

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

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

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

Copyright Act, subsection 70.15(1)

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

File: Reprographic Reproduction, 2005-2009

Dossier : Reproduction par reprographie, 2005-
2009

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

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

(Educational Institutions – 2005-2009)

(Établissements d'enseignement – 2005-2009)

DECISION OF THE BOARD
(Redetermination)

DÉCISION DE LA COMMISSION
(Réexamen)

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

The Honourable William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mr. J. Nelson Landry

L'honorable William J. Vancise
M^c Claude Majeau
M^c J. Nelson Landry

Date of the Decision

Date de la décision

January 18, 2013

Le 18 janvier 2013

Ottawa, January 18, 2013

Ottawa, le 18 janvier 2013

File: Reprographic Reproduction, 2005-2009

Dossier : Reproduction par reprographie, 2005-2009

Reasons for the decision

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION

I. INTRODUCTION

[1] On June 26, 2009, the Board issued its reasons for certifying the *Access Copyright Elementary and Secondary School Tariff, 2005-2009* (“*Access Tariff*”).¹ The royalties were set at \$5.16 per full-time equivalent (FTE) student, based on a volume survey conducted by the parties. Of the slightly more than 246 million copies on account of which the royalties were set, 6,995,451 were for ministry examinations and 16,861,583 were “Category 4” copies.²

[1] Le 26 juin 2009, la Commission a exposé les motifs justifiant l’homologation du *Tarif Access Copyright pour les écoles élémentaires et secondaires, 2005-2009* (« *tarif Access* »).¹ Les redevances étaient fixées à 5,16 \$ par élève équivalent temps plein (ETP), calculées en fonction d’une enquête de volume menée par les parties. Parmi les quelques 246 millions de copies ayant servi à établir les redevances, 6 995 451 étaient liées aux examens du ministère et 16 861 583 constituaient des copies de la « catégorie 4 ».²

[2] On July 23, 2010, the Federal Court of Appeal remitted the decision to the Board, to determine the meaning of the words “in a medium that is appropriate for the purpose” as found in subsection 29.4(3) of the *Copyright Act*³ (the “*Act*”) and to assess whether examination copies came within the meaning of these words: *Alberta (Education) v. Access Copyright*.⁴

[2] Le 23 juillet 2010, la Cour d’appel fédérale a renvoyé la décision à la Commission pour qu’elle définisse le sens de l’expression « sur un support approprié, aux fins visées » que l’on trouve au paragraphe 29.4(3) de la *Loi sur le droit d’auteur*³ (la « *Loi* ») et décide si les copies d’examen répondent à la définition de cette expression : *Alberta (Éducation) c. Access Copyright*.⁴

[3] On July 12, 2012, the Supreme Court of Canada concluded that the Board had erred in its application of the principle of fair dealing to Category 4 copies and remitted the matter to the Board for redetermination: *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*.⁵

[3] Le 12 juillet 2012, la Cour suprême du Canada a conclu que la Commission avait commis une erreur dans son application du principe de l’utilisation équitable aux copies de la catégorie 4 et a renvoyé l’affaire à la Commission pour qu’elle l’examine à nouveau : *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*.⁵

[4] On July 20, 2012, the Board asked Access Copyright (Access) and the departments of education and local school boards who had objected to the proposed tariff (the Objectors) how it should proceed to comply with these

[4] Le 20 juillet 2012, la Commission s’est adressée à Access Copyright (Access) ainsi qu’aux ministères de l’Éducation et aux commissions scolaires locales qui s’étaient opposés au projet de tarif (les opposants) pour

decisions.

déterminer comment elle devait procéder pour se conformer aux décisions susmentionnées.

Category 4 Copies

Les copies de la catégorie 4

[5] With respect to *Alberta (SCC)*, the Board ruled on September 19, 2012 that all that needed to be done was to determine the impact of removing Category 4 copies from the calculation of the FTE rate:

[5] S'agissant de l'arrêt *Alberta (CSC)*, la Commission a décidé le 19 septembre 2012 qu'il suffisait de définir les conséquences qu'entraînerait la suppression des copies de la catégorie 4 du calcul du taux par élève ETP :

The decision of the Supreme Court is clear and leaves no room for interpretations: based on the record before the Board and the findings of fact of the Supreme Court, Category 4 copies constitute fair dealing for an allowable purpose and as such, are non-compensable. The FTE rate must be reduced accordingly.

[TRADUCTION] La décision de la Cour suprême est claire et ne laisse place à aucune interprétation : compte tenu du dossier soumis à la Commission et des conclusions de fait de la Cour suprême, les copies de la catégorie 4 constituent une utilisation équitable à une fin permise et, à ce titre, ne donnent pas droit à une redevance. Le taux par élève ETP doit être réduit en conséquence.

[6] We agree with the parties that the reduction should be calculated as follows:

[6] Nous convenons avec les parties que la réduction devrait être calculée de la façon suivante :

		% of total / % du total	Exposures / Copies	Value per exposure (\$) / Valeur par copie (\$)	Value (\$) / Valeur (\$)
Number of Category 4 copies / Nombre de copies de la catégorie 4	16,861,583				
Books / Livres		86.4	14,568,407.71	0.092	1,340,283.51
Newspapers / Journaux		7.1	1,197,172.39	0.0126	15,084.37
Magazines / Magazines		6.5	1,096,002.90	0.0095	10,412.03
Total per year / Total par année		100	16,861,583.00		1,365,789.91
Total FTEs / Total des ETP	3,859,715				
Value per FTE of Category 4 copies / Valeur par ETP des copies de la catégorie 4					0.3539
Tariff as certified (before rounding) / Tarif homologué (avant arrondissement)					5.1626
Tariff without Category 4 copies (before rounding) / Tarif sans les copies de la catégorie 4 (avant arrondissement)					4.8087

[7] Consequently, the FTE rate is lowered from \$5.16 to \$4.81.

Examinations Copies

[8] With respect to *Alberta (FCA)*, the parties agreed that the Board should rule on the basis of the existing record and of additional written arguments. These arguments dealing with the remittance from the Federal Court of Appeal allow us to determine whether the examination copies come within the meaning of subsection 29.4(3) of the *Act*.

[9] Subsection 29.4(2) of the *Act* provides that it is not an infringement of copyright for an educational institution to copy a work as required for a test or examination. Subsection 29.4(3) (the “carve-out”) provides that subsection (2) does not apply if the work is commercially available in a medium that is appropriate for the purpose referred to in subsection (2).

[10] In the decision under review, Access argued that if it offers a licence to copy a work, the work is commercially available in an appropriate medium. The Objectors replied that the carve-out concerns solely examinations that are published for sale to educational institutions. The Board ruled that “commercially available” must necessarily have the meaning Access ascribes to the expression: to interpret subsection 29.4(3) as suggested by the Objectors would render paragraph (b) of the statutory definition of “commercially available” meaningless.

[11] On judicial review, the Objectors argued that while the Board had properly interpreted what is meant by “commercially available”, it had failed to consider whether and when a work for which a licence is available is available in “a medium that is appropriate for the purpose”. The Federal Court of Appeal agreed:

[7] Par conséquent, le taux par élève ETP est réduit de 5,16 \$ à 4,81 \$.

Copies d'examen

[8] S’agissant de l’arrêt *Alberta (CAF)*, les parties ont convenu que, pour se prononcer, la Commission devrait se fonder sur le dossier existant et sur des observations écrites supplémentaires. Ces observations sur le renvoi par la Cour d’appel fédérale nous permettent de décider si les copies d’examen sont assujetties au paragraphe 29.4(3) de la *Loi*.

[9] Le paragraphe 29.4(2) de la *Loi* prévoit que la reproduction d’une œuvre ne constitue pas une violation du droit d’auteur si elle est faite par un établissement d’enseignement dans le cadre d’un examen ou d’un contrôle. Le paragraphe 29.4(3) (la « réserve ») prévoit que le paragraphe (2) ne s’applique pas si l’œuvre est accessible sur le marché sur un support approprié, aux fins visées par le paragraphe (2).

[10] Dans l’affaire qui nous a été renvoyée, Access a fait valoir que si elle offre une licence pour copier une œuvre, celle-ci est accessible sur le marché sur un support approprié. Les opposants ont quant à eux soutenu que la réserve concerne uniquement les examens publiés en vue d’être vendus à des établissements scolaires. La Commission a statué que l’expression « accessible sur le marché » doit nécessairement avoir le sens qu’Access lui attribue : interpréter le paragraphe 29.4(3) de la façon dont le proposent les opposants rendrait superflu l’alinéa b) de la définition de l’expression « accessible sur le marché ».

[11] Dans le cadre du contrôle judiciaire, les opposants ont fait valoir que la Commission avait bien interprété l’expression « accessible sur le marché », mais qu’elle ne s’était pas demandé si (ou quand) l’œuvre pour laquelle une licence peut être obtenue est accessible sur « un support approprié, aux fins visées ». La Cour d’appel fédérale a abondé dans le même sens :

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

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

[12] In other words, the *Act* required the Board to determine whether the works were commercially available and whether such availability was in a medium appropriate. The Federal Court of Appeal concluded that the Board did the first, not the second. The sole remaining task is to do the second.

[13] The Objectors argue that subsection 29.4(3) exists to protect existing markets. To be in an appropriate medium, the work must already be in the physical form the teacher will use to administer the test or examination (e.g., standardized tests that are sold to educational institutions). Whatever an institution needs must be available in the marketplace exactly as it needs it for examinations if the carve-out is to apply; otherwise, the work may be commercially available, but not in an appropriate medium. If a work must be copied to serve for a test or examination, then it is not in the appropriate medium, in part because a copy always is in a different medium than the source material. A licence only provides the right to make copies of works. It never makes a work available in any medium, let alone one that is appropriate for the purpose of tests and examinations. Legal authorization to transfer a work to a medium does not make the work available in that medium.

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

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

[12] Autrement dit, la *Loi* exigeait que la Commission décide si les œuvres étaient accessibles sur le marché et si elles l'étaient sur un support approprié. La Cour d'appel fédérale a conclu que la Commission a répondu à la première question, mais non à la deuxième. Reste donc uniquement à répondre à la deuxième.

[13] Les opposants font valoir que le paragraphe 29.4(3) vise à protéger les marchés existants. Pour qu'elle soit sur un support approprié, l'œuvre doit déjà être dans la forme physique que l'enseignant utilisera pour faire passer l'examen ou le contrôle (comme c'est le cas notamment des tests standardisés vendus aux établissements d'enseignement). L'œuvre dont l'établissement a besoin doit être accessible sur le marché dans la forme précise dont a besoin cet établissement pour les examens pour que la réserve s'applique; sinon, bien que l'œuvre puisse être accessible sur le marché, elle ne l'est pas sur un support approprié. Si une œuvre doit être copiée aux fins d'un examen ou d'un contrôle, elle n'est pas sur un support approprié, notamment parce que la copie est toujours faite sur un support différent de l'original. Une licence permet uniquement de copier une œuvre; elle ne rend jamais l'œuvre accessible sur un support quelconque, encore moins sur un support approprié aux fins d'examens et de contrôles. L'autorisation légalement donnée de transférer

une œuvre sur un support ne rend pas l'œuvre accessible sur ce support.

[14] Access argues that a licence to copy a work to a medium makes the work available in that medium and if the medium on which the work is copied is appropriate for the purposes of a test or examination, the carve-out applies. All examination copies captured during the volume study were made on a medium the use of which the *Access Tariff* authorizes. The medium on which examination copies were made was necessarily appropriate, since each institution or teacher chose (or was required) to use that medium for the test or examination.

[14] Access soutient qu'une licence pour copier une œuvre sur un support rend l'œuvre accessible sur ce support; si le support sur lequel l'œuvre est copiée est approprié aux fins d'un examen ou d'un contrôle, la réserve s'applique. Toutes les copies d'examen identifiées durant l'enquête de volume étaient effectuées sur un support dont l'utilisation est autorisée par le *tarif Access*. Le support sur lequel les copies d'examen étaient effectuées était nécessairement approprié, puisque chaque établissement ou enseignant a choisi (ou était tenu) d'utiliser ce support pour l'examen ou le contrôle.

[15] According to the Objectors, if the carve-out does not apply, the FTE rate should be lowered by \$ 0.1468. Access does not contest this calculation.

[15] Selon les opposants, si la réserve ne s'applique pas, le taux par élève ETP devrait être réduit de 0,1468 \$. Access ne conteste pas ce calcul.

Analysis

Analyse

[16] The relevant provisions of the *Act* are as follows:

[16] Les dispositions pertinentes de la *Loi* sont les suivantes :

2 [...]

2 [...]

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by paragraph (1)(b) and subsection (2) does not apply if the work or other subject-matter is commercially available in a medium that is appropriate for the purpose referred to in that paragraph or subsection, as the case may be.

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

(a) if the original is rare or unpublished and is

(i) deteriorating, damaged or lost, or

(ii) at risk of deterioration or becoming damaged or lost;

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

(c) in an alternative format if the

[...]

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

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

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

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les réserves prévues à l'alinéa (1)b) et au paragraphe (2) ne s'appliquent pas si l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur sont accessibles sur le marché et sont sur un support approprié, aux fins visées par ces dispositions.

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

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

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

original is currently in an obsolete format or the technology required to use the original is unavailable;

[...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

[17] For the reasons that follow, we conclude that if the tariff authorizes an institution to copy a work onto the medium that will be used to administer a test or examination, the work is available “in a medium that is appropriate for the purpose” of that test or examination.

[17] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que si le tarif autorise un établissement à copier une œuvre sur le support qui sera utilisé pour faire passer un examen ou un contrôle, cette œuvre est accessible « sur un support approprié, aux fins visées » dans le cadre de cet examen ou ce contrôle.

[18] For the 29.4(3) carve-out to apply in respect of a test or examination, a work must be: (i) commercially available; and, (ii) in a medium that is appropriate for the purpose of that test or examination.

[18] Pour que la réserve prévue au paragraphe 29.4(3) s'applique à l'égard d'un examen ou d'un contrôle, l'œuvre doit être (i) accessible sur le marché et (ii) sur un support approprié aux fins de cet examen ou contrôle.

[19] Paragraph (*a*) of the definition of “commercially available” provides that a work is so available if it is available on the Canadian market under certain conditions (reasonable time, reasonable price, reasonable effort). Paragraph (*b*) of the definition provides in addition that a work also is commercially available if, under the same conditions, a licence is available from a collective society.

[19] L'alinéa *a*) de la définition « accessible sur le marché » prévoit qu'une œuvre est ainsi accessible s'il est possible de se la procurer au Canada, à certaines conditions (prix, délai et effort raisonnables). L'alinéa *b*) de la définition prévoit par ailleurs qu'une œuvre est également accessible sur le marché s'il est possible d'obtenir, aux mêmes conditions, une licence octroyée par une société de gestion.

[20] It is not disputed that, for the purposes of these proceedings, if a work can be copied pursuant to the *Access Tariff*, it is commercially available.

[20] Pour les besoins de la présente instance, les parties s'entendent pour dire que si une œuvre peut être copiée en vertu du *tarif Access*, elle est accessible sur le marché.

[21] Only three provisions of the *Act*, as it stood before November 7, 2012, use the expression “commercially available”: subsections 29.4(3), 30.1(2) and 32(3). Each provision creates a carve-out within a provision that otherwise creates a specific exception.

[21] L'expression « accessible sur le marché » figure dans seulement trois dispositions de la *Loi*, telle qu'elle existait avant le 7 novembre 2012 : les paragraphes 29.4(3), 30.1(2) et 32(3). Chacun de ces paragraphes crée une réserve à l'intérieur d'une disposition qui par ailleurs crée une exception précise.

[22] The subsection 32(3) carve-out only applies if the work “is commercially available [...] within the meaning of paragraph (*a*) of the definition of “commercially available””. Thus, subsection

[22] La réserve prévue au paragraphe 32(3) ne s'applique que si l'œuvre « est accessible sur le marché [...] selon l'alinéa *a*) de la définition “accessible sur le marché” ». Le paragraphe 32(3)

32(3) expressly provides that availability of a licence from a collective cannot trigger the carve-out; subsections 29.4(3) and 30.1(2) do not so provide.

[23] In subsection 29.4(3), the carve-out applies if the work “is commercially available in a medium that is appropriate” for the purpose. In subsection 30.1(2), the carve-out applies if the work “is commercially available in a medium and of a quality that is appropriate” for the purpose. To the extent the relevant parts of the wording of both subsections are identical, they must be interpreted in the same manner.

[24] To interpret subsection 29.4(3) (and thus, by extension, subsection 30.1(2)) as the Objectors suggest would render paragraph (b) of the definition of “commercially available” meaningless. The Objectors admit as much when stating that “authorization to transfer a work to a particular medium simply does not make the work commercially available in that medium” and that “a licence does not make a work available in any medium”.⁶ This is not tenable. If a licence does not make a work available in any medium, the “appropriate medium” condition can never be satisfied through a licence being available within the meaning of paragraph (b). A work for which a collective’s licence is available (and therefore, commercially available pursuant to paragraph (b) of the definition) will never trigger either carve-out even though, for the very reason that a licence is available, it is commercially available and even though the definition is used only in those two provisions that, both, create a carve-out. Paragraph (b) would be meaningless. The only way to avoid this absurdity is to conclude that if a work is commercially available because a licence is available, that work must sometimes (not always) be in an appropriate medium precisely because the licence is available.

prévoit donc expressément que la possibilité d’obtenir une licence d’une société de gestion ne peut déclencher l’application de la réserve; ce que ne font pas les paragraphes 29.4(3) et 30.1(2).

[23] Au paragraphe 29.4(3), la réserve s’applique si l’œuvre est « [accessible] sur le marché et [est] sur un support approprié » aux fins visées. Au paragraphe 30.1(2), la réserve s’applique si l’œuvre est « [accessible] sur le marché et [est] sur un support et d’une qualité appropriés » aux fins visées. Dans la mesure où les passages pertinents de ces deux paragraphes sont identiques, ils doivent être interprétés de la même façon.

[24] Interpréter le paragraphe 29.4(3) (et donc, par extension, le paragraphe 30.1(2)) comme le proposent les opposants rendrait superflu l’alinéa b) de la définition « accessible sur le marché ». Les opposants en conviennent d’ailleurs, en affirmant que [TRADUCTION] « l’autorisation de transférer une œuvre sur un support particulier ne rend tout simplement pas l’œuvre accessible sur le marché sur ce support » et qu’« une licence ne rend pas l’œuvre accessible sur un support quel qu’il soit. »⁶ Cette thèse est insoutenable. Si une licence ne rend pas l’œuvre accessible sur aucun support, la condition relative au « support approprié » ne pourra jamais être remplie par la disponibilité d’une licence au sens de l’alinéa b). Une œuvre à l’égard de laquelle on peut obtenir une licence d’une société de gestion (et donc, par conséquent, accessible sur le marché conformément à l’alinéa b) de la définition) ne déclenchera jamais l’application de la réserve des paragraphes 29.4(3) ou 30.1(2) même si elle est, pour la raison même qu’une licence peut être obtenue, accessible sur le marché, et ce, malgré que la définition entre en jeu uniquement dans ces deux dispositions qui, toutes deux, créent une réserve. L’alinéa b) serait inutile. La seule façon d’éviter cette absurdité est de conclure que si une œuvre est accessible sur le marché parce qu’il est possible d’obtenir une licence, cette œuvre doit nécessairement être, parfois (mais pas toujours), sur un support approprié en raison justement de la disponibilité de la licence.

[25] Access submits that a licence to copy a work to a medium makes the work available in that medium. This interpretation does not lead to absurd results; on the contrary, it is the only one that gives meaning to paragraph (b) of the definition of “commercially available”.

[26] A work for which a collective’s licence is available is available in an appropriate medium if, and only if, the licence authorises the institution or teacher to use (copy, perform, communicate) the work in the medium that is appropriate to that particular test or examination. A licence to copy a literary work makes the work available in an appropriate medium if it allows the teacher to copy the work onto the medium the teacher intends to use during the test or examination. A licence that allows only digital copies will trigger the carve-out if tests are administered digitally, but not if tests are administered on paper. A licence to perform a work does not make the work available in an appropriate medium if the teacher intends the student to sight read the score; it does if the teacher intends students to listen to a recorded performance of the work before criticizing it.

[27] Applying the same rule to the subsection 30.1(2) carve-out also yields logical results. A licence that allows a library to copy sheet music (but not a sound recording of music) does not trigger the carve-out if the library wishes to allow users to listen to a recording of the music. A licence that allows a library to reproduce a sound recording (but not sheet music) does not trigger the carve-out if the library wishes to display a transcription of the score.

[28] This interpretation is also valid if a work is available for sale in one medium and through

[25] Access soutient qu’une licence permettant de copier une œuvre sur un support rend l’œuvre accessible sur ce support. Cette interprétation ne mène pas à des résultats absurdes; au contraire, c’est la seule qui donne un sens à l’alinéa b) de la définition « accessible sur le marché ».

[26] Une œuvre pour laquelle une licence peut être octroyée par une société de gestion est accessible sur un support approprié si, et seulement si, la licence autorise l’établissement ou l’enseignant à utiliser (copier, exécuter, communiquer) l’œuvre sur le support qui est approprié à l’examen ou au contrôle en question. Une licence permettant de copier une œuvre littéraire rend l’œuvre accessible sur un support approprié si elle permet à l’enseignant de copier l’œuvre sur le support que ce dernier a l’intention d’utiliser durant l’examen ou le contrôle. Une licence qui autorise uniquement des copies numériques entraînera l’application de la réserve si les examens se déroulent sur un support numérique, mais non si les examens s’effectueront à partir d’une copie papier. Une licence pour exécuter une œuvre ne rend pas l’œuvre accessible sur un support approprié si l’enseignant souhaite que l’étudiant déchiffre la partition; par contre, elle rend l’œuvre accessible si l’enseignant souhaite que l’étudiant écoute une prestation enregistrée de l’œuvre avant de la critiquer.

[27] Appliquer la même règle à la réserve prévue au paragraphe 30.1(2) conduit également à des résultats logiques. Une licence qui autorise une bibliothèque à faire une copie d’une partition (mais pas d’un enregistrement sonore d’une chanson) ne déclenche pas l’application de la réserve si la bibliothèque veut permettre aux usagers d’écouter un enregistrement de la chanson. Une licence qui autorise une bibliothèque à reproduire un enregistrement sonore (mais pas une partition) ne déclenche pas l’application de la réserve si la bibliothèque veut exposer une transcription de la partition.

[28] Cette interprétation est également valide si une œuvre est vendue sur un certain support et

licences in another. For example, if a test is available for sale on paper and an institution wishes to administer the test digitally, the institution may claim the benefit of the subsection 29.4(2) exception unless a collective also offers a licence allowing the institution to administer the test digitally.

[29] An amendment to the *Act* that came into force on November 7, 2012 confirms our interpretation. As of that date, subsection 29.4(3) reads as follows:

(3) Except in the case of manual reproduction, the exemption from copyright infringement provided by subsections (1) and (2) does not apply if the work or other subject-matter is commercially available, within the meaning of paragraph (a) of the definition “commercially available” in section 2, in a medium that is appropriate for the purposes referred to in those subsections. [our underlining]

[30] As has been the case with subsection 32(1) since 1997, the subsection 29.4(3) carve-out now applies only if the work is commercially available within the meaning of paragraph (a) of the definition. From now on, the availability of a licence no longer triggers the carve-out. If the *Act* as it stood before read as the Objectors suggest, that amendment was unnecessary.

[31] Therefore, we conclude that a licence to copy a work to a medium makes the work available in that medium; if the medium on which the work can be copied is appropriate for the purposes of a test or examination, the work for which a licence is available also is available in a medium appropriate for the purposes of the test or examination.

accessible grâce à une licence sur un autre support. Par exemple, si un examen est vendu en format papier et qu'un établissement souhaite faire passer l'examen sur support numérique, il peut se prévaloir de l'exception prévue au paragraphe 29.4(2) à moins qu'une société de gestion offre également une licence permettant à l'établissement de faire passer l'examen sur support numérique.

[29] Une modification à la *Loi*, entrée en vigueur le 7 novembre 2012, confirme notre interprétation. Depuis cette date, le paragraphe 29.4(3) se lit comme suit :

(3) Sauf cas de reproduction manuscrite, les exceptions prévues aux paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas si l'œuvre ou l'autre objet du droit d'auteur sont accessibles sur le marché – au sens de l'alinéa a) de la définition de ce terme à l'article 2 – sur un support approprié, aux fins visées par ces dispositions. [non souligné dans le texte original]

[30] Comme c'est le cas pour le paragraphe 32(1) depuis 1997, la réserve prévue au paragraphe 29.4(3) ne s'applique désormais que si l'œuvre est accessible sur le marché au sens de l'alinéa a) de la définition. Depuis lors, la disponibilité d'une licence ne déclenche plus l'application de la réserve. Si on donnait à la *Loi*, telle qu'elle existait avant cette modification, l'interprétation proposée par les opposants, il aurait été inutile de la modifier.

[31] Par conséquent, nous concluons qu'une licence permettant de copier une œuvre sur un support rend l'œuvre accessible sur ce support; si le support sur lequel l'œuvre peut être copiée est approprié aux fins de l'examen ou du contrôle, l'œuvre pour laquelle il est possible d'obtenir une licence est également accessible sur un support approprié aux fins de l'examen ou du contrôle.

[32] All that remains is to apply this principle to the facts of the case. The parties agreed that the copies identified as examination copies during the volume survey should be deemed to be examination copies. All examination copies captured during the volume study and included in the calculation of the royalties were made on a medium the use of which the *Access Tariff* authorizes. The medium on which examination copies were made was necessarily appropriate, since each institution or teacher chose (or was required) to use that medium for the test or examination. The application conditions of the carve-out have been met.

[33] Two further points need to be addressed.

[34] Some debate arose as to how to interpret the Federal Court of Appeal's conclusion that format and medium do not have the same meaning in the *Act*. The *Act* is replete with confused, conflicting drafting. The Court's interpretation may require careful attention in the future, as it may otherwise risk bringing about unforeseen consequences in the interpretation of other provisions. There is no need to engage in any analysis of this part of the Court's reasons to comply with its remittance order.

[35] Much was made of the Court's discussion of whether, when a book is copied, the book and the copy are in the same medium. The Court addressed the issue in a passage we find perplexing:

[56] Adopting either of these perspectives wholesale leads to absurd consequences. If a photocopy is always the same medium as a book, schools will have to pay for a licence each time a teacher wants to photocopy a three line quotation from an 800 page book. In turn, under paragraph 29.4(1)(a) if the teacher instead wants to

[32] Il ne nous reste qu'à appliquer ce principe aux faits de l'espèce. Les parties ont convenu que les copies désignées comme des copies d'examen durant l'enquête de volume doivent être considérées comme telles. Toutes les copies d'examen identifiées durant l'enquête de volume et comprises dans le calcul des redevances ont été effectuées sur un support dont l'utilisation est autorisée par le *tarif Access*. Le support sur lequel les copies d'examen ont été effectuées était nécessairement approprié, puisque chaque établissement ou enseignant a choisi (ou était tenu) d'utiliser ce support pour l'examen ou le contrôle visé. Les conditions d'application de la réserve ont été remplies.

[33] Deux autres points doivent être abordés.

[34] L'interprétation que doit recevoir la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle les mots anglais « *format* » et « *medium* » [support] n'ont pas la même signification dans la *Loi* a suscité un certain débat. La *Loi* foisonne de termes et de formulations prêtant à confusion ou contradictoires. Il pourrait s'avérer nécessaire à l'avenir de scruter attentivement l'interprétation de la Cour, cette interprétation risquant d'avoir des incidences inattendues quand viendra le temps d'interpréter d'autres dispositions. Il n'est toutefois par nécessaire d'analyser cette partie des motifs de la Cour pour se conformer à l'ordonnance de renvoi.

[35] On a attaché beaucoup d'importance à l'analyse de la Cour portant sur la question de savoir si, s'agissant d'un livre reproduit, le livre et la copie sont sur le même support. La Cour s'est penchée sur la question dans un passage qui nous semble sibyllin :

[56] Accepter en bloc l'un ou l'autre de ces points de vue conduirait à des conséquences absurdes. Si une photocopie se trouve toujours sur le même « *medium* » qu'un livre, les écoles devraient payer pour obtenir une licence chaque fois qu'un enseignant souhaite photocopier une citation de trois

write the quotation on a chalkboard, the school will not have to acquire a licence. On the other hand, if a photocopy and a book are always different media, then that same teacher can photocopy the first 799 pages of an 800 page book and claim the exemption. Clearly, the determination of whether two works are of the same medium requires a contextual determination on the facts of a given case.

lignes tirée d'un ouvrage de 800 pages. En revanche, aux termes de l'alinéa 29.4(1)a), si ce même enseignant veut plutôt écrire la citation au tableau, l'école n'aura pas à acquérir de licence. Par contre, si la photocopie et le livre sont toujours des « *media* » différents, le même enseignant peut photocopier les 799 premières pages d'un livre de 800 pages et bénéficier de l'exception. De toute évidence, pour savoir si les deux œuvres sont sur le même « *medium* », il faut tenir compte du contexte et des faits de l'espèce.

[36] On the one hand, we fail to understand the Court's apparent discomfort in the fact that photocopying a few lines may require a licence while writing on the chalkboard does not, since it is Parliament that introduced the distinction by inserting the words "Except in the case of manual reproduction" in subsection 29.4(3), thus creating the dichotomy. On the other, the reasoning appears to conflate the notions of medium and of substantial taking. It also appears to imply that a very large taking may prevent an institution from availing itself of subsection 29.4(2). Yet an insubstantial taking is never protected by copyright; subsection 29.4(2) is simply not engaged where a taking is insubstantial. Furthermore, nothing in the provision indicates that the availability of the exception depends at all on how substantial the taking may be. Indeed, some forms of examinations are unconceivable unless all of the work is used or reproduced.

[36] D'une part, on comprend mal ce qui incommodé la Cour dans le fait que la photocopie de quelques lignes mais non l'inscription de ces lignes au tableau puisse nécessiter une licence : après tout, c'est le législateur lui-même, en incluant les mots « Sauf cas de reproduction manuscrite » au paragraphe 29.4(3), qui crée la dichotomie. D'autre part, le raisonnement semble confondre les notions de support et d'utilisation d'une partie importante d'une œuvre. Il semble également sous-entendre que l'utilisation d'une partie très importante peut empêcher un établissement de se prévaloir du paragraphe 29.4(2). Pourtant, une utilisation d'une partie non importante n'est jamais protégée par le droit d'auteur; le paragraphe 29.4(2) n'entre tout simplement pas en jeu lorsque la partie utilisée n'est pas importante. En outre, rien dans la disposition n'indique que l'applicabilité de l'exception dépende, même un tant soit peu, de l'importance de la partie utilisée. En effet, certains types d'examen nécessitent absolument que l'œuvre au complet soit utilisée ou reproduite.

[37] That being said, it would appear of paragraphs 57, 69 and 70 of the decision that paragraph 56 was purely *obiter*.

[37] Cela dit, les paragraphes 57, 69 et 70 de la décision semblent indiquer que le paragraphe 56 était simplement une remarque incidente.

[57] I take no position on whether the category 4 copies were indeed available in a medium appropriate for the purpose, and intend to demonstrate only that the Board's reasons are flawed because they are silent

[57] Je ne me prononce pas sur la question de savoir si les copies qui appartiennent à la catégorie 4 étaient effectivement accessibles sur un support [« *medium* » dans la version anglaise] approprié aux fins visées. Je me

on the meaning to be given to the words “in a format appropriate for the purpose” and on the application of that meaning to the facts of this case.

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

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

[38] Consequently, there is no need to comment any further on the matter.

Transitional Provisions

[39] As a result of the decision we issue today, licensees who complied with the tariff certified on June 27, 2009 overpaid Access by 31.5 cents per FTE student in 2005 to 2008 and by 35 cents per FTE student in 2009. Section 15 of the 2009 tariff applied interest factors to the overpayment. In addition, the Objectors asked to be paid interest at the Bank Rate plus one per cent on the overpayment. Access did not comment on the issue.

[40] The amount paid as a result of applying the interest factor on the overpayment should be refunded, as well as any interest paid pursuant to section 9 of the tariff on that same overpayment. The Objectors should also be paid interest from the date an overpayment was made until it is refunded. However, until April 30, 2013 (the date

propose de démontrer seulement que les motifs de la Commission sont viciés parce qu’ils ne disent rien au sujet de la signification des mots « sur un support approprié aux fins visées » ou de l’application de cette signification aux faits de l’espèce.

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

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

[38] Par conséquent, il est inutile de se pencher davantage sur la question.

Dispositions transitoires

[39] La présente décision fait en sorte que le titulaire de licence qui s’est conformé au tarif homologué le 27 juin 2009 a versé en trop 31,5 cents par élève ÉTP de 2005 à 2008 et 35 cents par élève ÉTP en 2009. L’article 15 du tarif de 2009 applique des facteurs d’intérêts à ce trop-payé. Par ailleurs, les opposants demandent le versement d’intérêts sur le trop-payé, au taux de un pour cent au-dessus du taux officiel d’escompte de la Banque du Canada. Access n’a pas commenté la question.

[40] Le montant versé au titre du facteur d’intérêts sur le trop-payé devrait être remboursé. Il en est de même des intérêts versés en application de l’article 9 du tarif sur ce trop-payé. Les opposants devraient aussi recevoir des intérêts de la date du trop-payé jusqu’à son remboursement. Cela dit, jusqu’au 30 avril 2013

by which Access should refund all overpayments), interest should be payable at the Bank Rate (without the additional one per cent provided in section 9 of the tariff), the rate used to calculate the interest factors included in section 15 of the 2009 tariff. Section 16 of the tariff, which we now add, reflects this.

[41] Also as a result of the decision we issue today, a licensee who, pursuant to section 70.18 of the *Act*, continued to comply with the tariff certified on June 27, 2009 also overpaid Access by 35 cents per FTE student since January 1, 2010. These amounts are also to be refunded by Access, preferably on the same date as the overpayments for 2005 to 2009. If Access does not comply, the Objectors remain free to ask that the Board order Access to do so, by making an application for an interim decision pursuant to section 66.52 of the *Act*. What interest, if any, should attach to overpayments made since January 1, 2010 is an issue better left to the decision certifying the final tariff for the relevant period.

(date à laquelle Access devrait effectuer le remboursement), le taux devrait être le taux officiel d'escompte de la Banque du Canada (sans l'addition d'un pour cent que prévoit l'article 9 du tarif), soit le taux utilisé pour établir les facteurs d'intérêts prévus à l'article 15 du tarif de 2009. L'article 16 du tarif, que nous ajoutons, est rédigé à l'avenant.

[41] La présente décision fait aussi en sorte que le titulaire qui, conformément à l'article 70.18 de la *Loi*, a continué de se conformer au tarif homologué le 27 juin 2009 verse toujours 35 cents par élève ÉTP en trop depuis le 1^{er} janvier 2010. Access doit aussi rembourser ce trop-payé, préférablement en même temps que le trop-payé pour 2005 à 2009. Sinon, les opposants pourront demander que la Commission ordonne à Access de s'exécuter en formulant une demande de décision provisoire en vertu de l'article 66.52 de la *Loi*. Il est préférable de décider de l'intérêt qui devrait ou non résulter du trop-payé depuis le 1^{er} janvier 2010 dans la décision qui homologuera le tarif définitif pour la période pertinente.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. *Access Copyright (Educational Institutions) 2005-2009* (26 June 2009) Copyright Board [Decision](#).
2. Referred to as “Multiple copies made for use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request
 - a. for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review
 - i. for at least one purpose other than those allowable under the fair dealing exception
 - b. solely for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review.” *Ibid.* table 1.
3. R.S.C. c. C-42.
4. 2010 FCA 198. [*Alberta (FCA)*] The Court confused examination copies and Category 4 copies. The parties and the Board agree that this is a clerical error, without consequence on the rest of the matter.
5. 2012 SCC 37. [*Alberta (SCC)*]
6. Objectors’ reply, October 26, 2012 at pp. 2, 7. (underlining in the original)

NOTES

1. *Access Copyright (Établissements d’enseignement) 2005-2009* (26 juin 2009) [décision](#) de la Commission du droit d’auteur.
2. Appelées « Copies multiples faites pour l’usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande
 - a. aux fins d’étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu
 - i. avec au moins une autre fin que celles donnant ouverture à l’exception relative à l’utilisation équitable
 - b. uniquement aux fins d’étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu. » *Ibid.* tableau 1.
3. L.R.C. ch. C-42.
4. 2010 CAF 198. [*Alberta (CAF)*] La Cour a confondu les copies d’examen et les copies appartenant à la catégorie 4. Les parties et la Commission conviennent qu’il s’agit d’une erreur d’écriture, sans conséquence sur le reste de l’affaire.
5. 2012 CSC 37. [*Alberta (CSC)*]
6. Réponse des opposants, 26 octobre 2012 aux pp. 2 et 7. (souligné dans l’original)