitable des quantités et des types définis. La Cour doit pouvoir examiner les justifications à l'appui de ces seuils. Il incombe à l'établissement utilisateur d'expliquer le fondement des quantités et des types définis (les seuils) et d'expliquer pourquoi ils sont, d'eux-mêmes ou en combinaison avec d'autres caractéristiques, équitables.

[306] York n'a pas fourni de réponse valable ni d'élément de preuve à l'égard de ce qui précède. Par exemple, aucune justification n'a été avancée à l'appui d'aucun seuil, comme le choix de 10 p. 100 d'une œuvre ou de n'importe quel autre seuil précisé (selon ce qui est le plus important).

[307] Le fait de dire que les seuils sont équitables parce que l'AUCC a établi qu'ils l'étaient ne constitue pas une réponse à la question. Les témoins de l'AUCC n'ont pas

choice of thresholds. The evidence of AUCC's development of the thresholds shows no external basis for the thresholds—for example, there was no outside consultation, there were no studies conducted, and there was no comparative analysis done on fair dealing criteria in other jurisdictions.

[308] This failure to justify the choice of thresholds seriously undermines the overall fairness of the York Guidelines.

[309] While arbitrary or bright line thresholds may be convenient, convenience of the user is not a factor that the Supreme Court of Canada had directed courts to consider. Even if it was, there must still be an acceptable rationale for such thresholds.

[310] As became apparent during the course of the trial and as is clear from the terms of the Guidelines, the permitted copying can, in fact, be 100 percent or such a large part of a work as to appropriate the whole (e.g. for a journal article in a periodical, a short story in an anthology, or a chapter in an edited book).

[311] Examples referred to in the trial included the classic Canadian short story *The Hockey Sweater*, which could be copied freely if it appeared in an anthology but would have copyright protection if copied on its own.

Similarly, referring in argument and questioning to Margaret MacMillan's superb book *Paris 1919: Six Months That Changed the World*, numerous chapters could individually be segregated for use in different courses, effectively eviscerating the copyright protection on the book.

[312] To the consideration of this form of overcoming copyright must be added the matter of compound copying as demonstrated by Access. Not only are the

expliqué le choix des seuils. Les éléments de preuve relatifs à l'élaboration des seuils par l'AUCC ne montrent aucun fondement externe pour les seuils en question — par exemple, il n'y a pas eu de consultation externe, aucune étude n'a été menée et aucune analyse comparative n'a été effectuée sur les critères d'utilisation équitable dans d'autres administrations

[308] Ce défaut de justifier le choix des seuils porte sérieusement atteinte au caractère équitable général des Lignes directrices de York.

[309] Alors que des seuils arbitraires ou nets peuvent être pratiques, la commodité à l'utilisateur n'est pas un facteur que la Cour suprême du Canada a ordonné aux tribunaux d'examiner. Même si c'était le cas, il faut tout de même qu'il y ait une justification acceptable à ces seuils.

[310] Comme cela est devenu évident au cours du procès et comme il en ressort des modalités des Lignes directrices, la reproduction autorisée peut, en effet, constituer 100 p. 100 ou toute autre partie importante d'une œuvre jusqu'à en approprier la totalité (par exemple, pour un article de journal dans un périodique, une courte histoire dans une anthologie ou un chapitre dans un livre publié).

[311] Les exemples mentionnés au cours du procès comprennent la courte histoire classique canadienne intitulée « *Le Chandail de hockey* », qui pourrait librement être copiée si elle était publiée dans une anthologie, mais elle serait protégée par le droit d'auteur s'il s'agissait d'une reproduction autonome.

De même, lors des plaidoiries et des interrogatoires, on s'est rapporté au superbe ouvrage de Margaret MacMillan intitulé « *Paris 1919 : Six Months That Changed the World* » pour établir que de nombreux chapitres pourraient être individuellement séparés pour une utilisation dans différents cours, éviscérant par le fait même la protection du droit d'auteur sur l'ouvrage.

[312] À l'examen de cette forme de contournement du droit d'auteur, il faut ajouter la question de la reproduction à répétition, comme l'a démontré Access. Les

works copied in whole, but they are also copied multiple times.

[313] The Court is not persuaded that the purposes of education, private study, and research point towards fair dealing, as was argued by York, when such larger portions are copied. This argument is to rely on the stage one analysis of permitted purpose to support fairness. This is circular reasoning amounting to nothing more than saying that copying for educational purposes is fair because it is copying for the purposes of education.

[314] The unfairness evident in this part of the six-factor exercise is compounded by the absence of any meaningful control over the portions of publications copied or any monitoring of compliance, be it pre- or post-copying, which also serves to render the thresholds largely meaningless.

[315] As a further part of the analysis of this factor, some consideration is to be given to the importance of the work. This consideration has not been clearly defined in the jurisprudence, and basing the consideration on the user's view of importance introduces highly subjective and difficult-to-assess influences.

[316] Aspects of this qualitative importance are subsumed in the above quantitative analysis. York failed to adduce any evidence with respect to the qualitative importance of the parts copied.

[317] However, given the thresholds of the Guidelines, parts which may be copied can be the qualitative core of the work, and the example of *The Hockey Sweater* is but one example. Where a chapter from a book can stand alone and be important enough to be taken from the whole for inclusion in a course's required reading, there is little doubt that the copied part is qualitatively significant to the work and to the author's contribution.

œuvres sont copiées non seulement dans leur ensemble, mais aussi à plusieurs reprises.

[313] La Cour n'est pas convaincue que les fins d'éducation, d'étude privée et de recherche tendent vers une utilisation équitable, comme l'a plaidé York, lorsque des parties aussi importantes sont copiées. Cet argument consiste à s'appuyer sur le premier volet de l'analyse de la fin autorisée pour appuyer le caractère équitable. Il s'agit d'un raisonnement circulaire équivalent à rien de plus que de dire qu'une reproduction aux fins d'éducation est équitable parce qu'il s'agit d'une reproduction aux fins d'éducation.

[314] Le caractère inéquitable évident dans cette partie de l'exercice de six facteurs est aggravé par l'absence de tout contrôle significatif sur les parties des publications copiées ou de tout contrôle de la conformité, que ce soit avant ou après la reproduction, qui sert également à faire perdre en grande partie leur sens aux seuils.

[315] L'analyse de ce facteur exige également que l'importance de l'œuvre soit examinée. Cet examen n'a pas été clairement défini dans la jurisprudence, et le fait de fonder l'examen sur le point de vue que possède l'utilisateur à l'égard de l'importance introduit des influences très subjectives et difficiles à évaluer.

[316] Des aspects de cette importance qualitative sont compris dans l'analyse quantitative. York a omis de présenter des éléments de preuve à l'égard de l'importance qualitative des parties copiées.

[317] Toutefois, étant donné les seuils des Lignes directrices, les parties qui sont copiées peuvent être le noyau qualitatif de l'œuvre et le livre « *Le Chandail de hockey* » n'en constitue qu'un exemple. Lorsqu'un chapitre d'un livre est autonome et est suffisamment important pour être séparé de l'ensemble de l'ouvrage pour être inclus dans les lectures obligatoires d'un cours, il y a peu de doute que la partie copiée est qualitativement importante pour l'œuvre et la contribution de l'auteur.

[318] In summary on this factor, York fails almost completely both quantitatively and qualitatively. In the context of the case, this is a critical factor which establishes that there is nothing fair about the amount of the dealing.

(d) *Alternatives to the Dealing*

[319] The Supreme Court of Canada in *CCH* conveniently summarized this factor as follows [at paragraph 57]:

Alternatives to dealing with the infringed work may affect the determination of fairness. If there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used instead of the copyrighted work, this should be considered by the court. I agree with the Court of Appeal that it will also be useful for courts to attempt to determine whether the dealing was reasonably necessary to achieve the ultimate purpose. For example, if a criticism would be equally effective if it did not actually reproduce the copyrighted work it was criticizing, this may weigh against a finding of fairness. [Emphasis added.]

[320] The availability of a licence is not a relevant alternative in deciding whether a dealing is fair. This is because “[i]f a copyright owner were allowed to license people to use its work and then point to a person’s decision not to obtain a licence as proof that his or her dealings were not fair, this would extend the scope of the owner’s monopoly” (*CCH*, at paragraph 70).

[321] In *CCH*, it was not apparent that there were alternatives to the Great Library’s custom photocopy service given that patrons could not always be expected to conduct research on-site—20 percent of requesters lived outside of Toronto, and researchers could not borrow materials due to heavy demand (paragraph 69).

[322] In *SOCAN*, the Supreme Court of Canada found that the alternative of allowing returns for downloading

[318] Pour résumer ce facteur, York échoue presque complètement tant sur le plan quantitatif que qualitatif. Il s’agit en l’espèce d’un facteur crucial qui établit qu’il n’y a rien d’équitable dans l’ampleur de l’utilisation.

d) *Existence de solutions de rechange à l’utilisation*

[319] La Cour suprême du Canada a fait un résumé utile de ce facteur dans l’arrêt *CCH*, qui se lit comme suit [au paragraphe 57] :

L’existence de solutions de rechange à l’utilisation d’une œuvre protégée par le droit d’auteur peut avoir une incidence sur le caractère équitable ou inéquitable de l’utilisation. Lorsqu’un équivalent non protégé aurait pu être utilisé à la place de l’œuvre, le tribunal devra en tenir compte. Je pense, comme la Cour d’appel, qu’il sera également utile de tenter de déterminer si l’utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée. À titre d’exemple, le fait qu’une critique aurait été tout aussi efficace sans la reproduction de l’œuvre protégée pourra militer contre le caractère équitable de l’utilisation. [Non souligné dans l’original.]

[320] La disponibilité d’une licence n’est pas une solution de rechange pertinente pour décider si une utilisation est équitable. C’est parce que « [s]i, comme preuve du caractère inéquitable de l’utilisation, le titulaire du droit d’auteur ayant la faculté d’octroyer une licence pour l’utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d’une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole » (*CCH*, au paragraphe 70).

[321] Dans l’arrêt *CCH*, il n’était pas évident qu’il y avait des solutions de rechange au service de photocopie de la Grande bibliothèque étant donné qu’on ne pouvait pas s’attendre à ce que les usagers effectuent des recherches sur place — 20 p.100 des demandeurs habitaient à l’extérieur de Toronto, et les chercheurs ne pouvaient pas emprunter des ouvrages en raison de la forte demande (paragraphe 69).

[322] Dans l’arrêt *SOCAN*, la Cour suprême du Canada a conclu que la solution de rechange visant à permettre

the wrong musical track was expensive, technologically complicated, and market inhibiting. Further, none of the alternatives (such as providing users with album artwork, textual descriptions, or album reviews) would allow the customer to preview what the music *sounds* like. Accordingly, the short, low-quality streamed previews were found to be reasonably necessary to assist consumers in researching what to purchase.

[323] In *Alberta (Education)*, the Supreme Court of Canada held that buying books for each student was not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks. This was in part justified by the fact that the schools had already purchased originals and were simply facilitating access.

[324] However, the situations contemplated in *Alberta (Education)* bear little resemblance to the facts of this case. It is one thing for a teacher to have the school librarian run off some copies of a book or article in order to supplement school texts, and it is quite another for York to produce coursepacks and materials for distribution through LMSs, which stand in place of course textbooks, through copying on a massive scale.

As became clear in this case, the term “short excerpt” was used to describe much more than a few lines or a snippet of a work.

[325] In *CCH*, courts were directed to the question of whether the dealing (copying) was reasonably necessary to achieve the ultimate purpose.

[326] The ultimate purpose in this case must be the education of the student. The Court accepts the evidence of a number of professors that the days of one principal textbook used to teach a course are gone. This is particularly so in more advanced courses. Core course

les retours pour le téléchargement de la mauvaise piste musicale était coûteuse, compliquée sur le plan technologique et inhibitrice pour le marché. De plus, aucune des solutions de rechange (par exemple, fournir aux utilisateurs la pochette, un texte descriptif ou les critiques d’un album) ne permettrait au client d’écouter un extrait de la musique pour se faire une idée. En conséquence, l’écoute préalable de courts extraits de piètre qualité, transmis en continu, constitue un moyen raisonnablement nécessaire à la recherche par le consommateur de ce qu’il souhaite acquérir.

[323] Dans l’arrêt *Alberta (Éducation)*, la Cour suprême du Canada a conclu que l’achat de livres pour chaque élève ne constituait pas une solution de rechange réaliste à la reproduction par les enseignants de courts extraits pour compléter les manuels des étudiants. Cela a été en partie justifié par le fait que les écoles avaient déjà acheté des originaux et ne faisaient qu’en faciliter l’accès.

[324] Toutefois, les situations examinées dans l’arrêt *Alberta (Éducation)* ressemblent peu aux faits en l’espèce. C’est une chose pour un enseignant de demander au bibliothécaire de l’école d’effectuer quelques copies d’un livre ou d’un article afin de compléter les manuels scolaires, et c’en est une autre pour York de produire des recueils de cours et du matériel à distribuer au moyen de SGA, en guise de manuels de cours, en procédant à une reproduction à grande échelle.

Comme il est devenu évident en l’espèce, le terme « court extrait » a été utilisé pour décrire beaucoup plus que quelques lignes ou un bref passage d’une œuvre.

[325] Dans l’arrêt *CCH*, il est demandé aux tribunaux de se poser la question de savoir si l’utilisation (reproduction) était raisonnablement nécessaire pour atteindre la fin visée.

[326] La fin visée en l’espèce doit être l’éducation de l’étudiant. La Cour accepte le témoignage de plusieurs professeurs selon lequel l’utilisation d’un manuel principal pour donner un cours est révolue. C’est particulièrement vrai pour les cours plus avancés. Le matériel de

material is now sourced from multiple publications and resources.

[327] Quite apart from any issue of academic freedom, to premise this analysis on the presumption of the availability of a core single resource for a course is to potentially limit the educational opportunities of students.

[328] The use of copying is reasonably necessary to achieve the ultimate purpose of education, whether this is physical photocopying or digital copying.

[329] While as a general principle this factor favours York and its asserted fairness, the level of fairness is diminished because York has not actively engaged in the consideration or use of alternatives which exist or are in development.

[330] There are alternatives—these include using custom book services, purchasing individual chapters or articles from the publisher, or purchasing more of the necessary books and articles. There is just no reasonable free alternative to copying.

[331] With the mix of factors and the weighing thereof, this factor favours York but not as strongly as it has argued.

(e) *Nature of the Work*

[332] The “nature of the work” factor has not been held to be a determinative factor. In *CCH*, this factor was linked to the following question: is the work of such a nature that its reproduction would lead to a wider public dissemination of the work? This is one of the goals of copyright law.

[333] The works at issue in this case are published original works such as poems, chapters from books, short stories, learned journal articles, newspaper articles, and even comics. These works were developed through the

cours de base est désormais tiré de multiples publications et ressources.

[327] Indépendamment de toute question de liberté universitaire, le fait de fonder cette analyse sur la présomption de l’existence d’une ressource de base unique pour un cours équivaut à potentiellement limiter les possibilités d’instruction des étudiants.

[328] L’utilisation de la reproduction est raisonnablement nécessaire pour atteindre la fin visée de l’éducation, que ce soit par la photocopie physique ou la reproduction numérique.

[329] Même si, en règle générale, ce facteur favorise York et le caractère équitable qu’elle fait valoir, il est diminué parce que York ne s’est pas activement engagée dans l’examen ou l’utilisation de solutions de rechange qui existent ou sont en voie d’élaboration.

[330] Il existe des solutions de rechange — elles comprennent l’utilisation de services de livres personnalisés, l’achat de chapitres individuels ou d’articles de l’éditeur ou encore l’achat de plus de livres et d’articles nécessaires. Il n’existe tout simplement pas de solution de rechange raisonnable gratuite à la reproduction.

[331] Avec le mélange de facteurs et leur examen, ce facteur favorise York, mais pas autant qu’elle le fait valoir.

e) *Nature de l’œuvre*

[332] Le facteur de la « nature de l’œuvre » n’a pas été établi comme étant un facteur déterminant. Dans l’arrêt *CCH*, ce facteur est lié à la question suivante : la nature de l’œuvre fait-elle en sorte que sa reproduction pourrait mener à une diffusion publique plus large de l’œuvre? C’est l’un des objectifs du régime de droit d’auteur.

[333] Les œuvres visées en l’espèce sont des œuvres originales publiées comme des poèmes, des chapitres de livres, de courtes histoires, des articles de revues savantes, des articles de journaux et même des bandes

use of creativity, complex analytical analysis, skill, perspective, and judgment by authors. Typically, the works required substantial research, editorial judgment, and pedagogical expertise and merit—otherwise, as professors testified, they would not be selected for inclusion in coursepacks and LMSs.

[334] From the publisher perspective, there is significant skill, effort, and investment involved in bringing a book to publication or in selecting materials for inclusion in journals and collections. Some works are tailor-made for post-secondary students and others for a wider audience of whom students are only a part.

[335] The evidence is that higher education publishing involves highly specialized publishing of very complex information. A textbook likely involves significant work, research, skill, and expense to bring to publication. In the Canadian educational context, many publications focus just on the Canadian perspective and other publications need to be carefully Canadianized.

[336] Not all the works at issue are written by scholars and faculty who do so as part of their academic duties. Many of the works covered by the Guidelines are written by professional writers or by academics acting beyond their purely academic role. The works are published by professional commercial publishers. Most of these people are attempting to make a living from writing and publishing.

[337] Aside from the dependency or reliance on income from writing and publishing, the notion of the benefits of dissemination must be carefully considered. The Guidelines are not established to motivate dissemination. There is no evidence that these professional

dessinées. Ces œuvres ont été élaborées grâce à l'utilisation de la créativité, à l'analyse complexe, aux compétences, aux perspectives et au jugement des auteurs. En règle générale, les œuvres exigeaient une recherche substantielle, un jugement éditorial, ainsi qu'une expertise et un mérite pédagogiques — dans le cas contraire, comme les professeurs en ont témoigné, elles ne seraient pas sélectionnées pour être incluses dans les recueils de cours et les SGA.

[334] Dans la perspective de l'éditeur, des compétences, des efforts et des investissements importants sont nécessaires pour mener un livre à la publication ou pour décider du matériel à inclure dans les revues et les collections. Certaines œuvres sont adaptées aux étudiants de niveau postsecondaire et d'autres à un large public dont les étudiants constituent seulement une partie.

[335] Les éléments de preuve révèlent que l'édition dans le secteur de l'enseignement supérieur nécessite la publication hautement spécialisée de renseignements très complexes. Un manuel de cours est susceptible d'exiger du travail, de la recherche, des compétences et des coûts importants pour arriver au stade de la publication. Dans le contexte canadien de l'éducation, de nombreuses publications se concentrent uniquement sur le point de vue canadien et d'autres publications doivent être soigneusement adaptées au marché canadien.

[336] Toutes les œuvres dont il est ici question ne sont pas rédigées par des universitaires et des membres du corps professoral dans l'exercice de leurs fonctions universitaires. De nombreuses œuvres visées par les Lignes directrices sont rédigées par des auteurs professionnels ou par des universitaires agissant au-delà de leur rôle purement universitaire. Les travaux sont publiés par des éditeurs commerciaux professionnels. La plupart de ces gens essaient de gagner leur vie avec ces écrits et ces publications.

[337] Mis à part la dépendance à l'égard du revenu de l'écriture et de l'édition, la notion des avantages liés à la diffusion doit être soigneusement examinée. Les Lignes directrices ne sont pas établies pour encourager la diffusion. Il n'y a aucune preuve que ces auteurs

writers and publishers need the Guidelines to assist in the dissemination of their works. Dissemination may improve because under the Guidelines the works are free, but the same can be said of any goods or services that are provided for free.

[338] While the nature of the work has been held not to be a determinative factor, it is part of the balancing exercise in determining whether the Guidelines are fair. This factor tends towards the negative end of the fairness spectrum due to the way in which the nature of the works is treated and the manner in which the Guidelines are applied.

(f) *Effect of the Dealing*

[339] The effect of the dealing—that is, the negative impacts of the dealing on the creators and publishers—is a matter for which Access bears the burden.

[340] This factor is an important one but, as instructed in *CCH*, it is neither the only factor nor is it the most important factor that the Court must consider (paragraph 59).

[341] The Court is required to look at the competition between the reproduced work and the original, as such competition may suggest that the dealing is not fair [at paragraph 59]:

... If the reproduced work is likely to compete with the market of the original work, this may suggest that the dealing is not fair. Although the effect of the dealing on the market of the copyright owner is an important factor, it is neither the only factor nor the most important factor that a court must consider in deciding if the dealing is fair. [Emphasis added.]

[342] *Alberta (Education)* is instructive in this regard. The Supreme Court of Canada concluded that a decline in sales, without sufficient evidence of a link to the photocopying of short excerpts, was not enough to find that copying had such an impact as to be unfair (paragraph 35). The Supreme Court of Canada instructed that there must be evidence of a link, without

professionnels et ces éditeurs ont besoin de Lignes directrices pour aider à la diffusion de leurs œuvres. La diffusion peut être améliorée parce que, selon les Lignes directrices, les œuvres sont gratuites, mais la même chose peut être dite de tous les produits ou services qui sont fournis gratuitement.

[338] Alors que la nature de l'œuvre a été estimée ne pas être un facteur déterminant, elle fait partie de l'exercice de pondération pour déterminer si les Lignes directrices sont équitables. Ce facteur tend vers l'extrémité négative du spectre du caractère équitable en raison de la façon dont est abordée la nature des œuvres et la façon dont les Lignes directrices sont appliquées.

f) *Effet de l'utilisation*

[339] L'effet de l'utilisation — autrement dit, les répercussions négatives de l'utilisation sur les créateurs et les éditeurs — est une question dont la preuve incombe à Access.

[340] Ce facteur est important, mais comme l'a indiqué l'arrêt *CCH*, ce n'est ni le seul facteur ni le plus important que la Cour doit considérer (paragraphe 59).

[341] La Cour doit se pencher sur la concurrence entre l'œuvre reproduite et l'original, parce que cette concurrence peut suggérer que l'utilisation n'est pas équitable [au paragraphe 59] :

[...] La concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale peut laisser croire que l'utilisation n'est pas équitable. Même si l'effet de l'utilisation sur le marché est un facteur important, ce n'est ni le seul ni le plus important. [Non souligné dans l'original.]

[342] L'arrêt *Alberta (Éducation)* est instructif à cet égard. La Cour suprême du Canada a conclu qu'une réduction des ventes, sans preuve suffisante d'un lien avec la photocopie de courts extraits, ne suffisait pas pour conclure que la reproduction a eu des répercussions au point d'être inéquitable (paragraphe 35). La Cour suprême du Canada a indiqué qu'un lien doit être

saying that copying had to be the only or dominant reason for the decline.

[343] Also of relevance to this case is that the Supreme Court of Canada found it difficult to see how teachers' copying competed with the market for textbooks given the finding that the teachers' copying was limited to short excerpts of complementary textbooks. In the absence of photocopies, students would either do without the material or consult a copy of the book already owned by the school.

[344] There is no parallel in the present case to the limited copying of excerpts discussed in *Alberta (Education)*. The Guidelines permit significant copying of portions of books, articles, journals, and other works. Copying at York is a mass and massive enterprise where coursepacks and materials distributed through LMSs operate as the source material for education. York professors indicated the undesirability and/or impracticality of requiring students to purchase the source material or of having such originals set aside in the library.

This is not a fault of York, it is the manner of modern education—however, that does not necessarily mean that it is fair when no compensation is paid.

[345] The Court has already discussed the expert evidence and its finding that the plaintiff's evidence of Dobner and Gauthier is to be preferred.

[346] The parties acknowledged that there had been declines in sales and in Access's licensing revenues in respect of post-secondary institutions. The dispute is as to the "cause", with York seeking to pass all material negative impacts off to developing technologies.

[347] Dobner concluded that since the introduction of the Guidelines, there has been an acceleration of the decline in the sale of works produced for the

prouvé, sans dire si la reproduction devait être la raison unique ou dominante du déclin.

[343] Également pertinent en l'espèce, la Cour suprême du Canada avait du mal à voir comment les photocopies des enseignants pouvaient faire concurrence au marché des manuels, étant donné la conclusion que les enseignants n'en reproduisent que de courts extraits à titre complémentaire. En l'absence de photocopies, les élèves seraient tout simplement privés du matériel ou consulteraient l'exemplaire que possède l'école.

[344] Il n'y a aucun parallèle en l'espèce avec la reproduction limitée des extraits dont il était question dans l'arrêt *Alberta (Éducation)*. Les Lignes directrices permettent de reproduire d'importantes parties de livres, d'articles, de revues et d'autres œuvres. La reproduction à York est une vaste entreprise à grande échelle dans le cadre de laquelle les recueils de cours et le matériel distribués au moyen des SGA servaient de matériel de base à l'éducation. Les professeurs de York ont indiqué l'inopportunité ou l'impraticabilité de demander aux étudiants d'acheter le matériel de base ou de faire mettre ces originaux de côté à la bibliothèque.

Il ne s'agit pas d'une faute de York, c'est plutôt une caractéristique de l'éducation moderne — toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que cela est équitable lorsqu'aucune compensation n'est versée.

[345] La Cour a déjà abordé les témoignages d'expert et sa conclusion que la preuve de la demanderesse sous forme de témoignage de MM. Dobner et Gauthier doit être privilégiée.

[346] Les parties ont reconnu qu'il y avait eu des baisses dans les ventes et les revenus tirés des licences d'Access en ce qui concerne les établissements d'enseignement postsecondaire. Le différend concerne la « cause », et York cherche à mettre toutes les répercussions négatives importantes sur le compte de l'évolution des technologies.

[347] M. Dobner a conclu qu'il y avait eu une accélération du déclin de la vente des œuvres produites pour le marché de l'enseignement postsecondaire et un

post-secondary educational market and a transfer of wealth from content producers to content users. He stated that “the magnitude of the overall impact [of dealing in a work] is indicative of the significance of the impact on individual works”.

[348] I agree with Access that in considering the “effect of the dealing” as part of the Court’s overall assessment of fairness, the Court should consider all actual and likely impacts on all original content contributors, both publishers and creators, who contribute works that are used and copied under the Guidelines in the post-secondary educational market, including whether the copying acts as a substitute for the original work.

[349] The Court has commented a number of times on the substitutability of the copies for the original works in these circumstances and has found the copying to be a meaningful substitute.

[350] As pointed out by Access, the problem of quantifying the impact of the Guidelines on sales is that copying under the limits now set out in the Guidelines has been occurring for 20 years. There is no baseline for quantification because the copying had already been substituted for the original.

However, under the prior circumstances, the creators and publishers were paid. The loss of revenue to Access is an appropriate surrogate for the nature and quantity of copying and for the negative impacts.

[351] The impact of the Guidelines can be summarized as follows:

- They contributed to a drop in sales and accelerated the drop in unit sales—up to 6.9 percent per year and 3.4 percent in revenues between 2012 and 2015. Precise allocation of the amounts attributable to the Guidelines is not possible, but it was a material contribution.

transfert de richesse des producteurs de contenu aux utilisateurs de contenu depuis l’entrée en vigueur des Lignes directrices. Il a affirmé que [TRADUCTION] « l’ampleur des répercussions globales [de l’utilisation d’une œuvre] témoigne de l’importance des répercussions sur les œuvres individuelles ».

[348] Je suis d’accord avec Access qu’en considérant [TRADUCTION] l’« effet de l’utilisation » lors de l’évaluation globale du caractère équitable, la Cour devrait examiner toutes les répercussions réelles et probables sur tous les contributeurs de contenu original, les éditeurs et les créateurs, qui fournissent des œuvres qui sont utilisées et copiées en vertu des Lignes directrices dans le marché de l’enseignement postsecondaire, y compris la question de savoir si la reproduction sert substitut à l’œuvre originale.

[349] La Cour a abordé plusieurs fois la question de l’interchangeabilité des copies avec les œuvres originales dans ces circonstances et a conclu que la reproduction constituait un substitut valable.

[350] Comme l’a souligné Access, le problème de la quantification des répercussions des Lignes directrices sur les ventes est que la reproduction en vertu des limites maintenant énoncées dans les Lignes directrices se produit depuis 20 ans. Il n’y a aucune base pour la quantification, car la reproduction se substituait déjà à l’original.

Toutefois, en vertu des circonstances antérieures, les créateurs et les éditeurs étaient payés. La perte de revenus pour Access est un substitut adéquat à la nature et à la quantité de reproduction et aux répercussions négatives.

[351] Les répercussions des Lignes directrices se résument comme suit.

- Elles ont contribué à une baisse des ventes et accéléré la baisse des ventes à l’unité — jusqu’à 6,9 p. 100 par année et 3,4 p. 100 en revenus entre 2012 et 2015. La répartition précise des montants attribuables aux Lignes directrices n’est pas possible, mais il s’agit d’une contribution importante.

- They caused a loss of licensing income to creators and publishers as evidenced by the loss of licensing income. PwC calculated the range of loss to Access alone at between \$800 000 and \$1.2 million per year.
- Actual and expected loss of licensing income resulting from the Guidelines has a negative impact on publishers. Licensing revenues represented about 20 percent of publishers' revenues.
- Actual and expected loss of licensing income has a negative impact on creators. While the Writers' Union survey had some problems, it confirmed the importance of licensing revenue to most writers and the materiality of a loss of revenue.
- On a balance of probability and recognizing the inherent unreliability of predicting the future, there is likely to be adverse long-term impacts of the Guidelines on investment, content, and quality.
- Elles ont causé une perte de revenus tirés des licences pour les créateurs et les éditeurs comme la preuve le démontre à cet égard. PwC a calculé que la fourchette des pertes se situait entre 800 000 \$ et 1,2 M\$ par année pour Access uniquement.
- Les pertes réelles et attendues de revenus tirés des licences résultant des Lignes directrices ont des répercussions négatives sur les éditeurs. Les revenus tirés des licences représentent environ 20 p. 100 des revenus des éditeurs.
- Les pertes réelles et attendues de revenus tirés des licences ont des répercussions négatives sur les créateurs. Même si le sondage du Writers' Union comportait quelques problèmes, il a confirmé l'importance des revenus tirés des licences pour la plupart des auteurs et l'importance d'une perte de revenus.
- Selon la prépondérance des probabilités et en reconnaissance du manque de fiabilité inhérent aux prédictions quant à l'avenir, des répercussions négatives à long terme des Lignes directrices sur les investissements, le contenu et la qualité sont probables.

[352] While much of Access's evidence of impacts on the market was general in nature, it establishes that the likelihood of negative impacts from York's own Guidelines will be similar. This is sensible given the massive amounts of copying at issue, the history of payments to Access prior to York opting out of the Interim Tariff, and the size of York as the second largest university in Ontario.

[353] Therefore, the Court concludes that the Guidelines have caused and will cause material negative impacts on the market for which Access would otherwise have been compensated for York's copying.

[354] The Court does share York's desire to emphasize the statement in *CCH* that the effect of the dealing on

[352] Même si une grande partie de la preuve d'Access des répercussions sur le marché était de caractère général, elle établit que la probabilité des répercussions négatives des Lignes directrices de York sera semblable. Cette probabilité est raisonnable compte tenu de la quantité énorme de reproduction en question, de l'historique des paiements à Access avant que York se soustrait au Tarif provisoire et de la taille de York à titre de deuxième université la plus importante en Ontario.

[353] Par conséquent, la Cour conclut que les Lignes directrices ont causé et causeront des répercussions négatives importantes sur le marché sur lequel Access aurait autrement été compensée pour la reproduction effectuée par York.

[354] La Cour partage le désir de York de mettre l'accent sur la déclaration dans l'arrêt *CCH* selon laquelle

the market is neither the only factor nor the most important factor to be considered.

However, the impacts are negative and this points to unfairness.

[355] To address an additional argument raised by York that Parliament was aware of the potential negative impacts when it amended the legislation, the Court is not persuaded to read the “fairness” requirements differently than precedents have taught.

If Parliament had chosen to dismiss these concerns when it was considering the amendments, it could have easily written “[f]air dealing” out of section 29.

(3) Conclusion

[356] Weighing the factors and considering the whole of the issue of fair dealing in the context of the facts of this case, the Court concludes that the York Fair Dealing Guidelines are not fair. The declaration requested will be denied with costs to the plaintiff.

[357] In view of the need for the parties to plan for the new academic year, this judgment and reasons are being issued in one language with translation to follow as quickly as is feasible.

SCHEDULE A

Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)

I. BACKGROUND

An important exception to the right of copyright owners to control the reproduction of their works is known as the “**fair dealing**” exception. This exception attempts to balance the rights of the copyright owner with

l’effet de l’utilisation sur le marché n’est pas le seul facteur ni le facteur le plus important à prendre en considération.

Toutefois, les répercussions sont négatives et elles tendent vers le caractère inéquitable.

[355] Pour répondre à un argument supplémentaire soulevé par York selon lequel le législateur était conscient des répercussions négatives potentielles lorsqu’il a modifié la législation, la Cour n’est pas convaincue de lire les exigences en matière de « caractère équitable » différemment de celles qui ont été établies par la jurisprudence.

Si le législateur avait voulu rejeter ces questions au moment d’effectuer les modifications, il aurait pu facilement retirer l’« utilisation équitable » de l’article 29 à ce moment-là.

3) Conclusion

[356] En pesant le pour et le contre et en examinant toute la question de l’utilisation équitable dans le contexte des faits en l’espèce, la Cour conclut que les Lignes directrices sur l’utilisation équitable de York ne sont pas équitables. La déclaration demandée sera rejetée avec dépens à la demanderesse.

[357] En raison de la nécessité pour les parties de prévoir la nouvelle année scolaire, ce jugement et ces motifs sont rendus dans une langue et seront suivis d’une traduction aussi rapidement que possible.

ANNEXE A

[TRADUCTION]

Les Lignes directrices sur l’utilisation équitable des enseignants et du personnel (13/12/11)

I. CONTEXTE

Une importante exception au droit des détenteurs du droit d’auteur de contrôler la reproduction de leurs œuvres est connue sous le nom d’exception d’« **utilisation équitable** ». Cette exception tente d’équilibrer les

the needs of others, who require access to copyrighted material to pursue their research and studies. The fair dealing provision in the Copyright Act permits use of a copyright-protected work without permission from the copyright owner or the payment of copyright royalties. To qualify for fair dealing, two tests must be passed.

First, the “dealing” must be for a purpose stated in the Copyright Act:

- research;
- private study;
- criticism, review;
- news reporting;
- education;
- satire; or
- parody.

The second test is that the dealing must be “fair”. The Supreme Court of Canada has provided guidance as to what this test means in educational institutions.

York University’s Fair Dealing Guidelines provide direction to Teaching Staff** and Other Staff* on how the Fair Dealing Exception applies to certain copying practices at York while providing reasonable safeguards for the copyright holders of copyright-protected works in accordance with Canadian copyright law.

Note: There may be other requirements related to inter-library loans, university library reserves and document delivery to patrons of the York University Libraries.

II. FAIR DEALING GUIDELINES

1. Teaching Staff* and Other Staff** may copy, in paper or electronic form, Short Excerpts (defined below) from a copyright protected work, which includes literary

droits du détenteur du droit d’auteur avec les besoins des tiers qui ont besoin d’avoir accès aux documents protégés par le droit d’auteur pour poursuivre leur recherche et leurs études. La disposition relative à l’utilisation équitable qui est prévue par la *Loi sur le droit d’auteur* permet l’utilisation d’une œuvre protégée par le droit d’auteur sans le consentement du détenteur du droit d’auteur ni le paiement de redevances. Pour être admissible à l’utilisation équitable, il est impératif de réussir un test en deux volets.

L’« utilisation » doit tout d’abord répondre à l’une des fins énoncées dans la *Loi sur le droit d’auteur* :

- recherche;
- étude privée;
- critique, compte rendu;
- communication des nouvelles;
- éducation;
- satire;
- parodie.

Le deuxième volet du test dispose que l’utilisation doit être « équitable ». La Cour suprême du Canada a apporté un éclairage sur la signification de ce test pour les établissements d’enseignement.

Les présentes lignes directrices de l’Université York fournissent des directives au Personnel enseignant** et aux Autres membres du personnel* sur la façon d’appliquer l’exception d’utilisation équitable à certaines pratiques de reproduction à York; elles offrent, en outre, des mesures de protection raisonnables pour les détenteurs de droit d’auteur d’œuvres protégées par le droit d’auteur, conformément au droit d’auteur canadien.

Remarque : d’autres exigences relatives aux documents prêtés entre bibliothèques, aux réserves des bibliothèques universitaires et à la livraison de documents aux usagers des bibliothèques de l’Université de York.

II. LIGNES DIRECTRICES SUR L’UTILISATION ÉQUITABLE

1. Le Personnel enseignant* et Autre personnel** peut reproduire, sous une forme imprimée ou électronique, de Courts extraits (définis ci-dessous) d’une

works, musical scores, sound recordings, and audiovisual works (collectively, a “**Work**” within the university environment for the purposes of research, private study, criticism, review, news reporting, education, satire or parody in accordance with these Guidelines.

2. The copy must be a “**Short Excerpt**”, which means that it is either:

10% or less of a Work, *or*

no more than:

- (a) one chapter from a book;
- (b) a single article from a periodical;
- (c) an entire artistic work (including a painting, photograph, diagram, drawing, map, chart and plan) from a Work containing other artistic works;
- (d) an entire newspaper article or page;
- (e) an entire single poem or musical score from a Work containing other poems or musical scores; or
- (f) an entire entry from an encyclopedia, annotated bibliography, dictionary or similar reference work,

whichever is greater.

3. The Short Excerpt in each case must contain no more of the Work than is required in order to achieve the fair dealing purpose.

4. A single copy of a short excerpt from a copyright-protected work may be provided or communicated to each student enrolled in a class or course:

- (a) as a class handout;
- (b) as a posting to a learning or course management system (e.g. Moodle or Quickr) that is password protected or otherwise restricted to students of the university; or

œuvre protégée par le droit d’auteur, notamment des œuvres littéraires, des partitions musicales, des enregistrements sonores et des œuvres audiovisuelles (collectivement, une « **Œuvre** ») dans le milieu universitaire aux fins de recherche, d’étude privée, de critique, de compte rendu, de communication des nouvelles, d’éducation, de satire ou de parodie conformément aux présentes Lignes directrices.

2. La reproduction doit être un « **Court extrait** », ce qui signifie :

10 % ou moins d’une œuvre, *ou*

Un maximum de :

- a) un chapitre d’un livre;
- b) un seul article d’un périodique;
- c) une œuvre artistique complète (y compris un tableau, une photographie, un diagramme, un dessin, une carte, un tableau et un plan) incluse dans une œuvre qui contient d’autres œuvres artistiques;
- d) un article de journal ou une page en entier
- e) un seul poème ou une seule partition, dans son intégralité, provenant d’une Œuvre qui contient d’autres poèmes ou partitions;
- f) une entrée complète tirée d’une encyclopédie, d’une bibliographie annotée, d’un dictionnaire ou d’un ouvrage de référence semblable,

selon ce qui est le plus important.

3. Le Court extrait, dans chaque cas, ne doit pas contenir plus de l’œuvre que ce qui est nécessaire pour réaliser l’objectif d’utilisation équitable;

4. Une seule copie d’un court extrait d’une œuvre protégée par le droit d’auteur peut être fournie ou communiquée à chaque élève inscrit dans une classe ou à un cours :

- a) à titre de document de cours;
- b) à titre d’élément affiché sur un système de gestion de l’apprentissage ou de cours (à titre d’exemple, Moodle ou Quickr), qui est protégé par mot de passe ou autrement limité aux étudiants ou aux étudiants de l’université;

(c) as part of a course pack.

5. Any fee charged by York for copying a Short Excerpt must not exceed the costs, including overhead costs, of the making of the copy.

6. Copies of Short Excerpts made for the purpose of news reporting, criticism or review should mention the source and, if given in the source, the name of the author(s) or creator(s) of the Work.

7. Where the Fair Dealing Exception allows the copying of only a portion of a Work, no member of the Teaching Staff or Other Staff may make copies of multiple Short Excerpts with the effect of exceeding the copying limits set out in Section 2 of the Guidelines.

III. YORK UNIVERSITY SUPPORT

8. The circumstances that qualify within the Fair Dealing Exception may vary from case to case. The Fair Dealing Exception will cover copying that you undertake in accordance with these Guidelines. The Fair Dealing Exception may also cover certain instances of copying that are not described under these Guidelines. If you have a request for copying that you believe should be covered by the Fair Dealing Exception but is not explicitly permitted by these Guidelines, please contact the **Copyright Office** at copy@yorku.ca. A determination will be made as to whether the proposed copies fall within the Fair Dealing Exception, considering all of the relevant circumstances, including:

(a) the purpose of the proposed copying, including whether it is for research, private study, criticism, review, news reporting; education, satire or parody;

(b) the character of the proposed copying, including whether it involves single or multiple copies, and whether the copy is destroyed after it is used for its specific intended purpose;

(c) the amount of the dealing from the individual user's perspective, including the proportion of the Work that is proposed to be copied and the importance of that excerpt in relation to the whole Work;

c) à titre d'élément d'un recueil de cours.

5. Toute somme devant être payée à York pour la reproduction d'un Court extrait ne doit pas excéder les coûts engagés, y compris les frais généraux, pour effectuer la reproduction.

6. La reproduction de Courts extraits d'une Œuvre aux fins de communication des nouvelles, de critique ou de compte rendu exigent de mentionner la source et, s'il est indiqué dans cette source, le nom de ou des auteur(s) ou du ou des créateur(s) de l'Œuvre.

7. Dans le cas où l'exception d'utilisation équitable permet la reproduction de seulement une partie d'une Œuvre, aucun membre du Personnel enseignant ou tout Autre membre du personnel ne peut reproduire de nombreux Courts extraits ayant pour effet de dépasser la limite de reproduction énoncée à l'article 2 des Lignes directrices.

III. SOUTIEN À L'UNIVERSITÉ YORK

8. Les circonstances qui remplissent les conditions de l'exception d'utilisation équitable varient d'un cas à un autre. L'exception d'utilisation équitable couvre la reproduction entreprise par vous en vertu des présentes Lignes directrices. L'exception d'utilisation équitable peut également couvrir certains cas de reproduction qui ne sont pas décrits en vertu des présentes Lignes directrices. Dans le cas où vous avez une demande de reproduction qui, selon vous, devrait être couverte par l'exception d'utilisation équitable, veuillez communiquer avec le **bureau du droit d'auteur** à l'adresse copy@yorku.ca. Il sera décidé si l'exception d'utilisation équitable s'applique à la reproduction proposée en examinant toutes les circonstances pertinentes, y compris :

a) le but de la reproduction proposée, y compris aux fins de recherche, d'étude privée, de critique, de compte rendu, de communication des nouvelles, d'éducation, de satire ou de parodie;

b) la nature de la reproduction proposée, y compris si elle implique des copies uniques ou nombreuses et si la copie est détruite après son utilisation pour son objectif précis;

c) la quantité d'utilisation du point de vue de l'utilisateur individuel, y compris la proportion de l'Œuvre qu'il est proposé de reproduire et l'importance de cet extrait par rapport à l'Œuvre intégrale;

(d) alternatives to copying the Work, including whether there is a non-copyrighted equivalent available;

(e) the nature of the Work, including whether it is published or unpublished; and

(f) the effect of the copying on the Work, including whether the copy will compete with the commercial market of the original Work.

9. Other sources of permission (including permission from a copyright holder) will be required where the copy falls outside of these Guidelines. For assistance in obtaining the permission required for this copying or posting, contact York University's Copyright Office at copy@yorku.ca.

Selected definitions

“**Teaching Staff**”** means any person who teaches at or under the auspices of York University, including without limitation faculty members, adjunct and clinical faculty, lecturers, instructors, and teaching assistants.

“**Other Staff**”** means full-time and part-time staff members of York University and any other person who works at or under the auspices of York University who is not Teaching Staff.

SCHEDULE B

Main Action

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42

Interim decisions

66.51 The Board may, on application, make an interim decision.

...

68

d) les solutions de rechange à l'utilisation de l'Œuvre, y compris s'il existe un équivalent qui n'est pas protégé par le droit d'auteur;

e) la nature de l'Œuvre, y compris si elle est publiée ou non;

f) l'effet de la reproduction sur l'Œuvre, y compris si la reproduction entrera en concurrence avec le marché commercial de l'Œuvre originale.

9. Les autres sources d'autorisation (y compris celle du détenteur du droit d'auteur) sont exigées dans le cas où la reproduction ne relève pas des présentes Lignes directrices. Pour de l'aide dans l'obtention de l'autorisation exigée pour cette reproduction ou cet affichage, veuillez communiquer avec le bureau du droit d'auteur de l'Université York à l'adresse copy@yorku.ca.

Définitions choisies

On entend par « **Personnel enseignant** »* une personne qui enseigne sous l'égide de l'Université York, y compris, sans toutefois s'y limiter, les membres du corps professoral, les membres auxiliaires et cliniciens du corps professoral, les conférenciers, les instructeurs et les enseignants auxiliaires.

On entend par « **Autres membres du personnel** »** les membres du personnel de l'Université York et toute autre personne qui travaille à temps plein ou à temps partiel sous l'égide de l'Université York et qui ne fait pas partie du Personnel enseignant.

ANNEXE B

Action principale

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42

Décisions provisoires

66.51 La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

[...]

68 [...]

Publication of approved tariffs**(4)** The Board shall

(a) publish the approved tariffs in the *Canada Gazette* as soon as practicable; and

(b) send a copy of each approved tariff, together with the reasons for the Board's decision, to each collective society that filed a proposed tariff and to any person who filed an objection.

...

Effect of fixing royalties

68.2 (1) Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

...

Collective societies

70.1 Sections 70.11 to 70.6 apply in respect of a collective society that operates

(a) a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of works of more than one author, pursuant to which the society sets out the classes of uses for which and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize the doing of an act mentioned in section 3 in respect of those works;

(a.1) a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of performer's performances of more than one performer, pursuant to which the society sets out the classes of uses for which and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize the doing of an act mentioned in section 15 in respect of those performer's performances;

(b) a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of sound recordings of more than one maker, pursuant to which the society sets out the classes of uses for which and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize the doing of an act mentioned in section 18 in respect of those sound recordings; or

Publication du tarif homologué

(4) Elle publie dès que possible dans la *Gazette du Canada* les tarifs homologués; elle en envoie copie, accompagnée des motifs de sa décision, à chaque société de gestion ayant déposé un projet de tarif et aux opposants.

[...]

Portée de l'homologation

68.2 (1) La société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice.

[...]

Sociétés de gestion

70.1 Les articles 70.11 à 70.6 s'appliquent dans le cas des sociétés de gestion chargées d'octroyer des licences établissant :

a) à l'égard d'un répertoire d'œuvres de plusieurs auteurs, les catégories d'utilisation à l'égard desquelles l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 3 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence;

a.1) à l'égard d'un répertoire de prestations de plusieurs artistes-interprètes, les catégories d'utilisation à l'égard desquelles l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 15 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence;

b) à l'égard d'un répertoire d'enregistrements sonores de plusieurs producteurs d'enregistrements sonores, les catégories d'utilisation à l'égard desquelles l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 18 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence;

(c) a licensing scheme, applicable in relation to a repertoire of communication signals of more than one broadcaster, pursuant to which the society sets out the classes of uses for which and the royalties and terms and conditions on which it agrees to authorize the doing of an act mentioned in section 21 in respect of those communication signals.

Public information

70.11 A collective society referred to in section 70.1 must answer within a reasonable time all reasonable requests from the public for information about its repertoire of works, performer's performances, sound recordings or communication signals.

Tariff or agreement

70.12 A collective society may, for the purpose of setting out by licence the royalties and terms and conditions relating to classes of uses,

(a) file a proposed tariff with the Board; or

(b) enter into agreements with users.

Filing of proposed tariffs

70.13 (1) Each collective society referred to in section 70.1 may, on or before the March 31 immediately before the date when its last tariff approved pursuant to subsection 70.15(1) expires, file with the Board a proposed tariff, in both official languages, of royalties to be collected by the collective society for issuing licences.

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.

Application of certain provisions

70.14 Where a proposed tariff is filed under section 70.13, subsections 67.1(3) and (5) and subsection 68(1) apply, with such modifications as the circumstances require.

Certification

70.15 (1) The Board shall certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and

c) à l'égard d'un répertoire de signaux de communication de plusieurs radiodiffuseurs, les catégories d'utilisation à l'égard desquelles l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 21 est autorisé ainsi que les redevances à verser et les modalités à respecter pour obtenir une licence.

Demandes de renseignements

70.11 Ces sociétés de gestion sont tenues de répondre, dans un délai raisonnable, aux demandes de renseignements raisonnables du public concernant le répertoire de telles œuvres, de telles prestations, de tels enregistrements sonores ou de tels signaux de communication, selon le cas.

Projets de tarif ou ententes

70.12 Les sociétés de gestion peuvent, en vue d'établir par licence les redevances à verser et les modalités à respecter relativement aux catégories d'utilisation :

a) soit déposer auprès de la Commission un projet de tarif;

b) soit conclure des ententes avec les utilisateurs.

Dépôt d'un projet de tarif

70.13 (1) Les sociétés de gestion peuvent déposer auprès de la Commission, au plus tard le 31 mars précédant la cessation d'effet d'un tarif homologué au titre du paragraphe 70.15(1), un projet de tarif, dans les deux langues officielles, des redevances à percevoir pour l'octroi de licences.

Sociétés non régies par un tarif homologué

(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.

Application de certaines dispositions

70.14 Dans le cas du dépôt, conformément à l'article 70.13, d'un projet de tarif, les paragraphes 67.1(3) et (5) et 68(1) s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

Homologation

70.15 (1) La Commission homologue les projets de tarifs après avoir apporté aux redevances et aux modalités

conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to any objections to the tariffs.

Application of certain provisions

(2) Where a tariff is approved under subsection (1), subsections 68(4) and 68.2(1) apply, with such modifications as the circumstances require.

Distribution, publication of notices

70.16 Independently of any other provision of this Act relating to the distribution or publication of information or documents by the Board, the Board shall notify persons affected by a proposed tariff, by

- (a) distributing or publishing a notice, or
- (b) directing another person or body to distribute or publish a notice,

in such manner and on such terms and conditions as the Board sees fit.

Prohibition of enforcement

70.17 Subject to section 70.19, no proceedings may be brought for the infringement of a right referred to in section 3, 15, 18 or 21 against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff.

Continuation of rights

70.18 Subject to section 70.19, where a collective society files a proposed tariff in accordance with section 70.13,

- (a) any person authorized by the collective society to do an act referred to in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, pursuant to the previous tariff may do so, even though the royalties set out therein have ceased to be in effect, and
- (b) the collective society may collect the royalties in accordance with the previous tariff,

until the proposed tariff is approved.

Where agreement exists

70.19 If there is an agreement mentioned in paragraph 70.12(b), sections 70.17 and 70.18 do not apply in respect of the matters covered by the agreement.

afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions.

Application de certaines dispositions

(2) Dans le cas d'un tarif homologué, les paragraphes 68(4) et 68.2(1) s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

Publication d'avis

70.16 La Commission doit ordonner l'envoi ou la publication d'un avis à l'intention des personnes visées par le projet de tarif, indépendamment de toute autre disposition de la présente loi relative à l'envoi ou à la publication de renseignements ou de documents, ou y procéder elle-même, et ce de la manière et aux conditions qu'elle estime indiquées.

Interdiction des recours

70.17 Sous réserve de l'article 70.19, il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit prévu aux articles 3, 15, 18 ou 21 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

Maintien des droits

70.18 Sous réserve de l'article 70.19 et malgré la cessation d'effet du tarif, toute personne autorisée par la société de gestion à accomplir tel des actes visés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, a le droit, dès lors qu'un projet de tarif est déposé conformément à l'article 70.13, d'accomplir cet acte et ce jusqu'à l'homologation d'un nouveau tarif. Par ailleurs, la société de gestion intéressée peut percevoir les redevances prévues par le tarif antérieur jusqu'à cette homologation.

Non-application des articles 70.17 et 70.18

70.19 Les articles 70.17 et 70.18 ne s'appliquent pas aux questions réglées par toute entente visée à l'alinéa 70.12b).

Agreement

70.191 An approved tariff does not apply where there is an agreement between a collective society and a person authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, if the agreement is in effect during the period covered by the approved tariff.

FIXING OF ROYALTIES IN INDIVIDUAL CASES

Application to fix amount of royalty, etc.

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

Fixing royalties, etc.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

...

Effect of Board decision

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

Counterclaim

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42

Entente

70.191 Le tarif homologué ne s'applique pas en cas de conclusion d'une entente entre une société de gestion et une personne autorisée à accomplir tel des actes visés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, si cette entente est exécutoire pendant la période d'application du tarif homologué.

FIXATION DES REDEVANCES DANS DES CAS PARTICULIERS

Demande de fixation de redevances

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

Modalités de la fixation

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

[...]

Portée de la fixation

70.4 L'intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l'égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d'octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

Demande reconventionnelle

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42

INTERPRETATION

Definitions

2 In this Act,

...

educational institution means

(a) a non-profit institution licensed or recognized by or under an Act of Parliament or the legislature of a province to provide pre-school, elementary, secondary or post-secondary education,

(b) a non-profit institution that is directed or controlled by a board of education regulated by or under an Act of the legislature of a province and that provides continuing, professional or vocational education or training,

(c) a department or agency of any order of government, or any non-profit body, that controls or supervises education or training referred to in paragraph (a) or (b), or

(d) any other non-profit institution prescribed by regulation; (*établissement d'enseignement*)

...

2.1

Idem

(2) The mere fact that a work is included in a compilation does not increase, decrease or otherwise affect the protection conferred by this Act in respect of the copyright in the work or the moral rights in respect of the work.

...

FAIR DEALING

Research, private study, etc.

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

DÉFINITIONS ET DISPOSITIONS INTERPRÉTATIVES

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

établissement d'enseignement :

a) Établissement sans but lucratif agréé aux termes des lois fédérales ou provinciales pour dispenser de l'enseignement aux niveaux préscolaire, élémentaire, secondaire ou postsecondaire, ou reconnu comme tel;

b) établissement sans but lucratif placé sous l'autorité d'un conseil scolaire régi par une loi provinciale et qui dispense des cours d'éducation ou de formation permanente, technique ou professionnelle;

c) ministère ou organisme, quel que soit l'ordre de gouvernement, ou entité sans but lucratif qui exerce une autorité sur l'enseignement et la formation visés aux alinéas a) et b);

d) tout autre établissement sans but lucratif visé par règlement. (*educational institution*)

[...]

2.1 [...]

Idem

(2) L'incorporation d'une œuvre dans une compilation ne modifie pas la protection conférée par la présente loi à l'œuvre au titre du droit d'auteur ou des droits moraux.

[...]

UTILISATION ÉQUITABLE

Étude privée, recherche, etc.

29 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre 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.

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.

News reporting

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

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

...

EDUCATIONAL INSTITUTIONS**Reproduction for instruction**

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

Critique et compte rendu

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 :

- 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.

Communication des nouvelles

29.2 L'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés :

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

[...]

ÉTABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT**Reproduction à des fins pédagogiques**

29.4 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour un établissement d'enseignement ou une

for the purposes of education or training on its premises to reproduce a work, or do any other necessary act, in order to display it.

Reproduction for examinations, etc.

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

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

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

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

If work commercially available

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by subsections (1) and (2) does not apply if the work or other subject-matter is commercially available, within the meaning of paragraph (a) of the definition *commercially available* in section 2, in a medium that is appropriate for the purposes referred to in those subsections.

Performances

29.5 It is not an infringement of copyright for an educational institution or a person acting under its authority to do the following acts if they are done on the premises of an educational institution for educational or training purposes and not for profit, before an audience consisting primarily of students of the educational institution, instructors acting under the authority of the educational institution or any person who is directly responsible for setting a curriculum for the educational institution:

(a) the live performance in public, primarily by students of the educational institution, of a work;

(b) the performance in public of a sound recording, or of a work or performer's performance that is embodied in a sound recording, as long as the sound recording is not an infringing copy or the person responsible for the performance has no reasonable grounds to believe that it is an infringing copy;

personne agissant sous l'autorité de celui-ci, de reproduire une œuvre pour la présenter visuellement à des fins pédagogiques et dans les locaux de l'établissement et d'accomplir tout autre acte nécessaire pour la présenter à ces fins.

Questions d'examen

(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, 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) 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.

Accessibilité sur le marché

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les exceptions prévues aux paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas si l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur sont accessibles sur le marché — au sens de l'alinéa a) de la définition de ce terme à l'article 2 — sur un support approprié, aux fins visées par ces dispositions.

Représentations

29.5 Ne constituent pas des violations du droit d'auteur les actes ci-après, s'ils sont accomplis par un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous l'autorité de celui-ci, dans les locaux de celui-ci, à des fins pédagogiques et non en vue d'un profit, devant un auditoire formé principalement d'élèves de l'établissement, d'enseignants agissant sous l'autorité de l'établissement ou d'autres personnes qui sont directement responsables de programmes d'études pour cet établissement :

a) l'exécution en direct et en public d'une œuvre, principalement par des élèves de l'établissement;

b) l'exécution en public tant de l'enregistrement sonore que de l'œuvre ou de la prestation qui le constituent, à condition que l'enregistrement ne soit pas un exemplaire contrefait ou que la personne qui l'exécute n'ait aucun motif raisonnable de croire qu'il s'agit d'un exemplaire contrefait;

(c) the performance in public of a work or other subject-matter at the time of its communication to the public by telecommunication; and

(d) the performance in public of a cinematographic work, as long as the work is not an infringing copy or the person responsible for the performance has no reasonable grounds to believe that it is an infringing copy.

News and commentary

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

(a) make, at the time of its communication to the public by telecommunication, a single copy of a news program or a news commentary program, excluding documentaries, for the purposes of performing the copy for the students of the educational institution for educational or training purposes; and

(b) perform the copy in public before an audience consisting primarily of students of the educational institution on its premises for educational or training purposes.

...

Reproduction of broadcast

29.7 (1) Subject to subsection (2) and section 29.9, it is not an infringement of copyright for an educational institution or a person acting under its authority to

(a) make a single copy of a work or other subject-matter at the time that it is communicated to the public by telecommunication; and

(b) keep the copy for up to thirty days to decide whether to perform the copy for educational or training purposes.

Royalties for reproduction

(2) An educational institution that has not destroyed the copy by the expiration of the thirty days infringes copyright in the work or other subject-matter unless it pays any royalties, and complies with any terms and conditions, fixed under this Act for the making of the copy.

c) l'exécution en public d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur lors de leur communication au public par télécommunication;

d) l'exécution en public d'une œuvre cinématographique, à condition que l'œuvre ne soit pas un exemplaire contrefait ou que la personne qui l'exécute n'ait aucun motif raisonnable de croire qu'il s'agit d'un exemplaire contrefait.

Actualités et commentaires

29.6 (1) Les actes ci-après ne constituent pas des violations du droit d'auteur s'ils sont accomplis par un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous l'autorité de celui-ci :

a) la reproduction à des fins pédagogiques, en un seul exemplaire, d'émissions d'actualités ou de commentaires d'actualités, à l'exclusion des documentaires, lors de leur communication au public par télécommunication en vue de leur présentation aux élèves de l'établissement;

b) les exécutions en public de l'exemplaire devant un auditoire formé principalement d'élèves de l'établissement dans les locaux de l'établissement et à des fins pédagogiques.

[...]

Reproduction d'émissions

29.7 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 29.9, les actes ci-après ne constituent pas des violations du droit d'auteur s'ils sont accomplis par un établissement d'enseignement ou une personne agissant sous l'autorité de celui-ci :

a) la reproduction à des fins pédagogiques, en un seul exemplaire, d'une oeuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur lors de leur communication au public par télécommunication;

b) la conservation de l'exemplaire pour une période maximale de trente jours afin d'en déterminer la valeur du point de vue pédagogique.

Païement des redevances ou destruction

(2) L'établissement d'enseignement qui n'a pas détruit l'exemplaire à l'expiration des trente jours viole le droit d'auteur s'il n'acquiesce pas les redevances ni ne respecte les modalités fixées sous le régime de la présente loi pour la reproduction.

Royalties for performance

(3) It is not an infringement of copyright for the educational institution or a person acting under its authority to perform the copy in public for educational or training purposes on the premises of the educational institution before an audience consisting primarily of students of the educational institution if the educational institution pays the royalties and complies with any terms and conditions fixed under this Act for the performance in public.

Unlawful reception

29.8 The exceptions to infringement of copyright provided for under sections 29.5 to 29.7 do not apply where the communication to the public by telecommunication was received by unlawful means.

Records and marking

29.9 (1) Where an educational institution or person acting under its authority

(a) [Repealed, 2012, c. 20, s. 26]

(b) makes a copy of a work or other subject-matter communicated to the public by telecommunication and performs it pursuant to section 29.7,

the educational institution shall keep a record of the information prescribed by regulation in relation to the making of the copy, the destruction of it or any performance in public of it for which royalties are payable under this Act and shall, in addition, mark the copy in the manner prescribed by regulation.

Regulations

(2) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations

(a) prescribing the information in relation to the making, destruction, performance and marking of copies that must be kept under subsection (1),

(b) prescribing the manner and form in which records referred to in that subsection must be kept and copies destroyed or marked, and

(c) respecting the sending of information to collective societies referred to in section 71.

Exécution en public

(3) L'exécution en public, devant un auditoire formé principalement d'élèves de l'établissement, de l'exemplaire dans les locaux de l'établissement et à des fins pédagogiques, par l'établissement ou une personne agissant sous l'autorité de celui-ci, ne constitue pas une violation du droit d'auteur si l'établissement acquitte les redevances et respecte les modalités fixées sous le régime de la présente loi pour l'exécution en public.

Réception illicite

29.8 Les exceptions prévues aux articles 29.5 à 29.7 ne s'appliquent pas si la communication au public par télécommunication a été captée par des moyens illicites.

Obligations relatives à l'étiquetage

29.9 (1) L'établissement d'enseignement est tenu de consigner les renseignements prévus par règlement, selon les modalités réglementaires, quant aux reproductions et destructions qu'il fait et aux exécutions en public pour lesquelles des redevances doivent être acquittées sous le régime de la présente loi, et d'étiqueter les exemplaires selon les modalités réglementaires, dans les cas suivants :

a) [Abrogé, 2012, ch. 20, art. 26]

b) reproduction d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur lors de sa communication au public par télécommunication et exécution de l'exemplaire, dans le cadre de l'article 29.7.

Règlements

(2) La Commission peut, par règlement et avec l'approbation du gouverneur en conseil, préciser :

a) les renseignements relatifs aux reproductions, destructions et exécutions en public visées au paragraphe (1) que doivent consigner les établissements d'enseignement et qui doivent figurer sur les étiquettes;

b) les modalités de consignation de ces renseignements, et d'étiquetage et de destruction des exemplaires;

c) les modalités de transmission de ces renseignements aux sociétés de gestion visées à l'article 71.

Literary collections

30 The publication in a collection, mainly composed of non-copyright matter, intended for the use of educational institutions, and so described in the title and in any advertisements issued by the publisher, of short passages from published literary works in which copyright subsists and not themselves published for the use of educational institutions, does not infringe copyright in those published literary works if

- (a)** not more than two passages from works by the same author are published by the same publisher within five years;
- (b)** the source from which the passages are taken is acknowledged; and
- (c)** the name of the author, if given in the source, is mentioned.

Recueils

30 La publication de courts extraits d'œuvres littéraires encore protégées, publiées et non destinées elles-mêmes à l'usage des établissements d'enseignement, dans un recueil qui est composé principalement de matières non protégées, préparé pour être utilisé dans les établissements d'enseignement et désigné comme tel dans le titre et dans les annonces faites par l'éditeur ne constitue pas une violation du droit d'auteur sur ces œuvres littéraires publiées à condition que :

- a)** le même éditeur ne publie pas plus de deux passages tirés des œuvres du même auteur dans l'espace de cinq ans;
- b)** la source de l'emprunt soit indiquée;
- c)** le nom de l'auteur, s'il figure dans la source, soit mentionné.