

T-1391-14
2016 FC 1255

T-1391-14
2016 CF 1255

1395804 Ontario Ltd., operating as Blacklock's Reporter (Plaintiff)

1395804 Ontario Ltd., faisant affaire sous le nom de Blacklock's Reporter (demanderesse)

v.

c.

Canada (Attorney General) (Defendant)

Canada (Procureur général) (défendeur)

INDEXED AS: 1395804 ONTARIO LTD. (BLACKLOCK'S REPORTER) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : 1395804 ONTARIO LTD. (BLACKLOCK'S REPORTER) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Barnes J.—Ottawa, September 19 to 23 and November 10, 2016.

Cour fédérale, juge Barnes—Ottawa, 19 au 23 septembre et 10 novembre 2016.

Copyright — Infringement — Action in which plaintiff contending that Department of Finance officials violating copyright by obtaining, reading, distributing two of plaintiff's news articles without authorization — Case involving fair dealing provisions of Copyright Act in context of third party use of content protected by paywall — Plaintiff, small Ottawa-based online news agency owned, operated by two individuals, including managing editor — Plaintiff employing paywall to protect news copy — Complaining that in October 2013, certain Department officials acquiring, distributing two news articles without consent or payment — Plaintiff seeking damages — Managing editor writing articles about changes to Canadian sugar tariffs, consulting Department, president of Canadian Sugar Institute (CSI) for information — Articles making improper claims — CSI President taking out annual single subscription with plaintiff in order to read full articles — Concerned about articles' accuracy, potential damage to working relationship with Department officials — Therefore emailing copies of articles to contact at Department — CSI president unaware of plaintiff's Terms and Conditions for use — Articles emailed to other work colleagues by president's contact — Whether conduct plaintiff impugning protected under fair dealing provisions of Act, in particular, s. 29 — S. 29 providing basic legal protection where purpose of use research, private study, education, etc. — Two leading Supreme Court of Canada cases (CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada; Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada) dealing with s. 29 analysed — In CCH, Supreme Court establishing two-part test for determining whether use of copyrighted material constituting fair dealing — Test involving determining whether dealing is for purpose of "research" or "private study"; whether dealing "fair" — CCH decision concluding that "research" must be given large, liberal interpretation — In present case, Department's acknowledged use of two articles at issue constituting fair dealing — Circulation of news copy within Department done for proper research purposes — Evidence

Droit d'auteur — Violation — Action par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d'auteur en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation — L'affaire concernait les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur relatives à l'utilisation équitable dans le contexte de l'utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage — La demanderesse est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa qui est détenue et exploitée par deux personnes, dont le rédacteur en chef — La demanderesse a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles — La demanderesse s'est plainte qu'en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procuré deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière — La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts — Le rédacteur en chef a consulté le Ministère et la présidente de l'Institut canadien du sucre (ICS) pour obtenir des renseignements, puis il a écrit un article portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre — L'article contenait des propos mensongers — Pour lire la totalité de l'article, la présidente de l'ICS s'est abonnée à la demanderesse, à titre individuel et pour un an — Elle était préoccupée quant à l'exactitude de l'article et par le fait que sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée — Par conséquent, elle a envoyé des copies de l'article par courriel à une personne-ressource au Ministère — La présidente de l'ICS ne connaissait pas les Conditions de la demanderesse — L'article a été envoyé par courriel à d'autres collègues de travail par la personne-ressource de la présidente — Il s'agissait de savoir si la conduite que la demanderesse reprochait était protégée par les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable, et plus particulièrement, par l'art. 29 — L'art. 29 accorde une protection juridique de base lorsque l'utilisation est notamment aux fins d'étude privée, de recherche ou d'éducation — Deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'art. 29

establishing that president's contact, Department official directly involved in responding to plaintiff's managing editor; that each having legitimate concerns about fairness, accuracy of managing editor's reporting — Plaintiff failing to ensure subscribers aware of terms, conditions seeking to impose — Approach deficient, potentially misleading to subscribers like CSI president — President or Department should not be taken to have been aware of plaintiff's web-based terms of use — Plaintiff's terms, conditions containing material ambiguity concerning downstream distribution — Plaintiff bound to interpretation most favourable to users of copy — Action dismissed.

This was an action in which the plaintiff contended that officials in the Department of Finance violated its copyright by obtaining, reading and distributing two of its news articles without authorization. This case involved the fair dealing provisions of the *Copyright Act* in the context of third party use of content protected by a paywall.

The plaintiff is a small Ottawa-based online news agency owned and operated by two individuals. It employs a paywall to protect its news copy. To gain access to the full content of its news articles, a paid subscription and a password are required. The application does not require a subscriber to acknowledge and accept any terms of use before the transaction is concluded. The plaintiff complained that in October 2013, certain Department officials acquired and distributed two of its news articles without its consent and without payment. It sought damages.

(CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, et Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada) ont été analysés — Dans l'arrêt CCH, la Cour suprême a énoncé un critère à deux volets pour établir si l'utilisation de contenu visé par droit d'auteur constitue une utilisation équitable — Ce critère consistait à déterminer si l'utilisation avait pour but la « recherche » ou « l'étude privée » et si l'utilisation était « équitable » — La Cour suprême dans l'arrêt CCH a tiré la conclusion selon laquelle il faut interpréter le mot « recherche » de manière large — En l'espèce, l'utilisation reconnue par le Ministère des deux articles en litige constituait une utilisation équitable — La circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche — La preuve a établi que la personne-ressource de la présidente et le fonctionnaire du Ministère ont tous les deux directement répondu au rédacteur en chef de la demanderesse et qu'ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l'exactitude de la nouvelle du rédacteur en chef — La demanderesse a omis de s'assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu'elle souhaitait imposer — La méthode adoptée présentait des lacunes et elle pouvait possiblement tromper des abonnés comme la présidente de l'ICS — La présidente ou le Ministère ne devraient pas être réputés avoir eu connaissance des conditions d'utilisation de la demanderesse qui se trouvent sur le Web — Les Conditions de la demanderesse contenaient une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval — La demanderesse était liée par l'interprétation la plus favorable aux utilisateurs de ses copies — Action rejetée.

Il s'agissait d'une action par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d'auteur en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation. L'affaire concernait les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à l'utilisation équitable dans le contexte de l'utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage.

La demanderesse est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa qui est détenue et exploitée par deux personnes. Elle a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles. Pour qu'une personne obtienne accès au contenu complet des articles de nouvelles, elle doit souscrire à un abonnement ainsi qu'obtenir un mot de passe. Lorsqu'il remplit la demande, l'abonné n'est pas tenu de reconnaître ou d'accepter quelque condition que ce soit avant que la transaction soit conclue. La demanderesse s'est plainte qu'en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procuré deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière. Elle a réclamé des dommages-intérêts.

The conflict was brought on when one of the plaintiff's owners, the managing editor, wrote a news story about changes to Canadian sugar tariffs. Several key individuals at the Canadian Sugar Institute and the Department of Finance were either interviewed or contacted to write the news story. Despite that the Department provided an explanation about the tariff changes, the article improperly claimed that the defendant did not comment on them. The president of the Canadian Sugar Institute (CSI) was alerted to the article that was written and, in order to read the full article, took out an annual single subscription with the plaintiff. She then copied the article and emailed it to a work contact of hers at the Department. The CSI president was concerned about the accuracy of the article because in particular it had a pejorative attribution of an error to the Department and she might be seen as the one to blame, causing damage to her working relationship with Department officials. A second article was written on the same subject casting the Department in an unfavourable light and suggesting that the Department was at a loss to explain certain things despite the earlier explanation an official had provided. The CSI president obtained a copy of this second article and again emailed her contact at the Department. She claimed that she was unaware of the plaintiff's Terms and Conditions for use, never imagining that by emailing the articles she could be infringing the plaintiff's copyright. The Department contact forwarded the email to other colleagues because of their possible involvement in a follow-up to the articles. Notwithstanding departmental concerns about the content of the managing editor's articles, no further follow-up was deemed necessary and the matter was dropped.

The main issue was whether the conduct the plaintiff was impugning was protected under the fair dealing provisions of the Act and, in particular, section 29.

Held, the action should be dismissed.

The defendant had the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the acknowledged use of the copyrighted material by the Department without payment or consent was protected by section 29 of the Act. Fair dealing by a user of copyrighted material is a well-recognized right under the Act. Section 29 provides basic legal protection where the purpose of use is, for example, research, private study and education. Two leading cases by the Supreme Court of Canada (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* and *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*) dealing with section 29 were analysed. The Supreme

Le conflit a pris naissance lorsqu'un des propriétaires de la demanderesse, le rédacteur en chef, a écrit un article de nouvelles portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre. Pour écrire l'article de nouvelles, plusieurs personnes clés à l'Institut canadien du sucre et au ministère des Finances ont été interviewées ou on a communiqué avec elles. En dépit du fait que le Ministère avait fourni une explication sur les modifications des tarifs, l'article prétendait à tort que le défendeur n'avait formulé aucun commentaire à ce sujet. La présidente de l'Institut canadien du sucre (ICS) a été informée de l'article qui avait été écrit et, pour le lire en entier, elle s'est abonnée à la demanderesse, à titre individuel et pour un an. Elle a ensuite copié l'article, puis l'a envoyé par courriel à une personne-ressource au Ministère. La présidente de l'ICS était préoccupée quant à l'exactitude de l'article parce qu'on y affirmait plus particulièrement que le Ministère avait commis une erreur, et était préoccupée que cette déclaration puisse lui être attribuée et que, par conséquent, sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée. Un deuxième article a été écrit sur le même sujet dépeignant le Ministère de manière défavorable et laissant entendre que le Ministère n'arrivait pas à expliquer certaines choses malgré l'explication fournie antérieurement par un fonctionnaire. La présidente de l'ICS a obtenu une copie de ce deuxième article et elle a une fois de plus envoyé l'article par courriel à sa personne-ressource au Ministère. Elle a affirmé qu'elle ne connaissait pas les Conditions de la demanderesse et qu'il ne lui avait jamais traversé l'esprit qu'elle pouvait violer les droits d'auteur de la demanderesse en envoyant les articles par courriel. La personne-ressource du Ministère a transféré le courriel à d'autres collègues en raison de leur participation possible dans le suivi concernant l'article. Malgré les préoccupations exprimées par le Ministère à propos du contenu des articles du rédacteur en chef, aucun suivi n'a été jugé nécessaire et l'affaire a été abandonnée.

Il s'agissait principalement de savoir si la conduite que la demanderesse reprochait était protégée par les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable, et plus particulièrement, par l'article 29.

Jugement : l'action doit être rejetée.

Il incombait au défendeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que cette utilisation reconnue du matériel protégé par droit d'auteur par le Ministère, sans contrepartie pécuniaire ni consentement de sa part, était protégée par l'article 29 de la Loi. L'utilisation équitable de tout objet du droit d'auteur est un droit bien reconnu par la Loi. L'article 29 accorde une protection juridique de base lorsque l'utilisation est notamment aux fins d'étude privée, de recherche ou d'éducation. Deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'article 29 (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, et *Société canadienne des*

Court of Canada established a two-part test for determining whether use of copyrighted material constitutes fair dealing. This test involves determining whether the dealing is for the purpose of “research” or “private study” and whether the dealing is “fair”. In *CCH*, it was concluded that “research” must be given a large and liberal interpretation. The second part of the test, determining whether something is “fair”, is a question of fact and depends on the facts of each case while considering several factors.

Based on an analysis of those Supreme Court of Canada decisions, it was determined that the Department’s acknowledged use of the two articles at issue constituted fair dealing. There was no question that the circulation of the news copy within the Department was done for a proper research purpose and that the admitted scope of use was fair in the circumstances. The evidence established that the president’s contact and the Department official were directly involved in responding to the managing editor and that each had legitimate concerns about the fairness and accuracy of the managing editor’s reporting. Also, the contact’s limited distribution of the articles to a few departmental colleagues for their review also fell squarely within the scope of permitted research.

The deliberate breach of the accepted terms of access to and use of copyrighted material is a relevant consideration in applying the fair dealing provisions of the Act. However, the owner of copyright must establish that the terms of use actually prohibit the access or distribution in question and that the person involved was aware of the limitations. In this case, the plaintiff failed to ensure that its subscribers were aware of the Terms and Conditions it sought to impose. Its approach was deficient and potentially misleading to subscribers like the CSI president. Because the Terms and Conditions of use were not clearly brought to her attention for acceptance, she had no reason to think that by sharing the two articles in question she was breaching the plaintiff’s copyright or facilitating a breach by others. The president or the Department should not be taken to have been aware of the plaintiff’s web-based terms of use but, even if they had been aware, they would have been no further ahead. The plaintiff’s Terms and Conditions contain a material ambiguity concerning downstream distribution. As the drafter of these conditions, the plaintiff was bound to the interpretation most favourable to the users of its copy, which in this case permitted the president’s distribution to the Department for a non-commercial purpose and, by implication, permitted a similar use by the president’s contact. Absent consent, subscribers and downstream users are subject to the obligations imposed on them

auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada) ont été analysés. La Cour suprême a énoncé un critère à deux volets pour établir si l’utilisation de contenu visé par droit d’auteur constitue une utilisation équitable. Ce critère consistait à déterminer si l’utilisation avait pour but la « recherche » ou « l’étude privée » et si l’utilisation était « équitable ». Dans l’arrêt *CCH*, la Cour suprême a tiré la conclusion selon laquelle il faut interpréter le mot « recherche » de manière large. Le deuxième volet du critère, soit la question de savoir si une utilisation est « équitable », constitue une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce, tout en prenant en considération plusieurs facteurs.

Selon une analyse des décisions de la Cour suprême du Canada, la Cour a déterminé que l’utilisation reconnue par le Ministère des deux articles en litige constituait une utilisation équitable. Il n’y avait pas de doute que la circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche et que la portée de l’utilisation, telle que reconnue, était équitable dans les circonstances. La preuve a établi que la personne-ressource de la présidente et le fonctionnaire du Ministère ont tous les deux directement répondu au rédacteur en chef et qu’ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l’exactitude de la nouvelle du rédacteur en chef. En outre, la distribution limitée des articles par la personne-ressource à quelques-uns de ses collègues du Ministère pour que ceux-ci les examinent relevait donc clairement de la portée de la recherche permise.

La violation délibérée des Conditions convenues et l’utilisation de contenu protégé par droit d’auteur est une considération pertinente pour ce qui est de l’application des dispositions de la Loi relatives à l’utilisation équitable. Cependant, le titulaire du droit d’auteur doit établir que les conditions d’utilisation interdisent bel et bien l’accès ou la distribution en question, et que la personne mêlée à cet acte avait connaissance des restrictions. En l’espèce, la demanderesse a omis de s’assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu’elle souhaitait imposer. La méthode adoptée présentait des lacunes et elle pouvait possiblement tromper des abonnés comme la présidente de l’ICS. Puisque les Conditions n’ont pas été portées clairement à son attention pour qu’elle les accepte, elle n’avait pas de raison de croire qu’en faisant circuler les deux articles en question, elle violait le droit d’auteur de la demanderesse ou en facilitait une telle violation par des tiers. La présidente de l’ICS ou le Ministère ne devraient pas être réputés avoir eu connaissance des conditions d’utilisation de la demanderesse qui se trouvent sur le Web; toutefois, ces deux parties n’auraient pas été plus avancées, et ce, même si elles avaient eu une telle connaissance. Les Conditions de la demanderesse contiennent une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval. La demanderesse, à titre de rédactrice des Conditions, était liée par l’interprétation la plus favorable aux utilisateurs

by the Act while at the same time enjoying the considerable protection afforded thereto under the statutory fair dealing provisions.

de ses copies. En l'espèce, cette interprétation permettait à la présidente de distribuer les copies au Ministère à des fins non commerciales, et, par la force des choses, permettait une utilisation similaire pour la personne-ressource de celle-ci. En l'absence de consentement, les abonnés et les utilisateurs en aval sont assujettis aux obligations que la Loi leur impose. Toutefois, par le fait même, ces parties jouissent de la protection considérable que leur accordent les dispositions législatives relatives à l'utilisation équitable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 29, 29.2.

CASES CITED

APPLIED:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326.

CONSIDERED:

Warman v. Fournier, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21.

REFERRED TO:

Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd., 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189.

AUTHORS CITED

Korski, Tom. "\$30,000,000 Sugar Tax is Averted", *Blacklock's Reporter*, October 13, 2013.

Korski, Tom. "It didn't make any sense", *Blacklock's Reporter*, October 11, 2013.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

ACTION in which the plaintiff contended that the Department of Finance violated its copyright contrary to the *Copyright Act* by obtaining, reading and distributing two of its news articles without authorization. Action dismissed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 29, 29.2.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326.

DÉCISION EXAMINÉE :

Warman c. Fournier, 2012 CF 803.

DÉCISION CITÉE :

Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd., 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189.

DOCTRINE CITÉE

Korski, Tom. « \$30,000,000 Sugar Tax is Averted », *Blacklock's Reporter*, 13 octobre 2013.

Korski, Tom. « It didn't make any sense », *Blacklock's Reporter*, 11 octobre 2013.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2^e éd. Toronto : Irwin Law, 2011.

ACTION par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances ont violé son droit d'auteur contrairement à la *Loi sur le droit d'auteur*, en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation. Action rejetée.

APPEARANCES

Yavar Hameed for plaintiff.
Alexandre Kaufman and *Orlagh O'Kelly* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD

Hameed Law, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

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

[1] BARNES J.: This is a case about copyright. More specifically, it is a case about the fair dealing provisions of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act) in the context of third party use of content protected by a paywall.

[2] The plaintiff, carrying on business as Blacklock's Reporter (Blacklock's), contends that officials in the Department of Finance (the Department) violated its copyright by obtaining, reading and distributing two of its news articles without authorization.

[3] The Attorney General argues that Blacklock's conduct is a misuse of copyright and that the conduct Blacklock's complains about constitutes fair dealing under section 29 of the Act.

I. Background

[4] Blacklock's is a small Ottawa-based, online news agency. It is owned and operated by Tom Korski and Holly Doan. Mr. Korski is the managing editor and Ms. Doan is the publisher. Mr. Korski writes news copy for Blacklock's along with a number of free-lance reporters. Among other duties, Ms. Doan looks after the negotiation of licensing agreements for institutional subscribers.

ONT COMPARU

Yavar Hameed pour la demanderesse.
Alexandre Kaufman et *Orlagh O'Kelly* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Hameed Law, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : La Cour est saisie d'une affaire de droit d'auteur. Plus précisément, elle est saisie d'une affaire concernant les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) relatives à l'utilisation équitable dans le contexte de l'utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage.

[2] La demanderesse, qui exploite ses activités sous le nom de Blacklock's Reporter (Blacklock's), soutient que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d'auteur, car ces fonctionnaires ont obtenu, lu et distribué deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation.

[3] Le procureur général prétend que la conduite de Blacklock's est une utilisation abusive du droit d'auteur et que la conduite dont se plaint Blacklock's constitue une utilisation équitable au titre de l'article 29 de la Loi.

I. Le contexte

[4] Blacklock's est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa, et ses propriétaires exploitants sont Tom Korski et Holly Doan. M. Korski est le rédacteur en chef et M^{me} Doan est l'éditrice. M. Korski, ainsi que des journalistes pigistes, rédigent les articles de nouvelles de Blacklock's. M^{me} Doan s'occupe entre autres de la négociation des ententes de licence pour les abonnements institutionnels.

[5] Blacklock's employs a paywall to protect its news copy. In order to gain access to the full content of its news articles a paid subscription and a password are required. Single subscriptions are available through an online application. The application does not require a subscriber to acknowledge and accept any terms of use before the transaction is concluded. It does, however, refer to the purchase of custom bulk rates for institutional subscribers who would like to distribute or share Blacklock's content in-house. At the foot of the subscription application is a reference to "Terms and Conditions" but these are not particularized and would only be seen by a subscriber following a search of Blacklock's website.

[6] Blacklock's complains that in October 2013 certain Department officials acquired and distributed two of its news articles without its consent and without payment. For this alleged infringement it seeks damages of \$17 209.10.

[7] The underlying relevant facts are largely undisputed. Indeed, the parties tendered an agreed statement of facts which generally describes the conduct that is the subject of this proceeding.

[8] In the course of writing a news story about changes to Canadian sugar tariffs, Mr. Korski interviewed the President of the Canadian Sugar Institute, Sandra Marsden. Mr. Korski also made enquiries of the Department seeking information about the tariff changes. The Department's media relations officer, Stéphanie Rubec, responded to Mr. Korski and provided an explanation. Further email exchanges between Mr. Korski and Ms. Rubec took place throughout the afternoon of October 9, 2013 culminating in a detailed response sent to Mr. Korski by Ms. Rubec at 7:25 p.m. According to Mr. Korski, he had earlier signed off on his article and did not see Ms. Rubec's final response until sometime the next day. Mr. Korski's article was then published

[5] Blacklock's a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles. Pour qu'une personne obtienne accès au contenu complet des articles de nouvelles, elle doit souscrire à un abonnement ainsi qu'obtenir un mot de passe. Les abonnements individuels peuvent être obtenus par une demande en ligne. Lorsqu'il remplit la demande, l'abonné n'est pas tenu de reconnaître ou d'accepter quelque condition que ce soit avant que la transaction soit conclue. Cependant, la demande fait mention des tarifs en vrac sur mesure applicables aux abonnés institutionnels, dans le cas où les usagers liés à cet abonnement souhaiteraient distribuer ou partager le matériel figurant sur le site de Blacklock's à l'intérieur de l'organisme. Dans le pied de page de la demande d'abonnement, on renvoie aux « *Terms and Conditions* » (les Conditions), mais il n'y a aucun détail au sujet de celles-ci, et seul un abonné qui effectue une recherche sur le site Web de Blacklock's peut lire ces Conditions.

[6] Blacklock's se plaint qu'en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procurés deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière. Elle réclame, pour cette violation alléguée, le montant de 17 209,10 \$ à titre de dommages-intérêts.

[7] Les faits pertinents sous-jacents sont en grande partie non contestés. En fait, les parties ont déposé un exposé conjoint des faits, lequel décrit de manière générale la conduite qui est visée par la présente instance.

[8] M. Korski a interviewé M^{me} Sandra Marsden, la présidente de l'Institut canadien du sucre, dans le cadre de la rédaction d'un article de nouvelles portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre. M. Korski a aussi présenté des demandes de renseignements au Ministère concernant la modification des tarifs douaniers. La responsable des relations avec les médias du Ministère, Stéphanie Rubec, a répondu à M. Korski et lui a donné des explications. M. Korski et M^{me} Rubec se sont échangés d'autres courriels au cours de l'après-midi du 9 octobre 2013; cet échange a abouti à une réponse détaillée que M^{me} Rubec a envoyée à M. Korski à 19 h 25. M. Korski a affirmé qu'il avait déjà fini de rédiger son article à ce moment-là et que ce n'est que le

online on October 10, 2013 without any reference to Ms. Rubec's last response.

[9] Mr. Korski's article carried the headline "\$30,000,000 Sugar Tax is Averted". Notwithstanding Ms. Rubec's several on-the-record responses to Mr. Korski's questions, his article improperly attributed "did not comment" to the defendant.¹ The article quoted Ms. Marsden at length and included Mr. Korski's characterization of a "Department of Finance error" in the imposition of a \$30 million sugar tax on the Canadian sugar industry.

[10] Ms. Marsden's attention was drawn to Mr. Korski's article upon receipt of an email sent to her by Blacklock's at 9:12 a.m. on October 10, 2013. The email included the following digest of Mr. Korski's article (see Exhibit D-53):

\$30,000,000 Sugar Tax Is Averted

A Department of Finance error that meant a \$30 million sugar tax is being remedied following appeals from industry. A trade group said a mistaken tariff hike on Brazilian imports would have forced the closure of at least one Canadian sugar refinery: "We would have been a casualty."

[Read more.](#)

[11] At about the same time, a Twitter message was sent by Blacklock's to Ms. Marsden stating: "Lucy and Ethel at Finance Canada impose a \$30M sugar tax by mistake at blacklocks.ca".

¹ This is a practise Mr. Korski adopts when he does not accept or approve of the answers he is given from a source: see Exhibits D-33 and D-52 and confirmed by Mr. Korski's testimony.

lendemain, à un certain moment, qu'il a vu la dernière réponse de M^{me} Rubec. L'article de M. Korski a été publié en ligne le 10 octobre 2013, et ne faisait aucune mention de la dernière réponse de M^{me} Rubec.

[9] L'article de M. Korski avait pour titre « \$30,000,000 Sugar Tax is Averted » ([TRADUCTION] « Une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars est évitée »). Dans cet article, M. Korski attribuait à tort la réponse [TRADUCTION] « pas de commentaires » au défendeur, et ce, malgré que M^{me} Rubec eut formulé plusieurs réponses officielles¹. L'article reprenait les propos de M^{me} Marsden en détail et incluait les mots [TRADUCTION] « erreur du ministère des Finances » employés par M. Korski en ce qui concerne l'imposition à l'industrie canadienne du sucre d'une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars.

[10] C'est un courriel de Blacklock's envoyé à 9 h 12, le 10 octobre 2013, qui a attiré l'attention de M^{me} Marsden sur l'article de M. Korski. Le courriel contenait un récapitulatif de l'article de M. Korski (voir pièce D-53) :

[TRADUCTION]

Une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars est évitée

Une erreur du ministère des Finances, qui avait eu pour effet l'imposition d'une taxe de 30 millions de dollars sur le sucre, est en train d'être corrigée par suite de demandes de la part de l'industrie. Un organisme commercial a mentionné qu'une hausse des tarifs douaniers adoptée par erreur sur les importations brésiliennes aurait forcé la fermeture d'au moins une raffinerie de sucre au Canada : « Nous aurions fermé nos portes. »

[Pour en savoir davantage.](#)

[11] À peu près au même moment, Blacklock's envoyait le message Twitter suivant à M^{me} Marsden : [TRADUCTION] « Lucy et Ethel de Finances Canada imposent par erreur une taxe de 30 M\$ sur le sucre; voir blacklocks.ca ».

¹ Il s'agit d'une pratique qu'adopte M. Korski lorsqu'il n'accepte pas ou n'approuve pas les réponses données par une source : voir pièces D-33 et D-52, confirmation par M. Korski lors de son témoignage.

[12] Because Ms. Marsden could not access the entire article without a subscription she went online and paid for a single annual subscription at a price of \$148. She then copied Mr. Korski's article.

[13] Ms. Marsden testified that she was immediately concerned about the accuracy of Mr. Korski's article and particularly, with his pejorative attribution of an "error" to the Department. She was concerned that this statement might be linked to her and cause damage to her working relationship with Department officials. In order to manage that relationship she sent Mr. Korski's article to Patrick Halley in the International Trade Policy Division by pasting the content of the article into an email. Ms. Marsden's email stated: "Most of the facts are accurate although I'm not all happy with the spin – obviously I wouldn't have characterized this as a 'sugar tax' nor a Department of Finance 'error'".

[14] On October 11, 2013, Mr. Korski wrote a second article on the same subject. The title of the second piece was "It didn't make any sense". Once again Mr. Korski cast the Department in an unfavourable light. Notwithstanding Mr. Korski's awareness of Ms. Rubec's detailed responses, this article contained the following opening sentence:

The Department of Finance is at a loss to explain how it mistakenly set a \$30 million sugar tax, then had to withdraw it by special amendment amid industry protest.

[15] Using her subscription password Ms. Marsden obtained a copy of this article and again sent it by email to Mr. Halley. Ms. Marsden testified that she was unaware of Blacklock's Terms and Conditions for use and it never crossed her mind that, by sending the articles to Mr. Halley, she could be infringing Blacklock's copyright.

[12] M^{me} Marsden ne pouvait pas avoir accès à la totalité de l'article sans s'abonner; elle s'est rendue sur le site Web de Blacklock's et elle s'est abonnée, à titre individuel, pour un an, au prix de 148 \$. Elle a ensuite copié l'article de M. Korski.

[13] M^{me} Marsden a relaté dans son témoignage qu'elle avait été immédiatement préoccupée quant à l'exactitude de l'article de M. Korski et, plus particulièrement, quant au fait qu'il avait affirmé que le Ministère avait commis une « erreur ». Elle était préoccupée par le fait que cette déclaration pouvait lui être attribuée et que, par conséquent, sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée. C'est pour gérer cette situation qu'elle a fait un copier-coller de l'article de M. Korski dans un courriel qu'elle a envoyé à Patrick Halley, de la Division des politiques du commerce international. Dans son courriel, M^{me} Marsden a déclaré : [TRADUCTION] « La plupart des faits sont exacts, mais je ne suis pas du tout contente de l'interprétation de mes déclarations : je n'aurais évidemment pas décrit cette situation comme une "taxe sur le sucre", ni comme une "erreur" du ministère des Finances ».

[14] M. Korski a écrit un deuxième article sur le même sujet le 11 octobre 2013. Le titre de cet article était « It didn't make any sense » (« Cela n'avait aucun sens »). Une fois de plus, M. Korski y dépeint le Ministère de manière défavorable. L'article, qui ne faisait aucune mention des réponses détaillées de M^{me} Rubec, réponses dont M. Korski avait connaissance, commençait par la phrase suivante :

[TRADUCTION] Le ministère des Finances n'arrive pas à expliquer comment il a imposé par erreur une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars, taxe qu'il a ensuite dû retirer au moyen d'une modification spéciale à la suite des protestations de l'industrie.

[15] M^{me} Marsden a obtenu une copie de cet article en utilisant le mot de passe qui lui a été attribué lors de son abonnement et elle a une fois de plus envoyé l'article par courriel à M. Halley. M^{me} Marsden a relaté dans son témoignage qu'elle ne connaissait pas les Conditions de Blacklock's et qu'il ne lui avait jamais traversé l'esprit qu'elle pouvait violer les droits d'auteur de Blacklock's en envoyant les articles à M. Halley.

[16] At the time of receiving the subject articles, the Department did not have a Blacklock's subscription. The evidence discloses, however, that Ms. Rubec had made an earlier enquiry to Ms. Doan about a bulk subscription allowing for general departmental access. Ms. Doan provided multiple user rates of between \$11 470 and \$15 670 (see Exhibit P-61), but nothing further came of the matter.

[17] When Mr. Halley received the first Blacklock's article he forwarded it by email to Ms. Rubec. Mr. Halley expressed some concern about the content of the story stating: "I think the spin can be corrected by going through the dates and facts, especially as sugar industry clearly understands what we did and does not agree with the reporter's characterization" (see Exhibit D-83). Ms. Rubec responded, in part, as follows: "The reporter wrote at about 4:30 that he would put us down as a no comment regardless and was set on his spin I'm going to ask the reporter to update his story with what I provided as lengthy information/comment. I'll let you know what he says".

[18] Mr. Halley also forwarded the first article to his departmental colleagues Dean Beyea and Scott Winter, advising them that he was in contact with Ms. Rubec "in Media Relations on whether follow-up is needed". Scott Winter, in turn, sent the article to his colleague, Karen LaHay.²

[19] When Mr. Halley received Blacklock's second story "It didn't make any sense" he sent it to another colleague, Michèle Govier. He also sent it to Mr. Beyea, Mr. Winter and Ms. LaHay with the comment: "Not totally accurate still but better than the first story" (see Exhibit D-84).

[16] Le Ministère n'était pas abonné à Blacklock's au moment où les articles visés lui ont été envoyés. Cependant, la preuve révèle que M^{me} Rubec s'était déjà renseignée auprès de M^{me} Doan au sujet d'un abonnement en vrac, qui aurait permis à l'ensemble du Ministère d'avoir accès au site. M^{me} Doan lui a fait part de multiples tarifs, qui variaient entre 11 470 \$ et 15 670 \$ (voir pièce P-61), mais l'affaire en est restée là.

[17] Lorsque M. Halley a reçu le premier article de Blacklock's, il l'a transféré par courriel à M^{me} Rubec. M. Halley a exprimé certaines préoccupations à propos de l'article et il a mentionné ce qui suit : [TRADUCTION] « Je crois qu'il est possible de corriger l'interprétation médiatique en repassant sur les dates et sur les faits, surtout que l'industrie du sucre comprend clairement ce que nous avons fait et ne souscrit pas aux mots employés par le journaliste » (voir pièce D-83). M^{me} Rubec a entre autres répondu ce qui suit : [TRADUCTION] « Le journaliste a écrit vers 16 h 30 qu'il allait rapporter que nous n'avons pas fait de commentaires, et que, peu importe la situation, il avait déjà fait son interprétation [...] Je vais lui demander de mettre son article à jour en y ajoutant le long commentaire/renseignement que je lui ai transmis. Je vous donne des nouvelles à propos de sa réponse ».

[18] M. Halley a aussi transféré le premier article à Dean Beyea et à Scott Winter, des collègues au sein du Ministère, et les a avisés qu'il discutait avec M^{me} Rubec [TRADUCTION] « des relations avec les médias, de la question de savoir si un suivi est nécessaire ». Scott Winter, quant à lui, a envoyé l'article à sa collègue Karen LaHay².

[19] Lorsque M. Halley a reçu le courriel contenant le deuxième article de Blacklock's « It didn't make any sense », il l'a transmis à une collègue, Michèle Govier. Il l'a aussi transmis à M. Beyea, à M. Winter et à M^{me} LaHay, en y apposant le commentaire : [TRADUCTION] « Pas tout à fait exact, mais tout de même mieux que le premier article » (voir pièce D-84).

² Ms. LaHay also received a copy of the article by email from Mr. Halley on October 18, 2013.

² M^{me} LaHay a aussi reçu une copie de l'article par courriel de M. Halley le 18 octobre 2013.

[20] Mr. Winter was a senior policy analyst in Mr. Halley's working group and Mr. Beyea was Mr. Halley's immediate supervisor. Ms. LaHay was also a senior policy analyst who worked with Mr. Winter in Mr. Halley's group. Mr. Halley testified that each of these individuals was included in the circulation of the Blacklock's articles because of their possible involvement in a follow-up to the articles. Ms. Govier was included because she was working on a related anti-dumping file involving the sugar industry. Ms. Rubec was involved because she was the media relations officer who had been directly communicating with Mr. Korski on the story and who would be expected to communicate with him in the future.

[21] The documentary record indicates that only six departmental officials received copies of one or both of the Blacklock's articles beginning with Mr. Halley.³ Notwithstanding the stated departmental concerns about the content of Mr. Korski's articles no further follow-up was deemed necessary and the matter was dropped.

II. Analysis

[22] To resolve this matter I need only decide whether the conduct Blacklock's impugns is protected under the fair dealing provisions of the Act and, in particular, section 29. Although there are certainly some troubling aspects to Blacklock's business practices it is unnecessary to resolve the Attorney General's allegation that this litigation constitutes a form of copyright abuse by a copyright troll.

[23] I accept Blacklock's point that it has established that its copyrighted material was used by the Department without payment or consent. Indeed, the defendant

³ I do not accept that the evidence establishes that the articles made their way to the Minister's office, but even if they did, nothing turns on that point.

[20] M. Winter était analyste principal des politiques au sein du groupe de travail de M. Halley, et M. Beyea était le superviseur immédiat de M. Halley. M^{me} LaHay était aussi analyste principale des politiques; elle travaillait avec M. Winter au sein du groupe de M. Halley. M. Halley a déclaré dans son témoignage que les articles de Blacklock's avaient été transmis à ces personnes parce qu'elles pouvaient participer aux mesures de suivi sur ceux-ci. Les articles ont aussi été envoyés à M^{me} Govier, parce qu'elle travaillait sur un dossier connexe traitant de questions liées aux mesures antidumping concernant l'industrie du sucre. Le nom de M^{me} Rubec figurait aussi dans la liste d'envoi, car elle était l'agente des relations avec les médias qui avait communiqué directement avec M. Korski au sujet de la nouvelle, et parce qu'elle était censée communiquer avec M. Korski par la suite.

[21] La preuve documentaire révèle que seuls six fonctionnaires du Ministère ont reçu des copies de l'un des articles de Blacklock's ou des deux articles, à commencer par M. Halley³. Malgré les préoccupations exprimées par le Ministère à propos du contenu des articles de M. Korski, aucun suivi n'a été jugé nécessaire et l'affaire a été abandonnée.

II. Analyse

[22] Pour trancher la présente affaire, je dois uniquement décider si la conduite que Blacklock's reproche est protégée par les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable, et plus particulièrement, par l'article 29. Bien que les pratiques d'affaires de Blacklock's présentent certes des aspects troublants, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur l'allégation du procureur général selon laquelle le présent litige constitue une forme d'abus du droit d'auteur auquel se livre un troll de droit d'auteur.

[23] Je souscris à l'argument de Blacklock's selon lequel elle a établi que le Ministère a utilisé, sans contrepartie pécuniaire ni consentement de sa part, le contenu

³ Je ne souscris pas à la thèse selon laquelle la preuve établit que les articles ont cheminé jusqu'au bureau du ministre, mais même si c'était le cas, il ne s'agit pas d'une question déterminante.

admits those facts. The burden accordingly rests on the Attorney General to establish, on a balance of probabilities, that this acknowledged use is protected by section 29 of the Act.

[24] Fair dealing by a user of copyrighted material is a well-recognized right under the Act. Section 29 provides basic legal protection where the purpose of use is “research, private study, education, parody or satire”. The scope of protection afforded by section 29 is also well-understood. The policy rationale for protecting user rights has been described by Professor David Vaver in *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trademarks*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2011), at page 215:

The *Copyright Act* lets users carry on a wide range of activities without needing to worry about copyright. What the Act specifically permits is not an infringement. Whoever does a permitted act is not just taking advantage of a limitation, exception, exemption, defence, “loop-hole,” or gracious indulgence extended by a copyright owner. He is exercising a right inherent in the balance the *Copyright Act* strikes between owners and users. Both owner and user rights must receive the fair and balanced reading that befits remedial legislation. User rights need to be as liberally interpreted as owner rights are, lest copyrights become “instruments of oppression and extortion” and unduly interfere with people’s rights to deal as they wish with their own tangible property. [Footnotes omitted.]

[25] The two leading cases dealing with section 29 are *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*) and *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN*). In *CCH*, Chief Justice McLachlin writing for the Court noted that, in order to maintain the proper balance between the protection of and access to copyrighted materials in the Act, the fair dealing provision “must not be interpreted restrictively” (paragraphs 48, 54). The Court set out a two-part test for determining

de son site Web protégé par droit d’auteur. Le demandeur reconnaît ces faits. Par conséquent, il incombe au procureur général d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que cette utilisation reconnue est protégée par l’article 29 de la Loi.

[24] L’utilisation équitable de tout objet du droit d’auteur est un droit bien reconnu par la Loi. L’article 29 accorde une protection juridique de base lorsque l’utilisation est « aux fins d’étude privée, de recherche, d’éducation, de parodie ou de satire ». La portée de la protection accordée par l’article 29 est aussi bien établie. La justification de la politique visant à protéger les droits des utilisateurs a été décrite de la manière suivante par le professeur David Vaver dans l’ouvrage intitulé *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trademarks*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2011), à la page 215 :

[TRADUCTION] La *Loi sur le droit d’auteur* accorde aux utilisateurs la possibilité de se livrer à plusieurs activités sans avoir besoin de s’inquiéter à propos du droit d’auteur. Ce que la Loi permet expressément ne constitue pas une violation du droit d’auteur. Quiconque utilise une œuvre de la manière autorisée ne tire pas profit d’une restriction, d’une exception, d’une exemption, d’un moyen de défense, d’une « brèche », et il ne bénéficie non plus de l’indulgence gracieuse du titulaire du droit d’auteur. Il exerce un droit inhérent à l’équilibre que la *Loi sur le droit d’auteur* établit entre les titulaires et les utilisateurs. Les droits du titulaire et ceux de l’utilisateur doivent recevoir l’interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. Les droits des utilisateurs doivent être interprétés de manière aussi souple que le sont les droits des titulaires, sans quoi les droits d’auteur deviennent des « instruments d’oppression et d’extorsion » et ils constituent un obstacle indu aux droits d’une personne de disposer comme elle le souhaite de son propre bien tangible. [Renvois omis.]

[25] Les deux arrêts de principe en ce qui concerne l’article 29 sont *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 339 (*CCH*) et *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN*). Dans l’arrêt *CCH*, la juge en chef McLachlin, s’exprimant pour la Cour, a fait remarquer qu’« il ne faut pas [interpréter] restrictivement » (aux paragraphes 48 et 54) la disposition relative à l’utilisation équitable, afin de maintenir l’équilibre approprié qu’établit la Loi entre la protection du contenu

whether use of copyrighted material constitutes fair dealing, which it characterized not as a defence but as a “user’s right” (paragraph 48):

1. Whether the dealing is for the purpose of “research” or “private study”, also known as an allowable purpose; and
2. Whether the dealing is “fair” (paragraph 50).

[26] While the Court in *CCH* did not define “research”, it notably concluded that “[r]esearch’ must be given a large and liberal interpretation in order to ensure that users’ rights are not unduly constrained” (paragraph 51). With respect to the second part of the test, whether something is “fair” is a question of fact and depends on the facts of each case (*CCH*, paragraph 52). Relevant factors to consider are:

1. The purpose of the dealing, where an objective assessment is made of the “real purpose or motive” behind using the copyrighted work, such as for commercial purposes versus charitable purposes (paragraph 54);
2. The character of the dealing, examining how the works were dealt with, such as whether multiple copies of works are being widely distributed, or whether a single copy of a work is used for a legitimate purpose (paragraph 55);
3. The quantity or amount of the dealing, including the importance of the work allegedly infringed (paragraph 56);
4. Alternatives to the dealing, such as whether there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used instead (paragraph 57);

visé par droit d’auteur et l’accès à ce contenu. La Cour a énoncé un critère à deux volets pour établir si l’utilisation de contenu visé par droit d’auteur constitue une utilisation équitable, utilisation qu’elle a décrite non pas comme un moyen de défense, mais bien comme un « droit des utilisateurs » (au paragraphe 48) :

1. L’utilisation a-t-elle pour but la « recherche » ou « l’étude privée », qui sont aussi désignées comme étant des fins énumérées;
2. L’utilisation était-elle « équitable »? (au paragraphe 50).

[26] Bien que la Cour suprême n’ait pas défini le terme « recherche » dans l’arrêt *CCH*, elle a notamment tiré la conclusion selon laquelle « [i]l faut interpréter le mot “recherche” de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints » (au paragraphe 51). En ce qui a trait au deuxième volet, la question de savoir si une utilisation est « équitable » constitue une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce (*CCH*, au paragraphe 52). Les facteurs pertinents qui doivent être pris en considération sont les suivants :

1. Le but de l’utilisation, qui consiste à évaluer objectivement « le but ou le motif réel » de l’utilisation de l’œuvre protégée, par exemple, des fins commerciales par opposition à des fins caritatives (au paragraphe 54);
2. La nature de l’utilisation, qui consiste à examiner la manière avec laquelle l’œuvre a été utilisée, notamment les questions à savoir si de multiples copies ont été diffusées largement ou si une seule copie de l’œuvre est utilisée pour un but légitime (au paragraphe 55);
3. L’ampleur de l’utilisation, notamment l’importance de l’œuvre qui aurait été violée (au paragraphe 56);
4. L’existence de solutions de rechange à l’utilisation, comme la question de savoir si un équivalent non protégé de l’œuvre aurait pu être utilisé plutôt que l’œuvre (au paragraphe 57);

- | | |
|---|--|
| <p>5. The nature of the work, such as whether the work has been published or is confidential (paragraph 58); and</p> <p>6. The effect of the dealing on the work, such as whether a reproduced work is likely to compete with the market of the original work (paragraph 59).</p> | <p>5. La nature de l'œuvre, notamment la question de savoir si elle a été publiée ou si elle est confidentielle (au paragraphe 58);</p> <p>6. L'effet de l'utilisation sur l'œuvre, comme la question de savoir si une œuvre reproduite est susceptible de constituer de la concurrence sur le marché de l'œuvre originale (au paragraphe 59).</p> |
|---|--|

[27] In *CCH*, the issue was whether the Law Society of Upper Canada's (LSUC) provision of custom photocopy services to members of the LSUC was an infringement of legal publishers' copyrights, or whether it constituted "fair dealing". The Court's operative conclusion with respect to the service being an allowable purpose is as follows (at paragraph 64):

The Law Society's custom photocopying service is provided for the purpose of research, review and private study. The Law Society's Access Policy states that "[s]ingle copies of library materials, required for the purposes of research, review, private study and criticism ... may be provided to users of the Great Library." When the Great Library staff make copies of the requested cases, statutes, excerpts from legal texts and legal commentary, they do so for the purpose of research. Although the retrieval and photocopying of legal works are not research in and of themselves, they are necessary conditions of research and thus part of the research process. The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an essential element of the legal research process. There is no other purpose for the copying; the Law Society does not profit from this service. Put simply, its custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the materials necessary to conduct the research required to carry on the practice of law. In sum, the Law Society's custom photocopy service is an integral part of the legal research process, an allowable purpose under s. 29 of the *Copyright Act*.

[28] The Court went on to conclude that the dealing was also fair, considering the LSUC provides single copies of works for the specific purposes allowed under section 29, the existence of an "Access Policy" provided to all users, the lack of alternatives to the custom photocopy service, the public interest in access to judicial decisions and other legal resources not being unjustifiably restrained, and the lack of evidence tendered to

[27] Dans l'arrêt *CCH*, la question en litige était de savoir si le service de photocopie sur mesure offert par le Barreau du Haut-Canada (le Barreau) à ses membres constituait une violation des droits d'auteur des maisons d'édition juridique, ou si elle constituait une « utilisation équitable ». La Cour a conclu, en ces termes, que le service visait une fin énumérée (au paragraphe 64) :

Le service de photocopie et du Barreau est offert aux fins de recherche, de compte rendu et d'étude privée. La Politique d'accès du Barreau dispose que « [l]es usagers de la Grande bibliothèque peuvent obtenir une seule copie des documents faisant partie de sa collection à des fins de compte rendu, d'étude privée, de recherche ou de critique [...] » C'est aux fins de recherche que les membres du personnel de la Grande bibliothèque photocopient sur demande décisions, lois, extraits de textes juridiques ou articles de doctrine. Même si la recherche documentaire et la photocopie d'ouvrages juridiques ne constituent pas de la recherche comme telle, elles sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie. La reproduction d'ouvrages juridiques est effectuée aux fins de recherche en ce qu'il s'agit d'un élément essentiel du processus de recherche juridique. La photocopie n'a aucune autre fin; le Barreau ne tire aucun bénéfice de ce service. Le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit. En somme, ce service fait partie intégrante du processus de recherche juridique, et la fin qui le sous-tend est conforme à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[28] La Cour a ensuite conclu que l'utilisation était équitable, compte tenu du fait que le Barreau offre des copies individuelles des œuvres pour les fins précises énumérées à l'article 29, de l'existence d'une « Politique d'accès » qui s'applique à tous les utilisateurs, de l'absence de solutions de rechange au service de photocopie sur mesure, de l'intérêt du public à ce que la circulation des décisions judiciaires et des autres ressources

show the market for the publishers' work decreased as a result of the copies being made.

[29] Also notable in the *CCH* decision is the following (at paragraph 70):

The availability of a licence is not relevant to deciding whether a dealing has been fair If 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 over the use of his or her work in a manner that would not be consistent with the *Copyright Act's* balance between owner's rights and user's interests.

[30] In *SOCAN*, the issue was whether the appellants were entitled to collect royalties from Bell for the provision of music "previews"—30 to 90 second excerpts—that could be streamed online by consumers before purchasing the entire musical track. The previews helped users decide whether to purchase a permanent download of the work. In concluding that the use of the previews constituted "research" under section 29, Madam Justice Abella said (at paragraphs 18, 21, 22, 27 and 30):

The Federal Court of Appeal endorsed the Board's view that listening to previews was part of planning the purchase of a download of a musical work and was therefore "for the purpose of research", concluding:

... it would not be unreasonable to give the word "research" its primary and ordinary meaning. The consumer is searching for an object of copyright that he or she desires and is attempting to locate and wishes to ensure its authenticity and quality before obtaining it... "[L]istening to previews assists in this investigation". [para. 20]

...

It is true that an important goal of fair dealing is to allow users to employ copyrighted works in a way that helps them engage in their own acts of authorship and

juridiques ne soient pas limitée de manière indue ainsi que de la preuve insuffisante qui avait été produite pour démontrer que le marché pour les œuvres des éditeurs s'est contracté en raison des copies réalisées.

[29] L'affirmation suivante tirée de l'arrêt *CCH*, vaut aussi la peine d'être mentionnée (au paragraphe 70) :

La possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation. [...] Si, 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 sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur.

[30] Dans l'arrêt *SOCAN*, la question en litige était celle de savoir si les appelantes avaient le droit de percevoir des redevances auprès de Bell relativement à l'offre « d'extraits » musicaux, de 30 à 90 secondes, extraits que les consommateurs pouvaient écouter en transmission en continu d'acheter la pièce musicale au complet. Les extraits aidaient les utilisateurs à décider s'ils achetaient ou non une version téléchargeable en permanence de l'œuvre. En concluant que l'utilisation d'extraits constituait de la « recherche » au titre de l'article 29, madame la juge Abella a mentionné ce qui suit (aux paragraphes 18, 21, 22, 27 et 30) :

La Cour d'appel fédérale adhère au point de vue de la Commission, à savoir que l'écoute préalable intervient dans la planification de l'achat du téléchargement d'une œuvre musicale et, par conséquent, « aux fins [...] de recherche ». Elle arrive à la conclusion suivante :

... il n'est pas déraisonnable de donner au mot « recherche » son sens premier et usuel. Car le consommateur est à la recherche d'un objet du droit d'auteur qu'il désire et s'efforce de trouver et dont il veut s'assurer de [l']authenticité et de [la] qualité avant de se le procurer. [...] « [L]'écoute préalable contribue à cet effort pour trouver ». [par. 20]

[...]

Certes, l'un des objets importants de l'utilisation équitable des œuvres protégées est de permettre à d'autres personnes d'accomplir elles-mêmes des actes d'expression

creativity: Abraham Drassinower, “Taking User Rights Seriously”, in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, at pp. 467-72. But that does not argue for permitting *only* creative purposes to qualify as “research” under s. 29 of the *Copyright Act*. To do so would ignore the fact that the dissemination of works is also one of the *Act*’s purposes, which means that dissemination too, with or without creativity, is in the public interest. It would also ignore that “private study”, a concept that has no intrinsic relationship with creativity, was also expressly included as an allowable purpose in s. 29. Since “research” and “private study” both qualify as fair dealing purposes under s. 29, we should not interpret the term “research” more restrictively than “private study”.

Limiting research to creative purposes would also run counter to the ordinary meaning of “research”, which can include many activities that do not demand the establishment of new facts or conclusions. It can be piecemeal, informal, exploratory, or confirmatory. It can in fact be undertaken for no purpose except personal interest. It is true that research can be for the purpose of reaching new conclusions, but this should be seen as only one, not the primary component of the definitional framework.

...

In mandating a generous interpretation of the fair dealing purposes, including “research”, the Court in *CCH* created a relatively low threshold for the first step so that the analytical heavy-hitting is done in determining whether the dealing was fair. SOCAN’s submission that “research” be restricted to the creation of new works would conflate the allowable purpose with the fairness analysis and unduly raise the bar for entering that analysis. Moreover, its restricted definitional scope of “research” contradicts not only the Court’s admonition in *CCH* that “[i]n order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users’ interests, [the fair dealing exception] must not be interpreted restrictively” (para. 48), but also its direction that the term “research” be given a “large and liberal interpretation” so that in maintaining that balance, users’ rights are not unduly constrained (paras. 48 and 51).

...

et de création : Abraham Drassinower, « Taking User Rights Seriously », in Michael Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, p. 467-472. Pour autant, on ne saurait considérer que *seule* une fin créative constitue une fin de « recherche » pour l’application de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, car ce serait oublier que la diffusion des œuvres fait également partie des objets de la *Loi*; dès lors, la diffusion — avec ou sans créativité — est aussi dans l’intérêt public. Opter pour une telle interprétation restrictive serait également oublier que l’« étude privée » — une notion sans lien intrinsèque avec la créativité — constitue aussi une fin expressément permise à l’art. 29. La « recherche » et l’« étude privée » constituant deux fins de l’utilisation équitable permise par cette disposition, il ne convient pas d’interpréter la première plus étroitement que la seconde.

Rendre la « recherche » tributaire de la poursuite d’une fin créative serait également contraire à son sens ordinaire, car on peut y associer nombre d’activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l’intérêt personnel. La recherche peut assurément avoir pour but d’arriver à des conclusions nouvelles, mais ce n’est qu’un de ses composants définitionnels, non le principal.

[...]

Dans *CCH*, en prescrivant une interprétation généreuse des fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable, dont la « recherche », la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n’intervient qu’au second volet, celui de la détermination du caractère équitable. Prétendre comme le fait la SOCAN que la « recherche » ne s’entend que de la création d’œuvres nouvelles équivaut à confondre la notion de fin permise et l’analyse du caractère équitable et à resserrer indûment le passage menant à celle-ci. En outre, sa conception étroite de la « recherche » ne tient compte ni de la mise en garde de la Cour dans *CCH*, à savoir que « [p]our maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d’auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas [...] interpréter restrictivement [l’utilisation équitable] » (par. 48), ni de son exhortation à interpréter le mot « recherche [...] de manière large » afin d’éviter que, dans l’établissement de cet équilibre, les droits des utilisateurs soient indûment restreints (par. 48 et 51).

[...]

Similarly, in considering whether previews are for the purpose of “research” under the first step of *CCH*, the Board properly considered them from the perspective of the user or consumer’s purpose. And from that perspective, consumers used the previews for the purpose of conducting research to identify which music to purchase, purchases which trigger dissemination of musical works and compensation for their creators, both of which are outcomes the *Act* seeks to encourage. [Emphasis added.]

[31] From the discussion of “research” in *SOCAN*, the following additional principles can be distilled:

1. Research does not need to be undertaken for the purpose of the user engaging in its own act of authorship or creativity;
2. Research is not limited to creative purposes but can be “piecemeal, informal, exploratory, or confirmatory” [at paragraph 22], and can be undertaken for no purpose except personal interest;
3. The first step in the fair dealing analysis is a relatively low threshold and does not require the creation of a new work; and
4. The analysis should be undertaken from the perspective of the user or consumer’s purpose.

[32] In *Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21, at paragraph 5, this Court also found fair dealing to exist where website operators reproduced a copyrighted article on their website, described as an “online political news discussion forum which is accessible to any member of the public and which is used for discussing political issues from a conservative viewpoint.” Justice Rennie held that the use was for an allowable purpose (news reporting under section 29.2 [of the *Act*]), and was fair, despite there being an arguable alternative to the dealing and despite the excerpts being widely distributed on the Internet.

De même, afin de déterminer si, pour les besoins du premier volet du critère de l’arrêt *CCH*, la fin qui sous-tend l’écoute préalable est la « recherche », la Commission tient compte avec raison du point de vue de l’utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur. Sous cet angle, l’écoute préalable permet au consommateur d’effectuer une recherche pour choisir les pièces dont il fera l’achat, ce qui entraîne la diffusion des œuvres musicales et la rétribution de leurs créateurs, deux résultats voulus par le législateur. [Je souligne.]

[31] Il est donc possible de dégager les quatre principes supplémentaires suivants d’après la discussion du terme « recherche » que l’on trouve dans l’arrêt *SOCAN* :

1. Il n’est pas nécessaire que la recherche soit tributaire de la poursuite d’une fin créative;
2. La recherche n’est pas limitée aux fins créatives, mais elle peut être « fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative » [au paragraphe 22], et elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l’intérêt personnel;
3. Le critère appliqué pour le premier volet de l’analyse relative à l’utilisation équitable est relativement souple et il ne nécessite pas la création d’une œuvre nouvelle;
4. L’analyse devrait être entreprise du point de vue de l’utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur.

[32] Dans la décision *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803, au paragraphe 5, la Cour a aussi conclu à l’existence d’une utilisation équitable lorsque des exploitants de site Web reproduisent un article protégé par droit d’auteur sur leur site Web, site qu’ils décrivaient comme un « forum de discussion en ligne sur l’actualité politique qui est accessible aux membres du public et qui est utilisé pour discuter de questions politiques d’un point de vue conservateur ». Le juge Rennie a statué que l’utilisation visait une fin énumérée (communication des nouvelles au titre de l’article 29.2 [de la *Loi*]), et qu’elle était équitable, malgré l’existence de ce que l’on pourrait prétendre être une solution de rechange à l’utilisation et que les extraits circulaient librement sur Internet.

[33] I am satisfied that the Department's acknowledged use of the two Blacklock's articles constituted fair dealing. There is no question that the circulation of this news copy within the Department was done for a proper research purpose. There is also no question that the admitted scope of use was, in the circumstances, fair.

[34] The evidence establishes that Mr. Halley and Ms. Rubec were directly involved in responding to Mr. Korski. They each had legitimate concerns about the fairness and accuracy of Mr. Korski's reporting. In particular, Mr. Korski's attribution of "no comment" to the Department was a misrepresentation and his attribution of a mistake to the Department was, at best, ill-informed. Even Mr. Korski admitted that this pejorative description was based on assumptions about what had occurred. Based on what actually took place Blacklock's reference to "Lucy and Ethel" was also inapt and unfair. Mr. Halley and Ms. Rubec therefore had an interest in correcting the record with Blacklock's.

[35] Mr. Halley's further limited distribution of the articles to five departmental colleagues for their review also falls squarely within the scope of permitted research. Everyone involved had a legitimate need to be aware in the event that further action was deemed necessary.

[36] In finding the scope of use of the articles to be fair I have considered the following factors, all of which favour the defendant's position:

(a) The articles were legally and appropriately obtained by Ms. Marsden who was a paid subscriber to Blacklock's. Blacklock's website was not hacked or accessed by illicit means. In the result, the articles were no longer behind Blacklock's paywall when the Department obtained them;

[33] Je suis convaincu que l'utilisation reconnue par le Ministère des deux articles de Blacklock's constituait une utilisation équitable. Il n'y a pas de doute que la circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche. Il n'y a pas de doute non plus que la portée de l'utilisation, telle que reconnue par le Ministère, était équitable dans les circonstances.

[34] La preuve établit que M. Halley et M^{me} Rubec ont tous les deux directement répondu à M. Korski. Ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l'exactitude de la nouvelle de M. Korski. Plus particulièrement, le fait que M. Korski a attribué au Ministère la réponse [TRADUCTION] « pas de commentaires » constituait une présentation erronée, et son attribution d'une erreur au Ministère était, dans le meilleur des cas, mal avisée. Même M. Korski a admis que sa description péjorative était fondée sur des hypothèses à propos de ce qui s'était produit. La mention par Blacklock's de « Lucy et Ethel » était aussi erronée et injuste, compte tenu de ce qui s'était réellement passé. M. Halley et M^{me} Rubec avaient donc un intérêt à corriger les affirmations de Blacklock's.

[35] En outre, M. Halley a limité la distribution des articles, en les transmettant à cinq de ses collègues du Ministère pour que ceux-ci les examinent. Cela relève donc clairement de la portée de la recherche permise. Toutes les personnes mêlées à cette situation avaient légitimement besoin d'avoir connaissance de la situation, dans l'éventualité où des mesures supplémentaires étaient jugées nécessaires.

[36] Pour conclure que l'utilisation était équitable, j'ai tenu compte des facteurs suivants, lesquels appuient tous la thèse du défendeur :

a) M^{me} Marsden avait obtenu les articles en toute légalité et de manière appropriée, car elle avait pris un abonnement payant à Blacklock's. Le site Web de Blacklock's n'a pas été piraté ni accédé par des moyens illicites. Par conséquent, les articles n'étaient plus derrière le mur à péage de Blacklock's lorsque le Ministère les a obtenus;

-
- | | |
|--|---|
| (b) Ms. Marsden sent the articles to Mr. Halley for a legitimate business reason (i.e., to protect her business reputation and to manage her working relationship with the Department); | b) M ^{me} Marsden a envoyé les articles à M. Halley pour des motifs commerciaux légitimes (c.-à-d. pour protéger sa réputation commerciale et pour gérer sa relation de travail avec le Ministère); |
| (c) The Department received the articles unsolicited and used them (i.e., read them) for a legitimate business purpose (i.e., to consider whether the stories required a response or correction); | c) Le Ministère a reçu les articles sans faire de sollicitation et les a utilisés (en l'occurrence, les a lus) pour des motifs commerciaux légitimes (en l'occurrence, examiner si les articles nécessitaient une réponse ou des correctifs); |
| (d) The articles were circulated among only six Department officials all of whom had a reason to see them; | d) Les articles ont été transmis à seulement six fonctionnaires du Ministère; lesquels avaient tous une raison pour les consulter; |
| (e) No commercial advantage was sought or obtained by the Department's use of the articles nor were they republished in any form; | e) Le Ministère n'a demandé ni obtenu aucun avantage commercial par son utilisation des articles, et il ne les a pas publiés de nouveau sous quelque forme que ce soit; |
| (f) The two articles represented only a small fraction of the protected news copy on Blacklock's website and one of them was shortly-after publically exposed on Blacklock's website; | f) Les deux articles constituaient uniquement une petite partie des articles de nouvelles protégées sur le site Web de Blacklock's, et des articles ont peu après été rendus accessibles au public sur le site Web en question; |
| (g) The articles contained information obtained from the Department in response to Mr. Korski's queries. As a source, the Department had a direct and immediate interest in their content. Indeed, a finding of copyright infringement against a news source for the simple act of reading the resulting copy is likely to have a chilling effect on the ability of the press to gather information. Such a result cannot be in the public interest; | g) Les articles contenaient des renseignements obtenus du Ministère en réponse aux demandes de renseignements de M. Korski. Le Ministère avait, à titre de source, un intérêt direct et immédiat envers le contenu des articles. En fait, conclure à l'existence de violation du droit d'auteur contre une source de nouvelle pour le simple fait qu'elle a lu la copie en question aura vraisemblablement un effet paralysant sur la capacité de la presse de recueillir des informations. Ce résultat ne peut être dans l'intérêt public; |
| (h) Mr. Halley and Ms. Rubec had a reasonable basis for their concern that the articles misrepresented some of the information they had conveyed to Mr. Korski and that a correction might be warranted. The involvement of their colleagues in a possible follow-up was, in the circumstances, reasonable; | h) M. Halley et M ^{me} Rubec avaient un fondement raisonnable à l'appui de leur préoccupation selon laquelle les articles avaient fait une présentation erronée de certains renseignements qu'ils avaient transmis à M. Korski et qu'une correction pourrait être justifiée. La participation de leurs collègues à un possible suivi était, dans les circonstances, raisonnable; |

- (i) Neither Ms. Marsden nor the Department were aware of, or agreed to, Blacklock's Terms and Conditions. In any event and as noted below, those provisions did not unambiguously prohibit the circulation of Blacklock's copy for personal or non-commercial purposes. If Ms. Marsden, as a subscriber, had the right to use and distribute the articles for a non-commercial purpose, those who received the articles lawfully could reasonably expect to enjoy the same privilege;
- (j) What occurred here was no more than the simple act of reading by persons with an immediate interest in the material. The act of reading, by itself, is an exercise that will almost always constitute fair dealing even when it is carried out solely for personal enlightenment or entertainment; and
- (k) While the public interest is served by the vigilance of the press, copyright should not be a device that serves to protect the press from accountability for its errors and omissions. The Department had a legitimate interest in reading the articles with a view to holding Blacklock's to account for its questionable reporting.
- i) Ni M^{me} Marsden ni le Ministère avait eu connaissance des Conditions de Blacklock's, et n'y avaient consenti. Quoiqu'il en soit, et comme il est mentionné ci-dessous, ces dispositions n'interdisaient pas de manière expresse la circulation des copies des articles de Blacklock's à des fins personnelles ou non commerciales. Si M^{me} Marsden, à titre d'abonnée, avait le droit d'utiliser et de distribuer les articles à des fins non commerciales, les personnes ayant reçu les articles de manière licite pouvaient raisonnablement s'attendre à jouir du même privilège;
- j) Ce qui s'est passé en l'espèce n'était rien de plus qu'une simple consultation du contenu par des personnes ayant un intérêt immédiat envers celui-ci. La consultation est en soi un exercice qui constituera presque toujours une utilisation équitable, même si celle-ci a lieu uniquement pour enrichissement ou divertissement personnel;
- k) Bien que la vigilance des médias serve l'intérêt public, le droit d'auteur ne devrait pas être un dispositif qui soustrait la presse à sa responsabilité à l'égard de ses erreurs et omissions. Le Ministère avait un intérêt légitime à lire les articles, en vue de demander à Blacklock's de lui rendre des comptes relativement à ses articles de nouvelles au contenu douteux.

[37] I agree with Mr. Hameed that the deliberate breach of the accepted terms of access to and use of copyrighted material, whether protected by a paywall or not, is a relevant consideration in applying the fair dealing provisions of the Act. However, the owner of copyright must establish that the terms of use actually prohibit the access or distribution in question and that the person involved was aware of the limitations.

[38] It is a simple exercise to bring the stipulated terms of use to the attention of a subscriber to a paywall-protected news service. All that is required is an acknowledgement at the time of acquiring access that the terms in question were read and accepted.

[37] Je conviens avec M. Hameed que la violation délibérée des Conditions convenues et l'utilisation de contenu protégé par droit d'auteur, que ce contenu soit protégé par un mur à péage ou non, est une considération pertinente pour ce qui est de l'application des dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable. Cependant, le titulaire du droit d'auteur doit établir que les conditions d'utilisation interdisent bel et bien l'accès ou la distribution en question, et que la personne mêlée à cet acte avait connaissance des restrictions.

[38] Il est simple de porter à l'attention d'un abonné à un service de nouvelles protégé par un mur à péage les conditions d'utilisation prévues. Tout ce qui est requis est la reconnaissance, au moment où la personne acquiert l'accès, que les conditions en question ont été lues et acceptées.

[39] In this case Blacklock's failed to ensure that its subscribers were aware of the Terms and Conditions it sought to impose. According to Mr. Korski and Ms. Doan, an astute or sophisticated subscriber to Blacklock's would be aware of its limitations on use by the reference on the application form to bulk user access and by the generic reference to "Terms and Conditions" at the foot of every website page.

[40] In my view Blacklock's approach is deficient and potentially misleading to subscribers like Ms. Marsden. Because the Terms and Conditions of use were not clearly brought to Ms. Marsden's attention for acceptance, she had no reason to think that by sharing the two Blacklock's articles she was breaching Blacklock's copyright or facilitating a breach by others.

[41] The requirement for bringing contractual conditions to the attention of a subscriber at the time of purchase is well-known in the law. It is not something that is imposed by bare inference or by falling back on the supposed sophistication of users. At a minimum the party to be bound must be shown to have been aware of the Terms and Conditions at the time of purchase: see *Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd.*, 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189, at paragraph 124.

[42] I do not accept that Ms. Marsden or the Department should be taken to be aware of Blacklock's web-based terms of use.⁴ But even if they had been aware they would have been no further ahead. Blacklock's Terms and Conditions contain a material ambiguity concerning downstream distribution. On the one hand they seemingly prohibit distribution by subscribers but, on the other, they permit it for personal, or non-commercial uses:

⁴ Ms. Marsden testified that she only wanted copies of the two articles and had no reason to search Blacklock's website for its conditions of use when she completed the subscription application.

[39] En l'espèce, Blacklock's a omis de s'assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu'elle souhaitait imposer. Selon M. Korski et M^{me} Doan, un abonné au site de Blacklock's qui est averti et bien avisé aurait connaissance des restrictions à l'utilisation du fait du renvoi, sur le formulaire de demande, à l'accès en vrac et du fait du renvoi général aux « Conditions » sur le pied de page de chaque page du site Web.

[40] Je suis d'avis que la méthode adoptée par Blacklock's présente des lacunes et qu'elle peut possiblement tromper des abonnés comme M^{me} Marsden. Puisque les Conditions n'ont pas été portées clairement à l'attention de M^{me} Marsden pour qu'elle les accepte, elle n'avait pas de raison de croire qu'en faisant circuler les deux articles de Blacklock's, elle violait le droit d'auteur de Blacklock's ou en facilitait une telle violation par des tiers.

[41] L'exigence de porter à l'attention d'un abonné les modalités d'un contrat au moment de l'achat est bien établie en droit. Il ne s'agit pas d'une exigence imposée par simple inférence ou en s'en remettant à la prétendue sophistication des utilisateurs. À tout le moins, il faut établir que la partie qui sera liée a eu connaissance des Conditions au moment de l'achat : voir *Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd.*, 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189, au paragraphe 124.

[42] Je ne souscris pas à l'affirmation selon laquelle M^{me} Marsden ou le Ministère devrait être réputés avoir eu connaissance des conditions d'utilisation de Blacklock's qui se trouvent sur le Web⁴. Toutefois, ces deux parties n'auraient pas été plus avancées, et ce, même si elles avaient une telle connaissance. Les Conditions de Blacklock's contiennent une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval. D'un côté, Blacklock's semble interdire la distribution par les abonnés, mais de l'autre, elle le permet à des fins personnelles ou non commerciales :

⁴ M^{me} Marsden a relaté dans son témoignage qu'elle voulait uniquement des copies des deux articles et elle n'avait pas de raison d'effectuer une recherche sur le site de Blacklock's pour y trouver les conditions d'utilisation lorsqu'elle a rempli la demande d'abonnement.

Blacklock's Reporter and its contents are the property of 1395804 Ontario Ltd., and are protected, without limitation, pursuant to Canadian and foreign copyright and trademark laws.

You acknowledge and agree one subscription is allotted per subscriber. Distribution of articles, photographs, images, writings or other content of any kind by a single subscriber by paper, electronic file, disc, intranet or any and all methods is not permissible. For purchase of bulk subscriptions, see "Contact".

Reproduction, duplication, or distribution of *Blacklock's Reporter* and/or all or any part of its content for anything other than your personal, non-commercial use is a violation not only of these Terms and Conditions but also of copyright laws unless you have written permission from *Blacklock's Reporter*. The content on *Blacklock's Reporter* is made available to you for non-commercial, personal, or educational purposes only. The content may not be modified in any manner and the intellectual property notice must be included on every display and copy of the content. No other use is permitted. Nothing contained herein shall be construed as conferring any right under any copyright of *Blacklock's Reporter* or any other person who owns the copyright in the content provided on *Blacklock's Reporter*. [Emphasis added.]

[43] As the drafter of the above conditions, Blacklock's is bound to the interpretation most favourable to the users of its copy which, in this case, permitted Ms. Marsden's distribution to the Department for a non-commercial purpose, and by implication, permitted a similar use by Mr. Halley.

[44] All of this is not to say that subscribers like Ms. Marsden have unlimited rights of use of copyrighted material. Absent consent, subscribers and downstream users are subject to the obligations imposed on them by the Act. But at the same time they enjoy the considerable protection afforded to them under the statutory fair dealing provisions.

[TRADUCTION] *Blacklock's Reporter* et son contenu sont la propriété de 1395804 Ontario Ltd., et sont protégés, sans restrictions, conformément aux lois canadiennes et étrangères en matière de droits d'auteur et de marques de commerce.

Vous reconnaissez et acceptez que l'abonné a droit à un seul abonnement. La distribution d'articles, de photos, d'images, d'écrits ou de tout autre contenu que ce soit par un abonné individuel n'est pas permise, que ce soit sous forme de document papier, de fichier électronique, de disque, d'intranet ou de quelque autre méthode que ce soit. Pour acheter des abonnements de groupe, veuillez consulter la section « Contact ».

La reproduction, la duplication ou la distribution de *Blacklock's Reporter* et/ou de la totalité ou d'une partie de son contenu pour quelque autre fin qu'une fin personnelle et non commerciale constitue une violation non seulement des présentes Conditions, mais aussi des lois applicables en matière de droits d'auteur en l'absence d'une permission écrite de *Blacklock's Reporter*. Le contenu de *Blacklock's Reporter* est mis à votre disposition à des fins non commerciales, personnelles ou éducatives seulement. Le contenu ne peut être modifié de quelque manière que ce soit, et les mentions relatives à la propriété intellectuelle doivent figurer sur chaque écran ou copie du contenu. Aucune autre utilisation n'est permise. Les présentes Conditions ne seront pas interprétées comme conférant quelque droit que ce soit au titre du droit d'auteur à l'égard de *Blacklock's Reporter*, ni à l'égard de quelque autre personne qui détient un droit d'auteur relativement au contenu fourni sur *Blacklock's Reporter*. [Je souligne.]

[43] Blacklock's, à titre de rédactrice des Conditions ci-dessus, est liée par l'interprétation la plus favorable aux utilisateurs de ses copies. En l'espèce, cette interprétation permettait à M^{me} Marsden de distribuer les copies au Ministère à des fins non commerciales, et, par la force des choses, permettait une utilisation similaire pour M. Halley.

[44] Ce qui précède ne revient pas à dire que des abonnés comme M^{me} Marsden ont des droits d'utilisation illimités à l'égard du matériel protégé par droit d'auteur. En l'absence de consentement, les abonnés et les utilisateurs en aval sont assujettis aux obligations que la Loi leur impose. Toutefois, par le fait même, ces parties jouissent de la protection considérable que leur accordent les dispositions législatives relatives à l'utilisation équitable.

[45] Blacklock's maintains that this case challenges the viability of its business model including its right to protect news copy behind a subscription-based paywall. The suggestion that Blacklock's business cannot survive in the face of the minor and discrete use that took place here is essentially an admission that the market places little value on Blacklock's work-product. All subscription-based news agencies suffer from work-product leakage. But to customers who value easy, timely and unfettered access to news that may not be readily available from other sources, the price of a subscription is worth paying. It also goes without saying that whatever business model Blacklock's employs it is always subject to the fair dealing rights of third parties. To put it another way, Blacklock's is not entitled to special treatment because its financial interests may be adversely affected by the fair use of its material. Nothing in these reasons should however be taken as an endorsement of arguably blameworthy conduct in the form of unlawful technological breaches of a paywall, misuse of passwords or the widespread exploitation of copyrighted material to obtain a commercial or business advantage.

III. Conclusion

[46] For the foregoing reasons this action is dismissed with costs payable to the defendant. I am given to understand that offers to settle may have been exchanged. I will therefore invite the parties to address this issue in writing within ten days of this decision. Neither submission is to exceed ten pages in length.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this action is dismissed.

[45] Blacklock's soutient que la présente affaire compromet la viabilité de son modèle d'affaires, notamment son droit de protéger des articles de nouvelles par un mur à péage qui est désactivé par suite de l'abonnement. La suggestion selon laquelle l'entreprise de Blacklock's ne peut survivre si elle doit composer avec des utilisations mineures et isolées qui ont eu lieu en l'espèce est essentiellement une admission selon laquelle le marché accorde peu de valeur au produit du travail de Blacklock's. Tous les organismes de nouvelles qui fonctionnent au moyen de l'abonnement souffrent des fuites de leurs produits de travail. Toutefois, pour les clients qui accordent une importance à l'accès facile, rapide et sans entraves aux nouvelles qui peuvent ne pas être accessibles facilement d'autres sources, l'abonnement vaut la peine d'être payé. Il va sans dire, peu importe le modèle d'affaires retenu par Blacklock's, que celui-ci sera toujours visé par les droits des tierces parties en matière d'utilisation équitable. Autrement dit, Blacklock's n'a pas droit à un traitement spécial du fait que l'utilisation équitable de son contenu peut avoir une incidence défavorable sur ses intérêts pécuniaires. Les présents motifs ne devraient cependant pas être considérés comme une acceptation de la conduite par ailleurs répréhensible qui consiste à utiliser des moyens technologiques pour violer de manière illicite les murs à péage, de la mauvaise utilisation des mots de passe ou de l'exploitation répandue de matériel protégé par droit d'auteur pour obtenir un avantage commercial.

III. Conclusion

[46] Pour les motifs qui précèdent, la présente action est rejetée et le défendeur a droit aux dépens. Selon ce que je crois comprendre, les parties se sont échangées des offres de règlement. Je les invite donc à traiter de cette question par écrit dans les dix jours suivant la présente décision. Les observations n'excéderont pas dix pages.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente action est rejetée.

THE COURT FURTHER ORDERS that the issue of costs is reserved pending the receipt of written submissions from the parties.

LA COUR STATUE AUSSI que la question des dépens est différée jusqu'à la réception des observations écrites des parties.