

York University *Appellant*

v.

Canadian Copyright Licensing Agency
 (“Access Copyright”) *Respondent*

and

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),
 Authors Alliance, Ariel Katz,
 Canadian Association of Law Libraries,
 Canadian Association of University Teachers,
 Canadian Federation of Students,
 Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,
 Centre de droit des affaires et du commerce international,
 Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce électronique,
 Copyright Collective of Canada,
 Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd.,
 Canadian Retransmission Collective,
 CONNECT Music Licensing Service Inc.,
 Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec,
 Canadian Media Producers Association,
 Association québécoise de la production médiatique,
 International Authors Forum,
 International Federation of Reproduction Rights Organisations,
 International Publishers Association,
 Association of Canadian Publishers,
 Canadian Publishers’ Council,
 Writers’ Union of Canada,
 Canadian Association of Research Libraries,
 Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada,
 Music Canada,**

Université York *Appelante*

c.

Canadian Copyright Licensing Agency
 (« Access Copyright ») *Intimée*

et

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),
 Authors Alliance, Ariel Katz,
 Association canadienne des bibliothèques de droit,
 Association canadienne des professeures et professeurs d’université,
 Fédération canadienne des étudiantes et étudiants,
 Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko,
 Centre de droit des affaires et du commerce international,
 Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce électronique,
 Société de perception de droit d’auteur du Canada,
 Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée,
 Société collective de retransmission du Canada,
 CONNECT Music Licensing Service Inc.,
 Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec,
 Association canadienne des producteurs médiatiques,
 Association québécoise de la production médiatique,
 International Authors Forum,
 Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction,
 Union internationale des éditeurs,
 Association of Canadian Publishers,**

**Canadian Music Publishers Association,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Professional Music Publishers Association,
Canadian Independent Music Association,
Colleges and Institutes Canada and
Universities Canada** *Intervenors*

**Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Association des bibliothèques de recherche du
Canada,
Consortium du droit d'auteur du Conseil des
Ministres de l'Éducation (Canada),
Music Canada,
Éditeurs de Musique au Canada,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Association des professionnels de l'édition
musicale,
Canadian Independent Music Association,
Collèges et Instituts Canada et
Universités Canada** *Intervenants*

- and -

- et -

**Canadian Copyright Licensing Agency
("Access Copyright")** *Appellant*

**Canadian Copyright Licensing Agency
("« Access Copyright »")** *Appelante*

v.

c.

York University *Respondent*

Université York *Intimée*

and

et

**Société québécoise de gestion collective du
droit de reproduction (COPIBEC),
Authors Alliance, Ariel Katz,
Canadian Association of Law Libraries,
Canadian Association of University Teachers,
Canadian Federation of Students,
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic,
Centre de droit des affaires et du commerce
international,
Chaire L. R. Wilson sur le droit des
technologies de l'information et du commerce
électronique,
Society of Composers, Authors and Music
Publishers of Canada,
Copyright Collective of Canada,**

**Société québécoise de gestion collective du
droit de reproduction (COPIBEC),
Authors Alliance, Ariel Katz,
Association canadienne des bibliothèques
de droit,
Association canadienne des professeures et
professeurs d'université,
Fédération canadienne des étudiantes et
étudiants,
Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko,
Centre de droit des affaires et du commerce
international,
Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies
de l'information et du commerce électronique,
Société canadienne des auteurs, compositeurs
et éditeurs de musique,**

**Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd.,
Canadian Retransmission Collective,
CONNECT Music Licensing Service Inc.,
Société de gestion collective des droits
des producteurs de phonogrammes et de
vidéogrammes du Québec,
Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Canadian Association of Research Libraries,
Music Canada,
Canadian Music Publishers Association,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Professional Music Publishers Association,
Canadian Independent Music Association and
Universities Canada** *Intervenors*

**Société de perception de droit d'auteur du
Canada,
Agence canadienne des droits de reproduction
musicaux ltée,
Société collective de retransmission du Canada,
CONNECT Music Licensing Service Inc.,
Société de gestion collective des droits
des producteurs de phonogrammes et de
vidéogrammes du Québec,
Association of Canadian Publishers,
Canadian Publishers' Council,
Writers' Union of Canada,
Association des bibliothèques de recherche
du Canada,
Music Canada,
Éditeurs de Musique au Canada,
Association québécoise de l'industrie du
disque, du spectacle et de la vidéo,
Association des professionnels de l'édition
musicale,
Canadian Independent Music Association et
Universités Canada** *Intervenants*

**INDEXED AS: YORK UNIVERSITY v. CANADIAN
COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS
COPYRIGHT)**

2021 SCC 32

File No.: 39222.

2021: May 21; 2021: July 30.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Intellectual property — Copyright — Tariffs — Enforcement — Fair dealing — Declaratory relief — Collective society obtaining certification of interim tariff for post-secondary educational institutions — University refusing to pay royalties under interim tariff for its copying activities — Collective society bringing enforcement action — University bringing counterclaim seeking declaration that copying conducted within its fair dealing guidelines protected by fair dealing rights — Whether

**RÉPERTORIÉ : UNIVERSITÉ YORK c. CANADIAN
COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS
COPYRIGHT)**

2021 CSC 32

N° du greffe : 39222.

2021 : 21 mai; 2021 : 30 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Tarifs — Exécution — Utilisation équitable — Jugement déclaratoire — Homologation d'un tarif provisoire pour les établissements d'enseignement postsecondaire accordée à une société de gestion — Refus d'une université de payer les redevances prévues au tarif provisoire pour ses activités de reproduction — Recours en exécution intenté par la société de gestion — Demande reconventionnelle présentée par l'université sollicitant un jugement déclarant

collective society can enforce royalty payments set out in tariff against user who chooses not to be bound by licence on the approved terms — Whether declaratory relief sought by university should be granted — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 68.2(1).

Access Copyright (“Access”) is a collective society who licences and administers reproduction rights in published literary works on behalf of creators and publishers. From 1994 to 2010, a licence agreement permitted professors at York University (“York”) to make copies of published works in Access’s repertoire and set the applicable royalties. As licence renewal negotiations were underway, the relationship between Access and York deteriorated, resulting in Access filing a proposed tariff with the Copyright Board for post-secondary educational institutions. Unsure that it would be able to reach an agreement with York before the expiry of its licence, Access applied to the Board for certification of a tariff on an interim basis, generally matching the pre-existing licence agreement, to operate until the Board approved a final tariff. The Board granted Access’s request for an interim tariff. York initially paid the approved royalties, but eventually informed Access that it would not continue as a licensee.

Access sought enforcement of the interim tariff in the Federal Court, and York counterclaimed for a declaration that any copying conducted within its fair dealing guidelines was protected by fair dealing rights under the *Copyright Act*. The trial judge found that the interim tariff was enforceable against York and that neither its guidelines nor its actual practices constituted fair dealing. The Federal Court of Appeal allowed York’s appeal on the tariff enforcement action, holding that Board approved tariffs are voluntary for users, but dismissed its appeal on the fair dealing counterclaim. Access appeals to the Court on the tariff issue, and York appeals from the dismissal of its fair dealing counterclaim.

que les reproductions relevant de ses lignes directrices sur l’utilisation équitable sont protégées par les droits rattachés à l’utilisation équitable — Une société de gestion peut-elle percevoir les redevances fixées par un tarif auprès de l’utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions homologuées? — Le jugement déclaratoire demandé par l’université devrait-il être accordé? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 29, 68.2(1).

Access Copyright (« Access ») est une société de gestion qui octroie des licences et administre les droits de reproduction d’œuvres littéraires publiées au nom des créateurs et des éditeurs. De 1994 à 2010, un contrat de licence permettait aux professeurs de l’Université York (« Université ») d’effectuer des copies d’œuvres publiées figurant au répertoire d’Access et fixait les redevances applicables. Alors que les négociations étaient en cours en vue du renouvellement de la licence, les rapports entre Access et l’Université se sont détériorés. Access a donc déposé auprès de la Commission du droit d’auteur un projet de tarif visant les établissements d’enseignement postsecondaire. Ne sachant pas si elle serait en mesure de s’entendre avec l’Université avant l’expiration de sa licence, Access s’est adressée à la Commission pour lui demander d’homologuer un tarif provisoire, correspondant en gros au contrat de licence antérieur, pour qu’il s’applique jusqu’à ce que la Commission homologue un tarif définitif. La Commission a fait droit à la demande d’Access et homologué un tarif provisoire. L’Université a d’abord payé les redevances homologuées, mais, par la suite, elle a informé Access qu’elle avait décidé de ne plus être liée par un contrat de licence.

Access s’est adressée à la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire, et l’Université a déposé une demande reconventionnelle en vue d’obtenir un jugement déclarant que toutes les activités de reproduction relevant de ses lignes directrices sur l’utilisation équitable étaient protégées par les droits rattachés à l’utilisation équitable au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le juge de première instance a conclu que le tarif provisoire était opposable à l’Université et que ni les lignes directrices ni les pratiques de cette dernière ne constituaient une utilisation équitable. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel interjeté par l’Université relativement à l’exécution du tarif, jugeant que les utilisateurs étaient libres d’accepter ou non les tarifs homologués par la Commission, mais elle a rejeté son appel portant sur la demande reconventionnelle relative à l’utilisation équitable. Access interjette appel devant la Cour de la question du tarif et l’Université interjette appel du rejet de sa demande reconventionnelle relative à l’utilisation équitable.

Held: The appeals should be dismissed.

The tariff is not enforceable against York. Section 68.2(1) of the *Copyright Act* does not empower Access to enforce royalty payments set out in a Board approved tariff pursuant to s. 70.15 against a user who chooses not to be bound by a licence on the approved terms. Section 68.2(1) does not provide a collective infringement remedy. A collective society is required to provide licences pursuant to the terms of an approved tariff, but the licence cannot be forced on a user. A user is entitled to obtain its rights through other means and, if the user makes an unauthorized use, the appropriate remedy is an action for infringement. While Access's inability to initiate infringement actions as a non-exclusive licensee may cause it difficulties, this is the consequence of its freely chosen contractual arrangements with its members.

The text, legislative context, purpose and supporting jurisprudence confirm this interpretation. As a collective society that administers a licensing scheme in respect of reproduction rights applicable to its repertoire of published works, Access operates within the *Copyright Act's* general regime for collective administration (ss. 70.1 to 70.6). Once a tariff is approved under s. 70.15(1), the resulting legal consequences are established by ss. 70.15(2) and 70.17. Section 70.15(2) says that s. 68.2(1), which is found in the *Copyright Act's* separate regime for the collective administration of performing rights and communication rights, applies "with such modifications as the circumstances require". Section 68.2 provides that a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction. Section 70.17 states that "no proceedings may be brought for the infringement of a right . . . against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff".

The text of s. 68.2(1) is silent on who the collective society may collect royalties from and on what conditions. Where Parliament sees fit to create a mandatory duty to pay, it generally does so with clear and distinct legal authority showing that this was its intent. There is no such language creating a duty to pay approved royalties to a collective society that operates a licensing scheme anywhere in the *Copyright Act*. Concluding otherwise would

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Le tarif n'est pas opposable à l'Université. Le paragraphe 68.2(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'habilite pas Access à percevoir les redevances fixées par un tarif homologué par la Commission en vertu de l'art. 70.15, auprès de l'utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. Le paragraphe 68.2(1) ne permet pas à une société de gestion d'exercer un recours en cas de violation. La société de gestion est tenue d'octroyer des licences conformément aux modalités d'un tarif homologué, toutefois, il n'est pas possible de contraindre un utilisateur à accepter une licence. L'utilisateur est libre d'obtenir ses droits par d'autres moyens et, s'il fait une utilisation non autorisée, le recours qui peut être exercé contre lui est une action en violation. Bien que l'incapacité d'Access à intenter une action en violation, parce qu'elle n'est pas titulaire de licences exclusives, puisse lui causer des difficultés, c'est la conséquence de l'entente contractuelle qu'elle a librement choisi de conclure avec ses membres.

Le texte, le contexte législatif, l'objet de la loi et la jurisprudence à l'appui confirment cette interprétation. En tant que société de gestion chargée d'administrer un régime d'octroi de licences portant sur les droits de reproduction applicables à son répertoire d'œuvres publiées, Access exerce ses activités dans le cadre du régime général prévu par la *Loi sur le droit d'auteur* pour la gestion collective (art. 70.1 à 70.6). Les conséquences juridiques de l'homologation d'un tarif en vertu du par. 70.15(1) sont précisées au par. 70.15(2) et à l'art. 70.17. Le paragraphe 70.15(2) précise que le par. 68.2(1), qui fait partie du régime distinct de la *Loi sur le droit d'auteur* relatif à la gestion collective du droit d'exécution et de communication, s'applique « avec les adaptations nécessaires ». L'article 68.2 prévoit que la société de gestion peut, pour la période mentionnée au tarif homologué, percevoir les redevances qui y figurent et, le cas échéant, en poursuivre le recouvrement en justice. L'article 70.17 énonce qu'« il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit [. . .] contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué ».

Le libellé du par. 68.2(1) ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. Lorsque le législateur juge bon de créer une obligation impérative de payer, il le fait généralement en conférant un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là son intention. Il n'y a nulle part dans la *Loi sur le droit d'auteur* de dispositions semblables imposant l'obligation de payer des redevances homologuées à une

read words into the provision that are not found anywhere in the text of the *Copyright Act*.

With respect to the legislative context, the combined effect of ss. 68.2(1) and 70.17 creates a dichotomy between users who choose to be licensed pursuant to the terms of a Board approved tariff, and those who choose not to acquire a licence. Copyright infringement constitutes an unauthorized exercise of the owner's exclusive right and a licence constitutes an authorization to make a particular use that would otherwise be infringing. It is therefore elementary that a person cannot simultaneously be an infringer and a licensee. A person who has paid or offered to pay the royalties under s. 70.17 has become a licensee and may accordingly be liable for defaulted payments under s. 68.2(1). But a person who has not paid or offered to pay is not licensed and may only be liable for infringement. Section 68.2(1) thus ensures that a collective society has a remedy for defaulted payments from voluntary licensees and that actions for recovery can be brought in Federal Court.

The object of the statutory scheme governing collective administration is the protection of users, and this purpose has persisted through various amendments to the *Copyright Act*. The first regime regulating any form of collective society in Canada was created in response to the emergence of early performing rights societies who had acquired control of the vast majority of "popular musical" compositions. Regulating collective societies was deemed necessary by Parliament and was done by vesting the Board with price-setting powers to protect users from the potentially unfair exertion of the new societies' market power. Though an approved statement of royalties put a cap on what the societies could charge for a licence, it did not bind an unwilling user to the terms of a licence. Empowering a society to foist a licence on an unwilling user would be discordant with the protective purpose of the regime. Users are therefore entitled to choose whether or not to accept a licence on Board-approved terms.

It would be inappropriate to entertain York's request for declaratory relief in these proceedings. In light of

société de gestion qui gère un régime de licences. Conclure autrement interpolerait dans cette disposition des mots qui ne se trouvent pas dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

En ce qui concerne le contexte législatif, l'effet combiné du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 crée une dichotomie entre les utilisateurs qui choisissent d'obtenir une licence conformément aux modalités d'un tarif homologué par la Commission et ceux qui choisissent de ne pas obtenir de licence. La violation du droit d'auteur constitue un exercice non autorisé du droit exclusif du titulaire, et une licence constitue une autorisation de se livrer à une utilisation en particulier qui, sans la licence, constituerait une violation. Il est donc élémentaire qu'une personne ne peut pas être à la fois l'auteur d'une violation et titulaire d'une licence. La personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances conformément à l'art. 70.17 est devenue titulaire d'une licence et peut donc être tenue responsable des paiements en souffrance en application du par. 68.2(1). Cependant, la personne qui n'a pas payé ou offert de payer les redevances n'est pas titulaire d'une licence et ne peut être poursuivie que pour violation du droit d'auteur. Le paragraphe 68.2(1) garantit qu'une société de gestion dispose d'un recours en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires et que des mesures de recouvrement peuvent être prises en s'adressant à la Cour fédérale.

L'objectif du régime législatif qui s'applique à la gestion collective est de protéger les utilisateurs, et cet objectif a été maintenu à la suite des diverses modifications de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le premier régime ayant encadré une certaine forme de société de gestion au Canada a été créé en réponse à l'émergence des premières sociétés de droits d'exécution, qui s'étaient emparées du contrôle de la grande majorité des compositions « musicales populaires ». Le législateur a jugé nécessaire de réglementer les sociétés de gestion, ce qu'il a fait en investissant la Commission de pouvoirs en matière de fixation des prix pour protéger les utilisateurs contre l'emprise sur le marché potentiellement abusive des nouvelles sociétés. Même si l'homologation d'un état des redevances avait pour effet de fixer le montant maximal que les sociétés pouvaient exiger pour une licence, elle ne liait pas l'utilisateur qui n'avait pas consenti à être lié par les modalités de la licence. Il serait contraire à l'objectif de protection du régime d'habiliter une société à imposer une licence à un utilisateur non consentant. Les utilisateurs ont donc le droit de choisir d'être liés ou non par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué par la Commission.

Il serait inapproprié de connaître de la demande de jugement déclaratoire présentée par l'Université dans la

the conclusion that the interim tariff is not mandatory and is therefore unenforceable against York, there is no live dispute between the parties. This is not an action for infringement, since Access has no standing to bring such an action. Furthermore, the copyright owners who do have standing are not parties to these proceedings and have not had the opportunity to advance arguments about the impact of York's activities on their copyrighted works. Assessing fair dealing guidelines in the absence of a genuine dispute between proper parties would anchor the analysis in aggregate findings and general assumptions without a connection to specific instances of works being copied.

However, the reasoning of the Federal Court and Federal Court of Appeal on the fair dealing issue is not endorsed. It is well-established that the party invoking fair dealing must prove first that the dealing was for an allowable purpose and, second, that it was fair. Six non-exhaustive factors provide a framework for assessing fairness, which is ultimately a question of fact: the purpose of the dealing; the character of the dealing; the amount of the dealing; alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work. At the second step, the Federal Court and Federal Court of Appeal approached the analysis from an institutional perspective only, leaving out the perspective of the students who use the materials. This error tainted the analysis of several fairness factors. The purpose of copying conducted by university teachers for student use is for the student's education. Funds saved by proper exercise of the fair dealing right go to this core objective, and not to some ulterior commercial purpose. Ultimately, the question in a case involving a university's fair dealing practices is whether those practices actualize the students' right to receive course material for educational purposes in a fair manner, consistent with the underlying balance between users' rights and creators' rights in the *Copyright Act*. In the present case, by focusing on the institutional nature of the copying, the nature of fair dealing as a user's right was overlooked and the fairness assessment was over before it began.

présente instance. Vu la conclusion selon laquelle le tarif provisoire n'est pas contraignant et n'est donc pas opposable à l'Université, il n'y a plus de question en litige entre les parties. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une action en violation du droit d'auteur, étant donné qu'Access n'a pas qualité pour intenter une telle action. De plus, les titulaires de droits d'auteur qui ont qualité pour intenter une action ne sont pas parties à la présente instance et n'ont donc pas eu l'occasion de faire valoir leurs observations quant à l'incidence des activités de l'Université sur leurs œuvres protégées par le droit d'auteur. L'analyse de lignes directrices sur l'utilisation équitable en l'absence d'un véritable différend entre les intéressés la ferait reposer sur des conclusions approximatives et des hypothèses générales qu'on ne peut rattacher à des cas précis de reproduction d'œuvres.

Toutefois, le raisonnement de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale sur la question de l'utilisation équitable n'est pas retenu. Il est bien établi que la partie qui invoque l'utilisation équitable doit d'abord prouver que l'utilisation était destinée à une fin permise et, ensuite, qu'elle était équitable. Le cadre d'analyse de l'équité — qui est en fin de compte une question de fait — comporte six facteurs non exhaustifs : le but de l'utilisation, la nature de l'utilisation, l'ampleur de l'utilisation, l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. À la deuxième étape, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont abordé l'analyse uniquement du point de vue de l'établissement d'enseignement, laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents. Cette erreur a entaché leur analyse de plusieurs des facteurs relatifs à l'équité. Les photocopies réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des étudiants ont pour but l'éducation de ces derniers. L'argent épargné grâce à l'exercice légitime du droit à l'utilisation équitable concerne précisément cet objectif premier de l'université, et non un objectif commercial inavoué. En fin de compte, la question qui se pose dans une affaire portant sur les pratiques d'utilisation équitable d'une université est celle de savoir si ces pratiques contribuent à la matérialisation du droit des étudiants de recevoir du matériel de cours à des fins d'éducation d'une manière équitable, conformément à l'équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que la *Loi sur le droit d'auteur* confère aux créateurs. En l'espèce, en concentrant l'analyse sur le caractère institutionnel de la reproduction, le fait que l'utilisation équitable constitue un droit de l'utilisateur a été négligé, de sorte que l'examen de l'équité était terminé avant même d'être commencé.

Cases Cited

Applied: *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; **considered:** *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *Reprographic Reproduction 2011-2013, Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright (Post-Secondary Educational Institutions) (Re)* (2011), 92 C.P.R. (4th) 434; *Statements of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire*, CB-CDA 2019-082 (online: <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/453965/1/document.do>); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. v. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] Ex. C.R. 244; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Maple Leaf Broadcasting Co. v. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D'Or (1981) Ltée* (1987), 16 F.T.R. 104; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24.
An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1935, c. 18.
An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1936, c. 28.
An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.) [formerly S.C. 1988, c. 15].
Budget Implementation Act, 2018, No. 2, S.C. 2018, c. 27.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; **arrêts examinés :** *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés :** *Reproduction par reprographie, 2011-2013, Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright (Établissements d'enseignement postsecondaires)*, décision de la Commission, 16 mars 2011 (en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/366712/1/document.do>); *Tarifs des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, CB-CDA 2019-082 (en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/453965/1/document.do>); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C. de l'É. 244; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Maple Leaf Broadcasting Co. c. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624; *Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Lion D'Or (1981) Ltée*, n° T-1615-86, 10 septembre 1987; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

Lois et règlements cités

Copyright Act, 1911 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.
Loi de 1921 concernant le droit d'auteur, S.C. 1921, c. 24.
Loi du droit d'auteur, S.R.C. 1927, c. 32, art. 10B(8) [aj. 1936, c. 28, art. 2], (9) [*idem*].
Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931, S.C. 1936, c. 28.
Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d'auteur, 1931, S.C. 1935, c. 18.
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, L.C. 1997, c. 24.

Copyright Act, R.S.C. 1927, c. 32, s. 10B(8) [ad. 1936, c. 28, s. 2], (9) [idem].

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “collective society” (a), 19, 27, 29, 29.1, 29.2, 30.02, 30.3, 38.1 [ad. 1997, c. 24, s. 20], 38.2, 41.23, 68.2(1), 70.1 to 70.6, 81, 82(1).

Copyright Act, 1911 (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.

Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c. 24.

Copyright Amendment Act, 1931, S.C. 1931, c. 8.

Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20.

York University Act, 1959, S.O. 1959, c. 145.

York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143, s. 4.

Authors Cited

Canada. *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Activities of the Canadian Performing Rights Society, Limited, and Similar Societies*, by James Parker. Ottawa, 1935.

Canada. Consumer and Corporate Affairs. *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act*, by Judy Erola and Francis Fox. Ottawa, 1984.

Canada. Department of Canadian Heritage. *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective*, by Daniel J. Gervais. Ottawa, 2001.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 15, 1987, p. 7109.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 26, 1987, p. 7667.

Canada. House of Commons. Sub-committee of the Standing Committee on Communications and Culture on the Revision of Copyright. *A Charter of Rights for Creators*. Ottawa, 1985.

Craig, Carys. “Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright” : Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 177.

Craig, Carys J. “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.

Geist, Michael. “Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 157.

Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.) [anciennement L.C. 1988, c. 15].

Loi modificative du droit d’auteur, 1931, S.C. 1931, c. 8.

Loi n° 2 d’exécution du budget de 2018, L.C. 2018, c. 27.

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.

Loi sur la modernisation du droit d’auteur, L.C. 2012, c. 20.

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2 « société de gestion » a), 19, 27, 29, 29.1, 29.2, 30.02, 30.3, 38.1 [aj. 1997, c. 24, art. 20], 38.2, 41.23, 68.2(1), 70.1 à 70.6, 81, 82(1).

York University Act, 1959, S.O. 1959, c. 145.

York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143, art. 4.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 15 juin 1987, p. 7109.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 26 juin 1987, p. 7667.

Canada. Chambre des communes. Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur. *Une charte des droits des créateurs et créatrices*, Ottawa, 1985.

Canada. *Rapport de la Commission Royale chargée d’examiner les affaires de la Canadian Performing Right Society, Limited et autres sociétés du même genre*, par James Parker, Ottawa, 1935.

Canada. Consommation et Corporations. *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d’auteur : propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d’auteur*, par Judy Erola et Francis Fox, Ottawa, 1984.

Canada. Ministère du Patrimoine canadien. *Gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins au Canada : Perspective internationale*, par Daniel J. Gervais, Ottawa, 2001.

Craig, Carys. « Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 177.

Craig, Carys J. « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.

Geist, Michael. « Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

- Gervais, Daniel J. “Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective” (2002), 1 *C.J.L.T.* 21.
- Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151.
- Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II” (2015), 28 *I.P.J.* 39.
- Knopf, Howard P. “Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?” (1999), 14 *I.P.J.* 109.
- Macklem, Lisa, and Samuel Trosow. “Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality: Lessons From the COVID-19 Crisis” (2020), 32 *I.P.J.* 215.
- Tawfik, Myra. “History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 69.
- Tawfik, Myra J. “The Supreme Court of Canada and the ‘Fair Dealing Trilogy’: Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191.
- Trosow, Samuel E. “Bill C-32 and the Educational Sector: Overcoming Impediments to Fair Dealing”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 541.
- Gervais, Daniel J. *Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 157.
- Gervais, Daniel J. « Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada : An International Perspective » (2002), 1 *C.J.L.T.* 21.
- Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property : The Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151.
- Katz, Ariel. « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II » (2015), 28 *I.P.J.* 39.
- Knopf, Howard P. « La gestion collective des droits d’auteur dans la communauté universitaire canadienne : une alternative au statu quo? » (1999), 12 *C.P.I.* 95.
- Macklem, Lisa, and Samuel Trosow. « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality : Lessons From the COVID-19 Crisis » (2020), 32 *I.P.J.* 215.
- Tawfik, Myra. « History in the Balance : Copyright and Access to Knowledge », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 69.
- Tawfik, Myra J. « The Supreme Court of Canada and the “Fair Dealing Trilogy” : Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191.
- Trosow, Samuel E. « Bill C-32 and the Educational Sector : Overcoming Impediments to Fair Dealing », in Michael Geist, ed., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda*, Toronto, Irwin Law, 2010, 541.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, de Montigny and Woods JJ.A.), 2020 FCA 77, 174 C.P.R. (4th) 1, 448 D.L.R. (4th) 456, [2020] F.C.J. No. 509 (QL), 2020 CarswellNat 1294 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43, 149 C.P.R. (4th) 375, [2017] F.C.J. No. 701 (QL), 2017 CarswellNat 3226 (WL Can.). Appeals dismissed.

Guy Pratte and John C. Cotter, for the appellant/respondent York University.

Sheila R. Block and Asma Faizi, for the respondent/appellant the Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, de Montigny et Woods), 2020 CAF 77, 174 C.P.R. (4th) 1, 448 D.L.R. (4th) 456, [2020] A.C.F. n° 509 (QL), 2020 CarswellNat 4546 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43, 149 C.P.R. (4th) 375, [2017] A.C.F. n° 701 (QL), 2017 CarswellNat 3757 (WL Can.). Pourvois rejetés.

Guy Pratte et John C. Cotter, pour l’appelante/intimée l’Université York.

Sheila R. Block et Asma Faizi, pour l’intimée/appelante Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »).

Daniel Payette, for the intervener Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC).

Sana Halwani, for the interveners the Authors Alliance and Ariel Katz.

Kim P. Nayyer, for the intervener the Canadian Association of Law Libraries.

Jeremy de Beer, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students.

David Fewer, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Ysolde Gendreau, for the interveners Centre de droit des affaires et du commerce international et Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

Matthew Estabrooks, for the intervener the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

John E. Callaghan, for the intervener the Copyright Collective of Canada.

Erin Finlay, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music Licensing Service Inc. and Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec.

Erin Finlay, for the interveners the Canadian Media Producers Association and Association québécoise de la production médiatique.

Stéphane Caron, for the interveners the International Authors Forum, the International Federation of Reproduction Rights Organisations and the International Publishers Association.

Daniel Payette, pour l'intervenante la Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC).

Sana Halwani, pour les intervenantes Authors Alliance et Ariel Katz.

Kim P. Nayyer, pour l'intervenante l'Association canadienne des bibliothèques de droit.

Jeremy de Beer, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeurs et professeurs d'université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

David Fewer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Ysolde Gendreau, pour les intervenants le Centre de droit des affaires et du commerce international et la Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

Matthew Estabrooks, pour l'intervenante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

John E. Callaghan, pour l'intervenante la Société de perception de droit d'auteur du Canada.

Erin Finlay, pour les intervenants l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, la Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc. et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec.

Erin Finlay, pour les intervenantes l'Association canadienne des producteurs médiatiques et l'Association québécoise de la production médiatique.

Stéphane Caron, pour les intervenants International Authors Forum, la Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction et l'Union internationale des éditeurs.

Brendan van Niejenhuis, for the interveners the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada.

Howard P. Knopf, for the intervener the Canadian Association of Research Libraries.

Wanda Noel, for the intervener the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada.

Casey M. Chisick, for the interveners Music Canada, the Canadian Music Publishers Association, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, the Professional Music Publishers Association and the Canadian Independent Music Association.

J. Aidan O'Neill, for the intervener Colleges and Institutes Canada.

David Kent, for the intervener Universities Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — These appeals raise issues of fundamental importance to the rights and liabilities of Canadian universities and their students under the *Copyright Act*.¹

Background

[2] Access Copyright is a collective society under the *Copyright Act*. It licences and administers reproduction rights in published literary works throughout Canada, with the exception of Quebec, on behalf of creators and publishers who own the copyright in those works. Access Copyright is not an assignee

¹ Unless otherwise stated, the provisions referenced throughout these reasons are to the version of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, in force at the time of trial and judgment, prior to the coming into force of the *Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27, which amended certain parts of the collective administration regime.

Brendan van Niejenhuis, pour les intervenants Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council et Writers' Union of Canada.

Howard P. Knopf, pour l'intervenante l'Association des bibliothèques de recherche du Canada.

Wanda Noel, pour l'intervenant le Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada).

Casey M. Chisick, pour les intervenants Music Canada, les Éditeurs de Musique au Canada, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, l'Association des professionnels de l'édition musicale et Canadian Independent Music Association.

J. Aidan O'Neill, pour l'intervenant Collèges et Instituts Canada.

David Kent, pour l'intervenante Universités Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les présents pourvois soulèvent des questions d'une importance capitale quant aux droits et aux obligations des universités canadiennes et de leurs étudiants sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*.¹

Contexte

[2] Access Copyright est une société de gestion au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle octroie des licences et administre partout au Canada, sauf au Québec, les droits de reproduction d'œuvres littéraires publiées, et ce, au nom des créateurs et des éditeurs qui sont titulaires du droit d'auteur sur les

¹ À moins d'indication contraire, les dispositions citées dans les présents motifs sont tirées de la version de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, en vigueur au moment du procès et du jugement, avant l'entrée en vigueur de la *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, c. 27, qui a modifié certaines parties du régime de gestion collective.

or an exclusive licensee of the copyright held by its members, which means that Access Copyright does not have the right to sue for infringement of its members' copyright and that Access Copyright's members are free to licence their rights to users directly or through intermediaries other than Access Copyright.

[3] York University is the third largest university in Canada. It consists of 11 faculties providing undergraduate, graduate, and professional programs and courses taught primarily at 2 campuses in Toronto. At the time of the trial, York had over 3,000 full and part-time faculty and over 45,000 full-time equivalent students. York was established by the government of Ontario through the *York University Act, 1959*, S.O. 1959, c. 145, and continued under the *York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143. Its statutory objectives are “the advancement of learning and the dissemination of knowledge” and “the intellectual, spiritual, social, moral and physical development of its members and the betterment of society” (s. 4 of the *York University Act, 1965*).

[4] Those who teach at York University select and make available copies of published works, including works falling within Access Copyright's repertoire, to students enrolled in courses for educational purposes. Learning materials are distributed through two main methods: course packs and the learning management system. A course pack is a compilation of printed materials, printed internally at York or through external printshops. The learning management system is an online platform through which instructors can make course materials available to their students electronically.

[5] From 1994 to 2010, Access Copyright and York maintained a steady legal relationship pursuant to the terms of a licence agreement which permitted

œuvres en question. Access Copyright n'est ni cessionnaire ni titulaire d'une licence exclusive relativement au droit d'auteur détenu par ses membres, de sorte qu'elle n'a pas le droit d'ester en justice pour violation du droit d'auteur de ces derniers et que ceux-ci sont libres de concéder leurs droits à des utilisateurs directement ou par l'intermédiaire d'autres entités qu'Access Copyright.

[3] L'Université York (« Université ») est la troisième université en importance au Canada. Ses 11 facultés offrent des programmes d'enseignement de premier, de deuxième et de troisième cycles, ainsi que des programmes de formation professionnelle, essentiellement sur ses 2 campus de Toronto. Au moment du procès, elle comptait plus de 3 000 professeurs à temps plein et à temps partiel et plus de 45 000 étudiants équivalents temps plein. L'Université a été constituée par le gouvernement de l'Ontario par l'adoption de la *York University Act, 1959*, L.O. 1959, c. 145, et a poursuivi ses activités sous le régime de la *York University Act, 1965*, L.O. 1965, c. 143. Selon sa loi constitutive, l'Université a pour mission [TRADUCTION] « le développement de l'enseignement et la diffusion du savoir » ainsi que « l'épanouissement intellectuel, spirituel, social, moral et physique de ses membres et l'amélioration de la société » (art. 4 de la *York University Act, 1965*).

[4] Les professeurs qui enseignent à l'Université choisissent et mettent à la disposition des étudiants inscrits à leurs cours des copies d'œuvres publiées, y compris d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access Copyright, et ce, à des fins pédagogiques. Le matériel didactique est distribué notamment de deux façons : par la distribution de recueils de cours et au moyen d'un système de gestion de l'apprentissage. Un recueil de cours est une compilation de documents qui sont imprimés à l'interne à l'Université ou par des ateliers d'impression externes. Le système de gestion de l'apprentissage est une plateforme en ligne dont les professeurs se servent pour mettre les documents du cours à la disposition de leurs étudiants par voie électronique.

[5] De 1994 à 2010, Access Copyright et l'Université ont entretenu des rapports juridiques stables aux termes d'un contrat de licence qui permettait aux

professors at York to make copies of published works in Access Copyright's repertoire and set the applicable royalties. By 2010, the royalties payable to Access Copyright under the licence consisted of an annual blanket fee of \$3.38 per full-time equivalent student in addition to \$0.10 per page copied into a course pack for sale or distribution to students. Access Copyright would collect these royalties and distribute payments to its members, and conduct any usage monitoring incidental to the licence. The agreement between Access Copyright and York reflected a "model licence" negotiated by the Association of Universities and Colleges of Canada, and all members of the AUCC were likewise licensed by Access Copyright.

[6] The relationship between Access Copyright and York deteriorated as licence renewal negotiations were underway in 2010, with the acrimony eventually culminating in the appeals before this Court. Access Copyright says that York started freely using materials it was obliged to pay for and that it failed to negotiate in good faith. York responded that the precipitating factors were based on legitimate decisions to obtain usage rights from sources other than Access Copyright and to make more complete use of its legal entitlement to fair dealing.

[7] Unsure that it would be able to reach an agreement with York before the expiry of its licence in January 2011, Access Copyright filed a proposed tariff with the Copyright Board of Canada in March 2010 for post-secondary educational institutions covering the years 2011-2013. The proposed tariff contemplated an increase in the annual blanket fee to \$45 per full-time equivalent student for use of the works within Access Copyright's repertoire, without a per page rate. This would have amounted to a flat annual fee of over two million dollars payable by York.

professeurs de l'Université d'effectuer des copies d'œuvres publiées figurant au répertoire d'Access Copyright et qui fixait les redevances applicables. En 2010, les redevances à payer à Access Copyright en application de ce contrat de licence consistaient en un taux fixe annuel de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein et de 0,10 \$ par page copiée dans un recueil de cours destiné à être vendu ou distribué aux étudiants. Access Copyright percevait ces redevances, les distribuait à ses membres, et elle effectuait tout contrôle d'utilisation lié à la licence. Le contrat conclu entre Access Copyright et l'Université s'inspirait du « contrat de licence type » qui avait été négocié par l'Association des universités et collèges du Canada, dont tous les membres étaient également titulaires de licences délivrées par Access Copyright.

[6] Les rapports entre Access Copyright et l'Université se sont détériorés en 2010, alors que les négociations étaient en cours en vue du renouvellement de la licence. L'acrimonie qui a marqué ces négociations a finalement abouti aux pourvois dont notre Cour est saisie. Access Copyright affirme que l'Université a commencé à utiliser, sans lui verser de contrepartie, des documents pour lesquels elle était tenue de lui payer des redevances et qu'elle n'a pas négocié de bonne foi. L'Université a répondu que les facteurs qui avaient précipité cette nouvelle orientation étaient fondés sur des décisions légitimes de se procurer des droits d'utilisation de sources autres qu'Access Copyright et de tirer davantage profit de son droit d'invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable.

[7] Ne sachant pas si elle serait en mesure de s'entendre avec l'Université avant l'expiration de sa licence en janvier 2011, Access Copyright a déposé en mars 2010 auprès de la Commission du droit d'auteur du Canada un projet de tarif visant les établissements d'enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2013. Le projet de tarif proposait de porter la redevance annuelle fixe à 45 \$ par étudiant équivalent temps plein pour l'utilisation des œuvres figurant au répertoire d'Access Copyright, et ne prévoyait pas de taux à la page, ce qui aurait obligé l'Université à payer l'équivalent d'une redevance annuelle fixe de plus de deux millions de dollars.

[8] Access Copyright's view was that Board approval of a tariff would create a mandatory legal relationship between Access Copyright and York (and other universities), effectively supplanting the voluntary licensing agreement that had set out the parties' rights and liabilities for the preceding 16 years. In Access Copyright's view, the full amount of the approved royalties would be payable by York as soon as York made a single infringing use of a work within Access Copyright's repertoire, regardless of whether or not York agreed to be bound by a licence on the approved terms.

[9] Access Copyright's proposed tariff was published in the *Canada Gazette*. Just over 100 individuals and institutions filed objections.

[10] In light of the rapidly approaching licence expiry date, Access Copyright applied to the Copyright Board in October 2010 asking it to certify a tariff on an interim basis, generally matching the pre-existing licence agreement, to operate from January 1, 2011 until the Board approved a final tariff. On December 23, 2010, the Board granted Access Copyright's request for an interim tariff, based on the previous licence agreement royalty rate of \$0.10 per page for course packs and \$3.38 per full-time equivalent student (*Reprographic Reproduction 2011-2013, Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright (Post-Secondary Educational Institutions) (Re)* (2011), 92 C.P.R. (4th) 434).

[11] After the interim tariff took effect on January 1, 2011, York initially paid the approved royalties. But in July 2011, prior to the start of the academic year, York informed Access Copyright that it would not continue as a licensee. York claimed that its copying activities involving Access Copyright's repertoire constituted fair dealing and, in any event, the interim tariff was not enforceable against it.

[8] Access Copyright était d'avis que l'homologation d'un tarif par la Commission créerait des rapports juridiques contraignants entre elle et l'Université (et d'autres universités), ce qui aurait pour effet de supplanter le contrat de licence volontaire qui avait défini les droits et les obligations des parties au cours des 16 années précédentes. Selon Access Copyright, les redevances homologuées seraient payables intégralement par l'Université, dès qu'elle ferait une seule utilisation d'une œuvre du répertoire d'Access Copyright qui emporterait violation du droit d'auteur, et ce, que l'Université accepte ou non d'être liée par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué.

[9] Le projet de tarif d'Access Copyright a été publié dans la *Gazette du Canada*. Un peu plus d'une centaine de particuliers et d'institutions s'y sont opposés.

[10] Compte tenu de l'expiration imminente du contrat de licence, Access Copyright s'est adressée à la Commission du droit d'auteur, en octobre 2010, pour lui demander d'homologuer un tarif provisoire correspondant en gros au contrat de licence antérieur, et ce, pour la période du 1^{er} janvier 2011 jusqu'à la date à laquelle la Commission homologuerait un tarif définitif. Le 23 décembre 2010, la Commission a fait droit à la demande d'Access Copyright et a homologué un tarif provisoire qui prévoyait des redevances correspondant à celles prévues par le contrat de licence antérieur, soit 0,10 \$ la page pour les recueils de cours et 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein (*Reproduction par reprographie, 2011-2013, Tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright (Établissements d'enseignement post-secondaires)*, décision de la Commission, 16 mars 2011 (en ligne)).

[11] Après l'entrée en vigueur du tarif provisoire le 1^{er} janvier 2011, l'Université a d'abord payé les redevances homologuées. Toutefois, en juillet 2011, avant le début de l'année universitaire, elle a informé Access Copyright qu'elle avait décidé de ne plus être liée par un contrat de licence. L'Université soutenait que ses activités de reproduction figurant au répertoire d'Access Copyright constituaient une utilisation équitable et que, de toute façon, le tarif provisoire ne lui était pas opposable.

[12] A hearing was held by the Board in January 2016. York and some other universities had withdrawn from the proceedings in April 2012 and were not represented at the hearing. On December 6, 2019, the Board approved final tariffs for the years 2011-2017 (*Statements of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire*, CB-CDA 2019-082 (online)). The royalties for universities were fixed at a blanket rate of \$24.80 per full-time equivalent student from 2011-2014 and \$14.31 per full-time equivalent student from 2015-2017.

[13] In its decision, the Board did not comment on whether the tariffs created a mandatory legal relationship between Access Copyright and universities who do not sign a licensing agreement.

[14] Access Copyright went to the Federal Court to enforce the interim tariff for copying activities engaged in by York and its employees from September 1, 2011 to December 31, 2013. Access Copyright identified cases of copying conducted by 5 professors involving 87 works within Access Copyright's repertoire. It claimed that this copying was not licensed or exempted by the concept of fair dealing. Accordingly, it said, York was liable to pay, in full, the royalties set out in the interim tariff. York said that the tariff was not enforceable against it because, among other reasons, York had not agreed to be bound by its terms.

[15] York counterclaimed for a Declaration that any copying conducted within its "Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff", issued November 13, 2012, was protected by the fair dealing rights in ss. 29, 29.1 and 29.2 of the *Act*.

[16] At the Federal Court, the Case Management Judge bifurcated the trial into two Phases. Phase I

[12] La Commission a tenu une audience en janvier 2016. L'Université et certaines autres universités s'étaient retirées de l'instance en avril 2012 et n'étaient pas représentées à l'audience. Le 6 décembre 2019, la Commission a homologué un tarif définitif pour les années 2011 à 2017 (*Tarifs des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire*, CB-CDA 2019-082 (en ligne)). Les redevances à payer par les universités ont été établies à un taux fixe de 24,80 \$ par étudiant équivalent temps plein pour les années 2011 à 2014 et de 14,31 \$ par étudiant équivalent temps plein pour les années 2015 à 2017.

[13] Dans sa décision, la Commission n'a pas précisé si les tarifs créaient une relation juridique contraignante entre Access Copyright et les universités n'ayant pas signé de contrat de licence.

[14] Access Copyright s'est adressée à la Cour fédérale pour faire exécuter le tarif provisoire pour les activités de reproduction effectuées par l'Université et par ses employés entre le 1^{er} septembre 2011 et le 31 décembre 2013. Access Copyright a cité des exemples d'activités de reproduction effectuées par 5 professeurs relativement à 87 œuvres inscrites à son répertoire. Elle affirmait que ces activités de reproduction n'étaient ni visées par le contrat de licence ni exemptées en vertu de l'exception fondée sur le concept d'utilisation équitable. Elle soutenait que l'Université était donc tenue de payer intégralement les redevances prévues au tarif provisoire. L'Université affirmait que le tarif ne lui était pas opposable, notamment parce qu'elle n'avait pas accepté d'être liée par ses modalités.

[15] L'Université a déposé une demande reconventionnelle en vue d'obtenir un jugement déclarant que toutes les activités de reproduction relevant de ses « Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université » publiées le 13 novembre 2012 étaient protégées par les droits rattachés à une utilisation équitable au sens des art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi*.

[16] À la Cour fédérale, le juge responsable de la gestion de l'instance a scindé l'instruction en deux

included all issues relating to whether the interim tariff was enforceable against York; whether York was responsible for the copying activities of the five professors; and York's counterclaim that it was entitled to a Declaration that "any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's 'Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)' . . . constitute fair dealing". The amount of unauthorized copying and York's quantum of liability under the tariff was to be determined at Phase II, if necessary. These appeals arise solely from Phase I of the trial.

[17] The trial judge found that the interim tariff was enforceable against York and that neither its Fair Dealing Guidelines nor its actual practices constituted fair dealing (2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43).

[18] The Federal Court of Appeal allowed York's appeal on the tariff enforcement action but dismissed its appeal on the fair dealing counterclaim. The court held that Board approved tariffs are voluntary for users. If a user who chooses not to be licensed under a tariff makes an unauthorized use of a work, the remedy is an infringement action which Access Copyright does not have standing to assert because it does not own the copyright in any of the works and is not an exclusive licensee or an assignee. While this disposed of the dispute between the parties, the court went on to evaluate York's appeal on the fair dealing counterclaim. It concluded that York could not establish that all copying within its Guidelines is fair and refused to issue the Declaration (2020 FCA 77, 174 C.P.R. (4th) 1).

phases. La phase I portait sur l'ensemble de la question de savoir si le tarif provisoire était opposable à l'Université et si celle-ci était responsable des activités de reproduction des cinq professeurs. La phase I concernait aussi la demande reconventionnelle par laquelle l'Université affirmait qu'elle avait droit à un jugement déclarant que [TRADUCTION] « les reproductions relevant des "Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université (12/11/13)" [. . .] constituent une utilisation équitable ». La quantité de copies non autorisées et l'ampleur de l'obligation imposée à l'Université par le tarif devaient être déterminées à la phase II, le cas échéant. Les présents pourvois font suite uniquement à la phase I du procès.

[17] Le juge de première instance a conclu que le tarif provisoire était opposable à l'Université et que ni les Lignes directrices sur l'utilisation équitable de celle-ci ni ses pratiques ne constituaient une utilisation équitable (2017 CF 669, [2018] 2 R.C.F. 43).

[18] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par l'Université relativement à l'exécution du tarif, mais a rejeté son appel portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. La cour a jugé que les utilisateurs étaient libres d'accepter ou non les tarifs homologués par la Commission. Si l'utilisateur ayant choisi de ne pas devenir titulaire de licence sous le régime d'un tarif faisait une utilisation non autorisée d'une œuvre, le seul recours qui pouvait être exercé contre lui était une action en violation du droit d'auteur. Or, Access Copyright n'a pas qualité pour exercer ce recours parce qu'elle n'est pas titulaire du droit d'auteur sur les œuvres en question et qu'elle n'est ni titulaire d'une licence exclusive ni cessionnaire. Même si cette conclusion disposait du litige entre les parties, la cour a poursuivi en examinant le bien-fondé de l'appel de l'Université portant sur la demande reconventionnelle relative à l'utilisation équitable. Elle a conclu que l'Université ne pouvait établir que toutes les reproductions relevant de ses Lignes directrices constituaient une utilisation équitable et elle a donc refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité (2020 CAF 77).

[19] For the following reasons, I agree with the Federal Court of Appeal that the tariff is not enforceable against York University. But I would not grant York’s requested Declaration, nor endorse the fair dealing analysis conducted by the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

Analysis

[20] The question on Access Copyright’s appeal is whether s. 68.2(1) of the *Copyright Act* empowers Access Copyright to enforce royalty payments set out in a Copyright Board approved tariff against a user who chooses not to be bound by a licence on the approved terms. More specifically, the issue is whether Access Copyright can extract from York the royalties set out in the interim tariff despite the fact that York chose not to be bound by a licence. While this appeal only concerns the interim tariff, it is common ground that the effect of an interim tariff and a final tariff is the same.

[21] As a collective society that administers a licensing scheme in respect of reproduction rights applicable to its repertoire of published works, Access Copyright operates within the *Act*’s regime for “Collective Administration in Relation to Rights under Sections 3, 15, 18 and 21”, known as the “general regime” (ss. 70.1 to 70.6).

[22] Pursuant to s. 70.12, a collective society operating in the general regime may, “for the purpose of setting out by licence the royalties and terms and conditions relating to classes of uses”, either (a) file a proposed tariff with the Board or (b) enter into agreements with users. A collective society that chooses to file a proposed tariff does so under s. 70.13, which permits it to “file with the Board a proposed tariff . . . of royalties to be collected by the collective society for issuing licences”. In this case, Access Copyright filed a proposed tariff with the Board setting out the royalties it proposed to collect

[19] Pour les motifs qui suivent, je suis d’accord avec la Cour d’appel fédérale pour dire que le tarif n’est pas opposable à l’Université. Je n’accorderais cependant pas le jugement déclaratoire demandé par l’Université, et je ne souscris pas non plus à l’analyse de l’utilisation équitable menée par la Cour fédérale et par la Cour d’appel fédérale.

Analyse

[20] La question que soulève le pourvoi d’Access Copyright est celle de savoir si le par. 68.2(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* l’habilite à percevoir les redevances prévues par un tarif homologué par la Commission du droit d’auteur auprès de l’utilisateur qui choisit de ne pas être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. Plus précisément, la question à trancher est celle de savoir si Access Copyright peut percevoir de l’Université les redevances prévues par le tarif provisoire, même si l’Université a choisi de ne pas être liée par une licence. Bien que le présent pourvoi ne concerne que le tarif provisoire, il est acquis aux débats qu’un tarif provisoire et un tarif définitif ont le même effet.

[21] En tant que société de gestion chargée d’administrer un régime d’octroi de licences portant sur les droits de reproduction applicables à son répertoire d’œuvres publiées, Access Copyright exerce ses activités dans le cadre du régime prévu par la *Loi* pour la « gestion collective relative aux droits visés aux articles 3, 15, 18 et 21 », mieux connu sous le nom de « régime général » (art. 70.1 à 70.6).

[22] En vertu de l’art. 70.12, la société de gestion assujettie au régime général peut, « en vue d’établir par licence les redevances à verser et les modalités à respecter relativement aux catégories d’utilisation », a) soit déposer auprès de la Commission un projet de tarif, b) soit conclure des ententes avec les utilisateurs. La société de gestion qui choisit de déposer un projet de tarif le fait conformément à l’art. 70.13, qui lui permet de « déposer auprès de la Commission [. . .] un projet de tarif [. . .] des redevances à percevoir pour l’octroi de licences ». Dans le cas qui nous occupe, Access Copyright a

for issuing reproduction licences to post-secondary educational institutions.

[23] When a collective society files a proposed tariff with the Board, s. 70.15(1) requires the Board to “certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to any objections to the tariffs”. Here, the Board approved an interim tariff in response to Access Copyright’s proposal.

[24] The Board’s power to modify and approve a collective society’s proposed tariff is one of three sources of the Board’s supervisory and price-setting authority over a collective society’s royalties in the general regime. The Board may also fix royalties when a collective society and individual user are unable to agree on terms and one party applies to the Board (ss. 70.2 to 70.4), or alter royalties if the parties make an agreement without Board intervention that is then filed with the Board (ss. 70.5 to 70.6).

[25] Once a tariff is approved under s. 70.15(1), the resulting legal consequences are established by ss. 70.15(2) and 70.17.

[26] Section 70.15(2) says that s. 68.2(1), which is found in the *Act*’s separate regime for the collective administration of performing rights and communication rights, applies “with such modifications as the circumstances require”:

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

[27] Of related relevance is s. 70.17, which states:

déposé auprès de la Commission un projet de tarif dans lequel elle énonçait les redevances qu’elle proposait de percevoir pour octroyer des licences de reproduction à des établissements d’enseignement postsecondaire.

[23] Lorsqu’une société de gestion dépose un projet de tarif auprès de la Commission, le par. 70.15(1) oblige celle-ci à « homologue[r] les projets de tarifs après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu’elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions ». En l’espèce, la Commission a homologué le tarif provisoire déposé par Access Copyright.

[24] Le pouvoir de la Commission de modifier et d’homologuer un projet de tarif déposé par une société de gestion est l’une des trois sources des pouvoirs qu’elle possède pour contrôler et fixer les redevances des sociétés de gestion dans le cadre du régime général. La Commission peut également fixer des redevances lorsque la société de gestion et l’utilisateur individuel n’arrivent pas à s’entendre sur les modalités et que l’une ou l’autre lui demande de les fixer (art. 70.2 à 70.4). Elle peut aussi modifier les redevances si les parties concluent, sans son intervention, une entente qui est par la suite déposée auprès de la Commission (art. 70.5 à 70.6).

[25] Les conséquences juridiques de l’homologation d’un tarif en vertu du par. 70.15(1) sont précisées au par. 70.15(2) et à l’art. 70.17.

[26] Le paragraphe 70.15(2) précise que le par. 68.2(1), qui fait partie du régime distinct de la *Loi* relatif à la gestion collective du droit d’exécution et de communication, s’applique « avec les adaptations nécessaires » :

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

[27] L’article 70.17 est d’un intérêt connexe. Il dispose :

70.17 Subject to section 70.19, no proceedings may be brought for the infringement of a right referred to in section 3, 15, 18 or 21 against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff.

[28] The issue in this case is one of statutory interpretation, which, as this Court has repeatedly said, is an exercise in discerning legislative intent by looking at the grammatical and ordinary meaning of the text in the context of the statute's scheme and objectives.

[29] Access Copyright argues that s. 68.2(1), incorporated by reference in s. 70.15(2), means that any person who makes an otherwise unauthorized use of a work captured by an approved tariff is liable to be sued for royalties, regardless of whether the user agrees to be bound by a licence on the approved terms. This is known as the "mandatory tariff" theory. In this case, that means that any use of a work in Access Copyright's repertoire that was not separately licensed or authorized by fair dealing would trigger York's liability to pay the full annual blanket rate of \$3.38 per full-time equivalent student (and by extension the substantially higher rates approved under the final tariffs), in addition to the per-page rate applicable to course pack copies. A single unauthorized use would result in liability to pay six figure annual fees under the interim tariff, and over one million dollars per year under the 2011-2014 final tariff.

[30] York rejects the mandatory tariff theory. In its view, s. 68.2(1) only grants a collective society the right to collect defaulted payments from a user who has agreed to be bound by a licence on the approved terms. A collective society is required to provide licences pursuant to the terms of an approved tariff, since s. 70.17 immunizes a person who pays or offers to pay the royalties from an infringement action. But the licence cannot be forced on a user. A user is entitled to obtain its rights through other means and, if

70.17 Sous réserve de l'article 70.19, il ne peut être intenté aucun recours pour violation d'un droit prévu aux articles 3, 15, 18 ou 21 contre quiconque a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

[28] La question en litige en l'espèce est une question d'interprétation législative qui, comme notre Cour l'a répété à maintes reprises, nous oblige à cerner l'intention du législateur en tenant compte du sens grammatical et ordinaire du texte ainsi que de l'économie et de l'objet de la loi.

[29] Access Copyright fait valoir qu'il ressort du par. 68.2(1), incorporé par renvoi au par. 70.15(2), que quiconque fait une utilisation par ailleurs non autorisée d'une œuvre visée par un tarif homologué est passible de poursuites en recouvrement de redevances, et ce, peu importe que cet utilisateur ait accepté ou non d'être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. C'est ce qu'on appelle la théorie du « tarif obligatoire ». En l'espèce, il s'ensuit que toute utilisation par l'Université d'une œuvre figurant au répertoire d'Access Copyright qui n'a pas fait l'objet d'une licence distincte ou qui n'a pas été autorisée au titre de l'exception relative à l'utilisation équitable obligerait l'Université à payer intégralement le taux fixe annuel de 3,38 \$ par étudiant équivalent temps plein — et, par extension, les tarifs considérablement plus élevés homologués aux termes des tarifs définitifs — en plus du tarif à la page applicable aux copies de recueils de cours. Une seule utilisation non autorisée obligerait donc l'Université à payer des redevances annuelles se chiffrant à des centaines de milliers de dollars selon le tarif provisoire et à plus d'un million de dollars par année aux termes du tarif définitif pour la période de 2011 à 2014.

[30] L'Université rejette la théorie du tarif obligatoire. À son avis, le par. 68.2(1) n'accorde à la société de gestion que le droit de percevoir les redevances en souffrance de l'utilisateur qui a accepté d'être lié par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué. La société de gestion est tenue d'octroyer des licences conformément aux modalités du tarif homologué, puisque l'art. 70.17 protège contre toute action en violation la personne qui a payé ou offert de payer les redevances figurant au tarif homologué.

the user makes an unauthorized use, the appropriate remedy is an action for infringement (see generally Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151 (“Spectre I”), and Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II” (2015), 28 *I.P.J.* 39 (“Spectre II”). While Access Copyright’s inability to initiate infringement actions in respect of its repertoire may cause it difficulties, this is the consequence of its freely chosen contractual arrangements with its members. Section 68.2(1) does not provide a collective infringement remedy. I agree.

[31] The analysis starts with the text of s. 68.2(1). The provision is silent on who the collective society may collect royalties from and on what conditions. Access Copyright argues nonetheless that its “plain meaning” is that a Board approved tariff is mandatory. Access Copyright reads words into the provision, positing that a collective society may sue for unpaid royalties against a user who makes a use of a work within the society’s repertoire when the use is not separately licensed or exempted by fair dealing, conditions that are found nowhere in the text of the *Act*.

[32] Where Parliament sees fit to create a mandatory duty to pay, it does so with “clear and distinct legal authority showing that this was Parliament’s intent” (*Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 107, per Rothstein J.). Under s. 19, for example, a performer is “entitled . . . to be paid equitable remuneration” and a user is “liable to pay royalties”. Under s. 81, eligible authors, performers and makers have a “right to receive remuneration” from manufacturers and importers of blank media, and s. 82(1) prescribes a corresponding duty to pay, stating that manufacturers

On ne peut toutefois pas contraindre un utilisateur à accepter une licence. L’utilisateur est libre d’obtenir ses droits par d’autres moyens et, s’il fait une utilisation non autorisée, le recours qui peut être exercé contre lui est une action en violation (voir, de façon générale, Ariel Katz, « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I » (2015), 27 *I.P.J.* 151 (« Spectre I »), et Ariel Katz, « Spectre : Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II » (2015), 28 *I.P.J.* 39 (« Spectre II »)). Bien que l’incapacité d’Access Copyright à intenter une action en violation du droit d’auteur relatif à des œuvres inscrites à son répertoire puisse lui causer des difficultés, c’est la conséquence de l’entente contractuelle qu’elle a librement choisi de conclure avec ses membres. Le paragraphe 68.2(1) ne permet pas à une société de gestion d’exercer un recours en cas de violation du droit d’auteur. Je suis d’accord.

[31] L’analyse commence par l’examen du libellé du par. 68.2(1). Cette disposition ne précise pas auprès de qui la société de gestion peut percevoir les redevances et à quelles conditions. Access Copyright soutient néanmoins que, selon le « sens ordinaire » de cette disposition, le tarif homologué par la Commission a un caractère obligatoire. Access Copyright interpole dans cette disposition des mots qui ne s’y trouvent pas, en postulant qu’une société de gestion peut ester en justice en vue de percevoir les redevances impayées auprès de l’utilisateur qui utilise une œuvre figurant à son répertoire lorsque cette utilisation ne fait pas l’objet d’une licence distincte ou n’est pas exemptée de paiement en raison de l’exception relative à l’utilisation équitable, des conditions que l’on ne retrouve nulle part dans la *Loi*.

[32] Lorsque le législateur juge bon de créer une obligation impérative de payer, il le fait en conférant « un pouvoir clair et distinct démontrant que c’était là [son] intention » (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 107, le juge Rothstein). Selon l’art. 19, par exemple, l’artiste-interprète a « droit à une rémunération équitable » et l’utilisateur « doit verser des redevances ». Aux termes de l’art. 81, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont « droit [. . .] à une rémunération » de la part du fabricant ou de l’importateur de supports audio vierges, et le par. 82(1) prescrit une

and importers are “liable . . . to pay a levy to the collecting body”. There is no such language creating a duty to pay approved royalties to a collective society that operates a licensing scheme anywhere in the *Act*.

[33] Turning to the legislative context, the combined effect of ss. 68.2(1) and 70.17 creates a dichotomy between users who choose to be licensed pursuant to the terms of a Board approved tariff, and those who choose not to acquire a licence but may be liable for damages for infringement.

[34] Copyright infringement constitutes an unauthorized exercise of the owner’s exclusive right (s. 27), and a licence constitutes an authorization to make a particular use that would otherwise be infringing (Elizabeth F. Judge and Daniel J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd ed. 2011), at p. 146; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at para. 49, per Iacobucci J.). It is therefore “elementary” that a person cannot simultaneously be an infringer and a licensee (*Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. v. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] Ex. C.R. 244, at p. 254). In the context of the provisions at issue in this case, a person who has paid or offered to pay the royalties under s. 70.17 has become a licensee and may be liable for defaulted payments under s. 68.2(1). A person who has not paid or offered to pay is not licensed and may be liable for infringement.

[35] Section 68.2(1) ensures that a collective society has a remedy for defaulted payments from voluntary licensees and that actions for recovery can be brought in Federal Court (see *Sandholm Holdings Ltd.*, at pp. 249-50).

obligation de paiement correspondante, en précisant que le fabricant et l’importateur sont tenus « de payer à l’organisme de perception une redevance ». Il n’y a nulle part dans la *Loi* de dispositions semblables imposant l’obligation de payer des redevances homologuées à une société de gestion qui gère un régime de licences.

[33] En ce qui concerne le contexte législatif, il résulte de l’effet combiné du par. 68.2(1) et de l’art. 70.17 qu’il existe une dichotomie entre les utilisateurs qui choisissent d’obtenir une licence conformément aux modalités d’un tarif homologué par la Commission et ceux qui choisissent de ne pas obtenir de licence, mais qui peuvent être passibles de dommages-intérêts pour violation du droit d’auteur.

[34] La violation du droit d’auteur constitue un exercice non autorisé du droit exclusif du titulaire (art. 27), et une licence constitue une autorisation de se livrer à une utilisation en particulier qui, sans la licence, constituerait une violation (Elizabeth F. Judge et Daniel J. Gervais, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2^e éd. 2011), p. 146; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 49, le juge Iacobucci). Il est donc [TRADUCTION] « élémentaire » qu’une personne ne peut pas être à la fois l’auteur d’une violation d’un droit d’auteur et titulaire d’une licence (*Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. c. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] R.C. de l’É. 244, p. 254). Dans le contexte des dispositions en litige en l’espèce, la personne qui a payé ou qui a offert de payer les redevances conformément à l’art. 70.17 est devenue titulaire d’une licence et peut être tenue responsable des paiements en souffrance en application du par. 68.2(1). La personne qui n’a pas payé ou offert de payer les redevances n’est pas titulaire d’une licence et peut être poursuivie pour violation du droit d’auteur.

[35] Le paragraphe 68.2(1) garantit qu’une société de gestion dispose d’un recours en cas de défaut de paiement de la part des titulaires de licences volontaires et que des mesures de recouvrement peuvent être prises en s’adressant à la Cour fédérale (voir *Sandholm Holdings Ltd.*, p. 249-250).

[36] This Court's decision in *SODRAC* provides direct support for this interpretation of ss. 68.2(1) and 70.17. *SODRAC* involved the effect of ss. 70.2 to 70.4 of the *Act*, which apply when a collective society and a specific individual user are unable to agree on licensing royalties. Either party may apply to the Board (s. 70.2(1)), and the Board "may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence" (s. 70.2(2)). Unlike a general tariff proposed under s. 70.13 and approved under s. 70.15, the Board's royalty fixing role in this context is limited to the specific parties before it. If the Board fixes royalties, then s. 70.4 sets out the legal consequences:

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

[37] Interpreting s. 70.4, Rothstein J. held that royalties fixed by the Board pursuant to s. 70.2 are not binding on the user. The Board does not have the "power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed" (*SODRAC*, at para. 108). A user who does not accept a licence but engages in a protected use "will remain liable for infringement" (*ibid.*).

[38] In reaching this conclusion, Rothstein J. observed that the text of s. 70.4 is permissive, showing that "a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding" (para. 106 (emphasis in original)). Section 68.2(1) does not itself specify

[36] L'arrêt *SODRAC* de notre Cour appuie nettement cette interprétation du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17. Cette affaire portait sur l'effet des art. 70.2 à 70.4 de la *Loi*, qui s'appliquent lorsque la société de gestion et un utilisateur individuel ne peuvent s'entendre sur les redevances. La société de gestion ou l'utilisateur peut s'adresser à la Commission (par. 70.2(1)), qui peut « fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence » (par. 70.2(2)). Contrairement à ce que prévoit le tarif général proposé en vertu de l'art. 70.13 et homologué en vertu de l'art. 70.15, le rôle que joue la Commission en matière de fixation de redevances se limite dans ce contexte aux parties qui sont devant elle. L'article 70.4 précise les conséquences juridiques de la fixation des redevances par la Commission :

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

[37] Le juge Rothstein, qui interprétait l'art. 70.4, a conclu que les redevances fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 ne liaient pas l'utilisateur. La Commission n'a pas le pouvoir « de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence » (*SODRAC*, par. 108). L'utilisateur qui n'accepte pas d'être lié par licence, mais qui effectue des copies non autorisées « demeure[e] responsable de la violation » (*ibid.*).

[38] Pour en arriver à cette conclusion, le juge Rothstein a fait observer que le libellé de l'art. 70.4 était facultatif, ce qui démontrait que « l'utilisateur dont la confection de copies a fait l'objet d'une instance fondée sur l'art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l'autorisation d'accomplir l'activité envisagée dans le cadre de l'instance qui se déroule devant la

that a user “may” avail itself of the tariff terms. But read alongside s. 70.17, the combined effect creates the same voluntary trigger for acquiring a licence. Under s. 70.17 a user can acquire a licence and immunize themselves from infringement proceedings if they have “paid or offered to pay the royalties”. This is identical to s. 70.4, where a user “may . . . subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme *and on paying or offering to pay the royalties*, do the act”. Paying or offering to pay is a permissive act triggering licence acquisition in both cases.

[39] As matter of legislative coherence, it would be incongruous if royalties fixed in the context of licence negotiations between a collective society and a specific user were voluntary, but those set in a general tariff were mandatory.

[40] Access Copyright argued in the alternative that pursuant to s. 68.2(1) Board approved royalties operate as a remedy for infringement against a user who has not accepted a licence. But there is nothing in the legislation to suggest that Parliament intended that Board approved tariffs operate as pre-determined infringement damages. Parliament is well aware of how to create a statutory damages scheme. It did so in s. 38.1, which was enacted in 1997 at the same time as key collective administration amendments. Section 68.2(1) could not have been meant to silently create a second statutory damages scheme, where “amounts are predetermined by the Board, and then imposed without regard to the actual circumstances of the case and without any proportionality to either the user’s behaviour or copyright owners’ actual damage” (“Spectre II”, at p. 58).

Commission » (par. 106 (en italique dans l’original)). Le paragraphe 68.2(1) ne dit pas explicitement que l’utilisateur « peut » se prévaloir des modalités du tarif. Toutefois, il résulte de la lecture combinée de cette disposition et de l’art. 70.17 que l’utilisateur est pareillement incité à acquérir une licence de son plein gré. Aux termes de l’art. 70.17, l’utilisateur peut acquérir une licence et se protéger contre toute poursuite pour violation du droit d’auteur dès lors qu’il a « payé ou offert de payer les redevances ». Cette disposition est identique à l’art. 70.4, qui prévoit que l’utilisateur « peut [. . .] accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixées, *moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances* et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission ». Le paiement ou l’offre de paiement découle d’une décision facultative donnant lieu à l’acquisition de la licence dans les deux cas.

[39] Pour des raisons de cohérence législative, il serait incongru que les redevances fixées dans le cadre des négociations de licences entre une société de gestion et un utilisateur spécifique soient volontaires, mais que celles fixées dans un tarif général soient obligatoires.

[40] Access Copyright a fait valoir, à titre subsidiaire, que, selon le par. 68.2(1), les redevances homologuées par la Commission ouvrent droit à un recours pour violation contre l’utilisateur qui n’a pas accepté de licence. Or, rien dans la *Loi* ne permet de penser que le législateur souhaitait que les tarifs homologués par la Commission soient assimilés à des dommages-intérêts préétablis en cas de violation. Le législateur sait parfaitement comment créer un régime légal lorsqu’il souhaite prévoir des dommages-intérêts préétablis. C’est ce qu’il a fait à l’art. 38.1, qui a été adopté en 1997 en même temps que les principales modifications apportées au régime de gestion collective. Le paragraphe 68.2(1) ne pouvait avoir pour but de créer tacitement un second régime de dommages-intérêts préétablis qui prévoirait que [TRADUCTION] « les montants sont prédéterminés par la Commission, puis imposés sans tenir compte des circonstances réelles de l’affaire et sans aucune proportionnalité avec le comportement de l’utilisateur ou les dommages réellement subis par le titulaire du droit d’auteur » (« Spectre II », p. 58).

[41] Access Copyright also identifies various provisions throughout the *Act* which it says support the mandatory tariff theory and are inconsistent with the voluntary tariff theory. It observes that s. 70.12 creates a distinction between royalties set out in a tariff (s. 70.12(a)) and those reached by agreement (s. 70.12(b)), and argues that this means royalties set out in a tariff must be binding without an agreement. But nothing about the possibility of the parties reaching a mutual agreement in subs. (b) suggests that the licence terms fixed by the Board in response to a proposed tariff under subs. (a) must be mandatory on users. Section 70.12 simply offers collective societies in the general regime a degree of flexibility that does not exist in the performing rights regime, where collective societies are required to file proposed tariffs.

[42] It also argues that s. 70.191, which says that an approved tariff “does not apply where there is an agreement between a collective society and a person authorized to do an act”, supports the mandatory tariff theory. If tariffs are optional, Access Copyright says, there would be no need to provide that a tariff does not apply when there is an agreement, because the user could simply “opt out” of the tariff. But this overlooks the purpose of s. 70.191, which is to prevent both a collective and a user from abandoning an agreement after a tariff is approved. This is consistent with the voluntary tariff theory. A user is free to choose whether or not to accept a licence, but a tariff does not permit a user to abandon its agreements.

[43] Finally, Access Copyright isolates ss. 38.2, 30.02 and 30.3, which provide certain benefits to educational institutions and are tied to the existence of an approved tariff, and argues that these benefits would not exist if the tariff were optional.

[44] But none of these provisions provide support for the mandatory tariff theory. Section 38.2 says that

[41] Access Copyright cite également diverses dispositions de la *Loi* qui, à son avis, appuient la théorie du tarif obligatoire et sont incompatibles avec la théorie du tarif volontaire. Elle fait observer que l’art. 70.12 établit une distinction entre les redevances énoncées dans un tarif (al. 70.12a)) et celles faisant l’objet d’une entente (al. 70.12b)), et elle affirme qu’il s’ensuit que les redevances prévues par un tarif doivent être contraignantes à défaut d’entente. Mais le fait qu’il est possible pour les parties de s’entendre conformément à l’al. b) ne permet d’aucune façon de penser que les modalités de la licence fixées par la Commission en réponse à un projet de tarif déposé en vertu de l’al. a) devraient être obligatoires pour les utilisateurs. L’article 70.12 offre simplement aux sociétés de gestion assujetties au régime général une certaine souplesse que ne leur offre pas le régime des droits d’exécution, lequel les oblige à déposer des projets de tarifs.

[42] Access Copyright plaide également que l’art. 70.191, qui prévoit que le tarif homologué « ne s’applique pas en cas de conclusion d’une entente entre une société de gestion et une personne autorisée à accomplir [un] act[e] », appuie la théorie du tarif obligatoire. Elle affirme que, si les tarifs étaient facultatifs, il ne serait pas nécessaire de préciser que le tarif ne s’applique pas en cas de conclusion d’une entente, parce que l’utilisateur pourrait simplement [TRADUCTION] « se soustraire » au tarif. Cela ne tient toutefois pas compte de l’objet de l’art. 70.191, qui est d’empêcher tant la société de gestion que l’utilisateur de se soustraire à une entente une fois que le tarif a été homologué, ce qui concorde avec la théorie du tarif volontaire. L’utilisateur est libre de choisir d’accepter ou non une licence, mais un tarif ne lui permet pas de se soustraire à l’entente qu’il a conclue.

[43] Enfin, Access Copyright isole les art. 38.2, 30.02 et 30.3, qui accordent certains avantages aux établissements d’enseignement et qui dépendent de l’existence d’un tarif homologué, et elle fait valoir que ces avantages n’existeraient pas si les tarifs étaient facultatifs.

[44] Or, aucune de ces dispositions n’appuie la théorie du tarif obligatoire. L’article 38.2 prévoit

a copyright owner who has not authorized a collective society to authorize reprographic reproduction of the owner's work may recover, in proceedings against an educational institution, a maximum of the royalties that would have been payable under any agreement entered into with the collective society or a tariff certified by the Board under s. 70.15. This provision puts a cap on the damages an owner can recover against an educational institution in respect of reprographic rights. It is premised on the assumption that the Board will set fair and equitable royalties, but it does not suggest that such royalties are mandatory.

[45] Section 30.02 exempts educational institutions from infringement in respect of digital reproduction of works, but this benefit is contingent on the acceptance of a licence. It applies only if the educational institution “has a reprographic reproduction licence under which the institution is authorized to make reprographic reproductions of works in a collective society's repertoire”. Accordingly, it does not support Access Copyright's argument.

[46] Section 30.3(1) says that an educational institution does not infringe copyright when copies are made using a self-service photocopier installed by the institution, provided that a notice warning of copyright infringement is posted. This exemption applies if at least one triggering condition is met, including that “a tariff has been approved in accordance with section 70.15” (s. 30.3(2)(c)) or “a collective society has filed a proposed tariff in accordance with section 70.13” (s. 30.3(2)(d)). York argues that s. 30.3, properly interpreted, means that the educational institution can only take advantage of the exemption if it has in fact accepted a licence under an approved or proposed tariff. In my view, it is neither necessary nor prudent to come to a firm conclusion about the proper interpretation of s. 30.3 in this case. It is enough to observe that the provision does not generate by inference the “clear and distinct legal authority” required to impose the burdens of

que le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre qui n'a pas habilité une société de gestion à en autoriser la reproduction par reprographie ne peut, dans le cas où il poursuit un établissement d'enseignement, recouvrer un montant supérieur à celui qui aurait été payable à la société de gestion aux termes de l'entente conclue avec cette dernière ou selon le tarif homologué par la Commission en vertu de l'art. 70.15. Cette disposition fixe une limite aux dommages-intérêts que le titulaire du droit d'auteur peut recouvrer de l'établissement d'enseignement au titre des droits de reprographie. Elle repose sur l'hypothèse que la Commission fixera des redevances justes et équitables, mais elle ne laisse pas entendre que ces redevances sont obligatoires.

[45] Selon l'art. 30.02, ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour un établissement d'enseignement, de reproduire numériquement des œuvres. L'établissement d'enseignement ne peut toutefois se prévaloir de cette exception que s'il a accepté une licence. Cette exception ne s'applique que si l'établissement d'enseignement « est titulaire d'une licence l'autorisant à reproduire par reprographie à des fins pédagogiques des œuvres faisant partie du répertoire d'une société de gestion ». L'article 30.02 n'appuie donc pas l'argument d'Access Copyright.

[46] Le paragraphe 30.3(1) prévoit qu'un établissement d'enseignement ne viole pas le droit d'auteur lorsque des copies sont faites à l'aide d'un photocopieur en libre-service installé par l'établissement, à condition que soit affiché un avis relatif à la violation du droit d'auteur. Cette exception s'applique si au moins une des conditions y donnant ouverture est remplie, notamment s'« il existe déjà un tarif pertinent homologué en vertu de l'article 70.15 » (al. 30.3(2)c)) ou si « une société de gestion a déposé, conformément à l'article 70.13, un projet de tarif » (al. 30.3(2)d)). L'Université affirme que, si on l'interprète correctement, l'art. 30.3 signifie que l'établissement d'enseignement ne peut se prévaloir de cette exception que s'il a effectivement accepté une licence en vertu d'un tarif homologué ou d'un projet de tarif. À mon avis, il n'est ni nécessaire ni prudent de tirer en l'espèce une conclusion ferme sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 30.3.

a licence on a non-consenting user (*SODRAC*, at para. 107).

Il suffit de signaler que cette disposition ne confère pas par inférence l'« autorité légale claire et distincte » qui permettrait d'imposer le fardeau d'une licence à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités (*SODRAC*, par. 107).

[47] Turning to legislative purpose, the objects of the statutory scheme governing collective administration are best understood in their historical context.

[47] En ce qui concerne l'objet de la *Loi*, la meilleure façon de comprendre les objectifs du régime législatif qui s'applique à la gestion collective est de les situer dans leur contexte historique.

[48] The story of collective administration of copyright in Canada begins in the early 20th century. Canada's first domestic copyright legislation was the *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, which followed the British *Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. The 1921 *Act* did not provide for the collective administration of copyright. The first regime regulating any form of collective society in Canada was created in the 1930s in response to the emergence of early performing rights societies, who had acquired control of the vast majority of popular musical and dramatico-musical compositions and were therefore able to exercise monopolistic power (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348 (“*Vigneux (1943)*”), at p. 352, per Duff C.J., dissenting, but not on this point; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.)).

[48] L'histoire de la gestion collective du droit d'auteur au Canada coïncide avec le début du XX^e siècle. La première loi canadienne sur le droit d'auteur, la *Loi de 1921 concernant le droit d'auteur*, S.C. 1921, c. 24, faisait suite à une loi britannique, la *Copyright Act, 1911* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. La *Loi* de 1921 ne prévoyait pas la gestion collective du droit d'auteur. Le premier régime ayant encadré une certaine forme de société de gestion au Canada remonte aux années 1930 et a été créé en réponse à l'émergence des premières sociétés de droits d'exécution, qui s'étaient emparées du contrôle de la grande majorité des compositions musicales et dramatico-musicales populaires et qui étaient donc en mesure d'exercer un monopole (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348 (« *Vigneux (1943)* »), p. 352, le juge en chef Duff, dissident, mais pas sur ce point; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (C.P.)).

[49] In the *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Activities of the Canadian Performing Rights Society, Limited, and Similar Societies* (1935) (“*Parker Report*”), Judge James Parker recognized that these societies had benefits for copyright owners and users, but regulation was necessary:

[49] Dans le *Rapport de la Commission Royale chargée d'examiner les affaires de la Canadian Performing Rights Society, Limited et autres sociétés du même genre* (1935) (« *Rapport Parker* »), le juge James Parker reconnaissait que ces sociétés offraient certains avantages aux titulaires de droits d'auteur et aux utilisateurs, mais qu'une réglementation était nécessaire :

Competition no longer exists. A monopoly, or super-monopoly, has arisen. No one quarrels with the author, composer and publisher pooling their rights and placing them in a central bureau for the purpose of collecting a fair fee for the same and of preventing infringement thereof. It is an inevitable monopoly existing for the convenience

La concurrence n'existe plus. Un monopole, ou super-monopole, a pris naissance. Personne ne nie à l'auteur, au compositeur et à l'éditeur le droit de mettre leurs droits en commun et d'en confier la perception à une agence centralisée, afin d'obtenir de leurs œuvres une rétribution juste et raisonnable et d'empêcher la contrefaçon. C'est

of the owner and the user; but it should not be exercised arbitrarily and without restraint. [p. 19]

[50] When the *Parker Report* was published, Parliament had already made amendments requiring performing rights societies to file with the Minister at the Copyright Office lists of works within their repertoire and statements of proposed licence royalties, and permitting the Minister to conduct an investigation and revise royalties that were contrary to the public interest (see *The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8, and *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1935, c. 18). Judge Parker recommended further amendments, including the creation of a tribunal to approve tariffs. His rationale was as follows:

The position now is that the Society, having a monopoly of the performing rights in copyright music, has also the right to impose whatever fees it chooses. Where other monopolies have existed, it has been found necessary to have some independent body analyse and pass on the tariffs of fees that may be charged, e.g. freight rates, express rates, telephone rates, etc. If the Society can continue to dictate its own terms, and pursue a policy of greatly increasing those terms, then finally the community will be prevented from listening to its music. [p. 49]

[51] Parliament adopted Judge Parker's recommendations in *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1936, c. 28. Following these amendments, the Copyright Appeal Board was required to approve a performing rights society's proposed statement of royalties with any necessary modifications. Sections 10B(8) and 10B(9) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1927, c. 32, set out the effect of an approved statement. These provisions are the earliest predecessors to ss. 68.2(1) and 70.17 respectively:

(8) The statements of fees, charges or royalties so certified as approved by the Copyright Appeal Board shall be the fees, charges or royalties which the society, association or company concerned may respectively lawfully sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences

un monopole inévitable, utile à l'auteur comme à l'utilisateur. Mais ce monopole ne doit pas être exercé arbitrairement et sans frein. [p. 19]

[50] Lorsque le *Rapport Parker* a été publié, le législateur avait déjà effectué certaines modifications, d'une part, pour obliger les sociétés de droits d'exécution à déposer auprès du ministre, au Bureau du droit d'auteur, des listes d'œuvres faisant partie de leur répertoire et des états de redevances proposées et, d'autre part, pour permettre au ministre d'effectuer des contrôles et de réviser les redevances contraires à l'intérêt public (voir la *Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1931, c. 8, et la *Loi modifiant la Loi modificatrice du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1935, c. 18). Le juge Parker a recommandé d'autres modifications, notamment la création d'un tribunal administratif chargé d'homologuer les tarifs. Son raisonnement était le suivant :

La Société a actuellement le monopole du droit d'exécution de la musique protégée par des copyrights, et il lui est loisible d'imposer les tarifs qu'elle juge à propos. Lorsqu'il s'est agi d'autres monopoles, on a jugé nécessaire de créer un corps indépendant pour examiner et approuver les redevances qu'ils pouvaient exiger, c'est-à-dire les taux de transport, messageries, téléphone, etc. Si la Société est libre d'imposer ses propres prix et [de] les majorer de façon excessive, le public sera empêché d'entendre sa musique. [p. 50]

[51] Le législateur a adopté les recommandations du juge Parker dans la *Loi modifiant la Loi modificative du droit d'auteur, 1931*, S.C. 1936, c. 28. À la suite de ces modifications, le Tribunal d'appel du Droit d'auteur était tenu d'homologuer l'état des redevances proposées par une société de droits d'exécution en y apportant toutes les modifications nécessaires. Les paragraphes 10B(8) et 10B(9) de la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1927, c. 32, précisaient les conséquences de l'homologation d'un état. Ces dispositions sont les plus anciennes versions du par. 68.2(1) et de l'art. 70.17 respectivement :

(8) Les états des honoraires, redevances ou tantièmes ainsi certifiés comme homologués par le Tribunal d'appel du Droit d'auteur seront les honoraires, redevances ou tantièmes que l'association, société ou compagnie intéressée pourra réclamer ou percevoir légalement en paiement des

for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year in respect of which the statements were filed as aforesaid.

(9) No such society, association or company shall have any right of action or any right to enforce any civil or summary remedy for infringement of the performing right in any dramatico-musical or musical work claimed by any such society, association or company against any person who has tendered or paid to such society, association or company the fees, charges or royalties which have been approved as aforesaid.

[52] The cases interpreting these provisions and their subsequent iterations held that an approved statement of royalties put a cap on what the societies could charge for a licence but did not bind an unwilling user to the terms of a licence. The regime qualified the rights of the societies by vesting a “statutory license” in favour of “everybody who pays or tenders” the approved fee (*Vigneux (1943)*, at p. 353, per Duff C.J.; see also p. 364, per Rinfret J.). Users were entitled to choose whether or not to accept a licence on the Board-approved terms (*Maple Leaf Broadcasting Co. v. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624, at p. 630, per Cartwright J.).

[53] Strayer J. made the point most clearly in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D’Or (1981) Ltée* (1987), 16 F.T.R. 104. Users could choose to accept a licence, failing which they could be liable as an infringer:

It will be noted that [s. 50(9), which was equivalent to s. 10B(8) of the 1936 amendments] deals only with the enforcement of licences: the subsection refers to the amounts which the society

“may . . . sue for or collect *in respect of the issue or grant by it of licences* . . .”

licences qu’elle aura émises ou accordées pour l’exécution de toutes ses œuvres au Canada, ou de l’une quelconque d’entre elles, durant l’année civile suivante et en couverture desquelles les états auront été déposés comme susdit.

(9) Aucune pareille association, société ou compagnie n’aura le droit de poursuivre ou de demander l’application d’un recours civil ou sommaire contre la violation d’un droit d’exécution subsistant dans une œuvre dramatico-musicale ou musicale, réclamé par cette association, société ou compagnie contre quiconque aura payé ou offert de lui payer les honoraires, redevances ou tantièmes homologués comme susdit.

[52] Selon la jurisprudence portant sur l’interprétation de ces dispositions et de leurs moutures subséquentes, l’homologation d’un état des redevances avait pour effet de fixer le montant maximal que les sociétés pouvaient exiger pour une licence, sans pour autant lier l’utilisateur qui n’avait pas consenti à être lié par les modalités de la licence. Le régime restreignait les droits des sociétés en conférant une [TRADUCTION] « licence légale » en faveur de « quiconque aura payé ou offert de payer » les redevances homologuées (*Vigneux (1943)*, p. 353, le juge en chef Duff; voir également p. 364, le juge Rinfret). Les utilisateurs avaient le droit de choisir d’être liés ou non par une licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué par le Tribunal (*Maple Leaf Broadcasting Co. c. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] R.C.S. 624, p. 630, le juge Cartwright).

[53] Le juge Strayer est celui qui s’est exprimé le plus clairement sur ce point dans le jugement *Société de droits d’exécution du Canada Ltée c. Lion D’Or (1981) Ltée*, C.A.F., n° T-1615-86, 10 septembre 1987. Les utilisateurs pouvaient accepter la licence, à défaut de quoi ils pouvaient être tenus responsables de la violation du droit d’auteur :

On remarquera que [le par. 50(9), qui était équivalent au par. 10B(8) des modifications de 1936] traite uniquement de l’exécution des licences : le paragraphe mentionne les sommes que la société

peut réclamer ou percevoir *en paiement des licences qu’elle a émises ou accordées* . . .

I take this to mean that if a person performing these works refuses to take out a licence then s. 50(9) has no application. . . . If the society wishes to recover for use of the performing rights, it must then bring an action for infringement of copyright. [Emphasis in original, para. 9.]

[54] This was consistent with the purpose of the regime, enacted as Parliament became “aware of the necessity of regulating the exercise of the power acquired by” performing rights societies (*Vigneux (1943)*, at p. 352, per Duff C.J.). It would be discordant with this purpose to empower a society to foist a licence on an unwilling user.

[55] Until 1988, the *Copyright Act* only dealt with the collective administration of performing rights. It did not contain any provisions concerning other rights. A new regime, known now as the “general regime”, was created by amendments in 1988 and 1997 (*An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), formerly S.C. 1988, c. 15; *An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24). The heart of the debate about statutory purpose and the corresponding disagreement as to the correct interpretation of the relevant provisions turns on the 1988 and 1997 amendments.

[56] Prior to these amendments, the *Act* was subject to a number of studies and reports which found that technological change had made it easier for users to access information and harder for individual creators to control unauthorized reproduction. Expanding collective administration beyond performance rights was one proposed solution, as a 1984 *White Paper on Copyright* observed:

Organized exercise of copyright is needed for two major reasons:

- changing technological circumstances, which have greatly expanded opportunities for unauthorized reproduction and use of copyright-protected material;

Je comprends que cela veut dire que si une personne qui exécute ces œuvres refuse d’obtenir une licence, le paragraphe 50(9) ne s’applique pas. [. . .] Si la société désire recouvrer un paiement pour l’usage des droits d’exécution, elle doit intenter une action en violation de droit d’auteur. [En italique dans l’original; par. 9.]

[54] Ces propos allaient dans le sens de l’objet du régime qui avait été adopté après que le législateur a [TRADUCTION] « pris conscience de la nécessité d’encadrer l’exercice du pouvoir qu’ont acquis » les sociétés de droits d’exécution (*Vigneux (1943)*, p. 352, le juge en chef Duff). Il serait contraire à cet objet d’habiliter une société à imposer une licence à un utilisateur non consentant.

[55] Jusqu’en 1988, la *Loi sur le droit d’auteur* ne traitait que de la gestion collective des droits d’exécution. Elle ne contenait aucune disposition concernant d’autres droits. Un nouveau régime, maintenant connu sous le nom de « régime général », a été créé à la suite des modifications apportées à la *Loi* en 1988 et en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.R.C. 1985, c. 10 (4^e suppl.), anciennement L.C. 1988, c. 15; *Loi modifiant la Loi sur le droit d’auteur*, L.C. 1997, c. 24). Le cœur du débat sur l’objet de la *Loi* et le désaccord correspondant quant à l’interprétation qu’il convient de donner à ses dispositions pertinentes portent sur les modifications de 1988 et de 1997.

[56] Avant ces modifications, la *Loi* avait fait l’objet de plusieurs études et rapports qui avaient permis de constater que les changements technologiques avaient facilité l’accès des utilisateurs à l’information et rendu plus difficile pour les créateurs individuels le contrôle de la reproduction non autorisée. Parmi les solutions avancées, on a proposé d’étendre la portée de la gestion collective en ne la limitant plus aux droits d’exécution, comme en fait foi le *Livre blanc sur le droit d’auteur* de 1984 :

Deux faits militent en faveur de l’exercice collectif du droit d’auteur :

- le progrès technique a décuplé les possibilités de reproduction et d’utilisation illicites des œuvres protégées;

- the high costs of transactions, which may be so great as to make it impracticable for copyright owners to negotiate individually with users, such as in the case of photocopying, access to copyright material by educational users, or use of musical works by radio stations.

In those circumstances, it may be in the interest of all parties to provide cooperative mechanisms for the enforcement of rights and the collection of fees.

(Consumer and Corporate Affairs, *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act* (1984) (“1984 White Paper”), at pp. 61-62)

[57] Access Copyright’s core argument is that, unlike the user-protection purpose of the 1936 amendments, the 1988 and 1997 amendments expanding collective administration were meant to protect copyright owners and that Parliament intended to make approved tariffs binding in furtherance of this purpose. Owners would otherwise be required to enforce their copyrights against institutional copiers through individual infringement actions, an illusory protection.

[58] This argument, with respect, conflates two distinct statutory purposes: the purpose for expanding collective administration to rights beyond public performance; and the separate purpose for regulating the collective societies that emerged from the expanded regime. While Parliament expanded collective administration to protect copyright creators and owners, it simultaneously vested the Board with price-setting powers to protect users from the potentially unfair exertion of the new societies’ market power. The Board’s power to approve a collective society’s proposed tariff is a part of its regulatory price-setting role.

[59] It is undeniable that a significant reason for expanding the collective administration regime was to protect creators, who experienced difficulties

- le coût élevé des négociations individuelles avec les usagers ren[d] celles-ci impraticables, pensons aux photocopies, aux œuvres utilisées par les établissements d’enseignement et les stations radiophoniques.

Dans les circonstances, il peut être de l’intérêt de toutes les parties de se doter de mécanismes collectifs pour l’exercice des droits et la perception des redevances.

(Consommation et Corporations, *De Gutenberg à Télidon : Livre blanc sur le droit d’auteur : propositions en vue de la révision de la loi canadienne sur le droit d’auteur* (1984) (« *Livre blanc de 1984* »), p. 59)

[57] Access Copyright soutient essentiellement que, contrairement à l’objectif de protection de l’utilisateur visé par les modifications de 1936, celles de 1988 et de 1997 qui ont élargi la portée de la gestion collective avaient pour but de protéger les titulaires de droits d’auteur, et que le législateur avait l’intention de rendre obligatoires les tarifs homologués pour atteindre cet objectif. Sinon, les titulaires de droits d’auteur auraient été forcés d’opposer leurs droits d’auteur aux institutions effectuant des copies au moyen d’actions individuelles en violation du droit d’auteur, une protection illusoire.

[58] Avec égards, cet argument confond deux objectifs législatifs distincts : celui d’étendre la gestion collective à d’autres droits que les droits d’exécution publique et celui distinct d’encadrer les sociétés de gestion issues du régime élargi. Bien que le législateur ait étendu la portée du régime de gestion collective pour protéger les créateurs et les titulaires de droits d’auteur, il a simultanément investi la Commission de pouvoirs en matière de fixation des prix pour protéger les utilisateurs contre l’emprise sur le marché potentiellement abusive des nouvelles sociétés. Le pouvoir de la Commission d’homologuer le projet de tarif présenté par une société de gestion fait partie de son rôle réglementaire en matière de fixation des prix.

[59] Il est indéniable qu’une des principales raisons pour lesquelles le législateur a élargi la portée du régime de gestion collective était son souhait de

asserting their rights amidst technological change. They were interested in acting collectively but were concerned that without regulation and protection from prosecution for conspiracy, new collective societies would run into competition law problems (see, e.g., *1984 White Paper*, at pp. 62-63). As a result, Parliament amended the *Act* to sanction and govern collective administration for rights beyond public performance, making room for new collective societies to form as and when market forces demanded.

[60] This brought many benefits for copyright owners. By facilitating the users' ability to clear large numbers of copyrights through a single source and reducing transaction costs, collective societies made it easier to acquire rights and, as a corollary, for owners to be paid. As the Collective Societies Coalition intervening in this appeal noted, the "purpose of collective administration is to facilitate an efficient, functioning marketplace for the exchange of copyright-protected works" (see also *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, at para. 11, per Abella and Moldaver JJ.).

[61] Collective societies were also able more effectively to monitor the use of works within their repertoire and, in some cases, to assist copyright owners with infringement actions, as was the case when Access Copyright funded the litigation leading to this Court's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 ("Spectre I", at fn. 70). As the Federal Court of Appeal aptly observed in its reasons:

The assumption underlying Access Copyright's argument . . . is that effective enforcement requires mandatory tariffs. With respect, this is not self evident. The advantage of collective societies is that they allow rights holders to pool their resources to enable them to economically enforce

protéger les créateurs, qui avaient de la difficulté à faire valoir leurs droits dans un contexte de changements technologiques. Les créateurs souhaitaient agir collectivement, mais ils craignaient que, sans réglementation ni protection contre les poursuites pour complot, les nouvelles sociétés de gestion ne se heurtent à des problèmes en matière de droit de la concurrence (voir, p. ex., le *Livre blanc de 1984*, p. 59-61). Le législateur a donc modifié la *Loi* pour sanctionner et encadrer la gestion collective des droits sans la limiter à l'exécution publique, permettant ainsi à de nouvelles sociétés de gestion de se former au fur et à mesure que les forces du marché l'exigeraient.

[60] Ces mesures se sont avérées avantageuses à plus d'un titre pour les titulaires de droits d'auteur. En permettant aux utilisateurs de libérer une grande quantité de droits d'auteur par l'intermédiaire d'une source unique et en réduisant les frais d'exploitation, les sociétés de gestion ont facilité l'acquisition des droits et, du coup, la rémunération des titulaires de droits. Comme l'a souligné la coalition des sociétés de gestion qui sont intervenantes dans le cadre du présent pourvoi : [TRADUCTION] « . . . l'objet de la gestion collective est de faciliter un marché efficace et fonctionnel pour l'échange d'œuvres protégées par le droit d'auteur » (voir aussi *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, par. 11, les juges Abella et Moldaver).

[61] Les sociétés de gestion ont également été en mesure de contrôler plus efficacement l'utilisation des œuvres de leur répertoire et, dans certains cas, d'aider les titulaires de droits d'auteur à intenter des actions en violation du droit d'auteur, comme ce fut le cas lorsqu'Access Copyright a financé le litige à l'origine de l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (« Spectre I », note 70). Comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer avec justesse :

L'hypothèse qui sous-tend l'argument d'Access Copyright [. . .] est que, pour être efficace, le tarif doit être obligatoire. À mon sens, cela ne va pas de soi. L'avantage des sociétés de gestion est qu'elles permettent aux titulaires de droits de mettre en commun leurs ressources pour faire

their rights. This advantage exists even in the absence of mandatory tariffs. [para. 203]

[62] And collective societies could initiate infringement actions in respect of their repertoire if they are in fact exclusive licensees or assignees of the copyright, which Access Copyright is not (see s. 41.23 of the current *Copyright Act*; see also *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20).

[63] Collective societies are also able to assert a stronger bargaining position than individual copyright owners. A particular collective society's strength will depend on the value they are able to offer to users and the extent to which they can position themselves as the sole or main source for acquiring rights. This was the case for the performing rights societies that Parliament looked to as a viable model for other collectives. As Judge Parker said in 1935, "unless the user obtains a licence to perform the repertoire of Canadian Performing Right Society, he has no other supply" (p. 19). And in the ensuing decades the situation remained much the same. The absence of meaningful alternatives to dealing with a performing rights society made their tariffs "effectively mandatory even if *de jure* they were not" ("Spectre I", at p. 158).

[64] But a collective society's market power and effectiveness at achieving its goals is not guaranteed by the *Copyright Act*. Nothing in the *Act* is designed to prop-up collectives that have become less valuable to users and/or rights-holders. As Professor Daniel J. Gervais explains:

... Canadian rightsholders may create a new Collective Management Organization if they are dissatisfied with an existing one. In fact, *users* themselves could do the same, as was suggested by a well-known author in the area of reprography. [Emphasis in original.]

valoir leurs droits à moindre coût. Cet avantage existe même s'il n'y a pas de tarifs obligatoires. [par. 203]

[62] Les sociétés de gestion peuvent par ailleurs intenter des actions en violation du droit d'auteur à l'égard d'œuvres de leur répertoire si elles sont effectivement titulaires de licences exclusives ou cessionnaires du droit d'auteur, ce qui n'est pas le cas d'Access Copyright (voir l'art. 41.23 de la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle; voir aussi *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20).

[63] Les sociétés de gestion bénéficient aussi d'un plus grand rapport de force que les titulaires de droits d'auteur qui agissent à titre individuel. La force d'une société de gestion dépend de la valeur qu'elle est capable d'offrir aux utilisateurs et de la mesure dans laquelle elle peut se présenter comme la seule ou la principale source d'acquisition de droits. C'était le cas des sociétés de droits d'exécution que le législateur considérait comme un modèle viable pour les autres sociétés de gestion collective. Ainsi que le juge Parker le disait en 1935 : « ... si ces usagers n'obtiennent pas l'autorisation d'exécuter le répertoire de la *Canadian Performing Right Society*, ils ne peuvent s'approvisionner ailleurs ... » (p. 19). Durant les décennies qui ont suivi, la situation est demeurée pratiquement inchangée. L'absence de solutions de rechange concrètes pour traiter avec les sociétés de droits d'exécution a fait en sorte que les tarifs de ces dernières étaient [TRADUCTION] « obligatoires dans les faits, même s'ils ne l'étaient pas *de jure* » (« Spectre I », p. 158).

[64] Mais l'emprise d'une société de gestion sur le marché et sa capacité d'atteindre ses objectifs ne sont pas garanties par la *Loi*. Rien dans celle-ci n'est conçu pour soutenir les sociétés de gestion qui ont moins d'attrait aux yeux des utilisateurs et/ou des titulaires de droit. Comme l'explique le professeur Daniel J. Gervais :

... les titulaires de droits canadiens peuvent créer une nouvelle [organisation de gestion collective] s'ils sont insatisfaits de celle en place. En fait, les *utilisateurs* eux-mêmes pourraient agir de la sorte, comme le proposait un auteur bien connu dans le secteur de la reprographie. [En italique dans l'original.]

(“Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective” (2002), 1 *C.J.L.T.* 21, at p. 26; see also Department of Canadian Heritage, *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective* (2001), at p. 26; Howard P. Knopf, “Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?” (1999), 14 *I.P.J.* 109.)

[65] If a collective society does not have a large enough repertoire or other sources emerge to provide better value, users may find that the collective is not “the most cost-effective way to obtain licences”, and might prefer to “negotiate with the right-holders directly, or through other intermediaries” (“Spectre I”, at p. 159).

[66] This takes us to the purpose of a tariff certified by the Board setting licensing royalties pursuant to s. 70.15, which is one of three ways in which the Board may become involved in setting fair prices in the general regime. In addition to its tariff approval power, the Board may fix royalties when a collective society and individual user are unable to agree on terms and one party applies to the Board (ss. 70.2 to 70.4). And even when the parties make an agreement without Board intervention, the collective society will only be immunized from prosecution under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, if it files the agreement with the Board, following which the Board may examine the agreement and, after hearing from the Commissioner of Competition and the parties, alter the royalties (ss. 70.5 to 70.6). Given that licensing royalties are always subject to the possibility of Board scrutiny one way or another, a collective society may see benefits of efficiency in obtaining the Board’s advance approval of a general tariff that applies to many users.

(Ministère du Patrimoine canadien, *Gestion collective du droit d’auteur et des droits voisins au Canada : perspective internationale* (2001), p. 29; voir également « Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada : An International Perspective » (2002), 1 *C.J.L.T.* 21, p. 26; Howard P. Knopf, « La gestion collective des droits d’auteur dans la communauté universitaire canadienne : une alternative au statu quo? » (1999), 12 *C.P.I.* 95.)

[65] Si une société de gestion ne dispose pas d’un répertoire assez vaste ou si de nouvelles sources leur offrent une meilleure valeur, les utilisateurs peuvent en arriver à la conclusion que la société de gestion n’est pas [TRADUCTION] « le moyen le plus rentable d’obtenir une licence » et préférer « négocier directement avec les titulaires de droits, ou par d’autres intermédiaires » (« Spectre I », p. 159).

[66] Ceci nous amène à l’objet du tarif homologué par lequel la Commission fixe les redevances de licence en vertu de l’art. 70.15, l’une des trois façons dont la Commission peut intervenir pour fixer des prix équitables dans le cadre du régime général. En plus de son pouvoir d’homologation des tarifs, la Commission peut fixer des redevances lorsque la société de gestion et l’utilisateur individuel ne parviennent pas à s’entendre sur les conditions et que l’une ou l’autre s’adresse à la Commission (art. 70.2 à 70.4). Et même lorsque les parties parviennent à s’entendre sans l’intervention de la Commission, la société de gestion ne sera protégée contre une poursuite intentée en application de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, que si elle dépose l’entente auprès de la Commission, qui peut ensuite l’examiner et, après avoir entendu le commissaire à la concurrence et les parties, peut modifier les redevances (art. 70.5 à 70.6). Étant donné que les redevances de licence sont d’une manière ou d’une autre toujours susceptibles de faire l’objet d’un examen de la part de la Commission, la société de gestion peut estimer qu’il est avantageux, sur le plan de l’efficacité, de faire homologuer au préalable par la Commission un tarif général qui s’appliquera à un grand nombre d’utilisateurs.

[67] Operating together, these price-setting powers of the Board protect users from the potential exertion of unfair market power by collective societies. This was clearly the purpose of the 1936 amendments empowering the Copyright Appeal Board to approve statements of royalties. Government reports and legislative history show that this purpose persisted through the 1988 and 1997 amendments.

[68] In the debates on the 1988 amendments, the Hon. Flora MacDonald, Minister of Communications and sponsoring Minister of the amendments, explained that the proposed system “has been in operation for about 50 years for musical performances and is working well”, and that the existing system should be expanded to other areas of copyright (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 15, 1987, at p. 7109). She acknowledged that collective administration was beneficial for copyright owners, but went on to provide a caution based on the lessons of the early performing rights societies, observing that collective societies can “achieve such a dominant bargaining position that the interests of potential customers are not sufficiently safeguarded” (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 26, 1987, at p. 7667).

[69] The government reports leading to the amendments are to the same effect. A Sub-Committee Report on the Revision of Copyright observed that the “system presently used with respect to the performing rights in musical works” served as a well-working model for an expanded collective administration regime (House of Commons, Sub-committee of the Standing Committee on Communications and Culture on the Revision of Copyright, *A Charter of Rights for Creators* (1985), at p. 85). And the 1984 *White Paper* suggested that “[t]o protect the public from possible excesses by copyright societies, they would be subject to the control of the revised Copyright Appeal Board” (p. 62).

[67] L’ensemble des pouvoirs que possède la Commission en matière de fixation des prix protège les utilisateurs contre l’emprise déloyale que les sociétés de gestion pourraient exercer sur le marché. C’était manifestement l’objectif des modifications de 1936, qui habilitaient le Tribunal d’appel du Droit d’auteur à homologuer des états de redevances. Les rapports gouvernementaux et l’historique législatif illustrent que cet objectif a été maintenu à la suite des modifications de 1988 et de 1997.

[68] Lors des débats sur les modifications de 1988, l’hon. Flora MacDonald — qui était ministre des Communications et qui parrainait les modifications — a expliqué que le système proposé « existe depuis environ 50 ans pour l’exécution d’œuvres musicales [et] a prouvé son efficacité » et qu’il devait être étendu à d’autres secteurs protégés par le droit d’auteur (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 15 juin 1987, p. 7109). Tout en reconnaissant que la gestion collective comportait de nombreux avantages pour les titulaires de droits d’auteur, elle a servi une mise en garde en évoquant l’expérience vécue avec les premières sociétés de perception des droits, en faisant observer qu’une société de gestion peut « occuper une position de négociation tellement avantageuse que les intérêts des clients potentiels ne seront pas suffisamment protégés » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^e sess., 33^e lég., 26 juin 1987, p. 7667).

[69] Les rapports du gouvernement qui ont mené aux modifications vont dans le même sens. Le Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur a fait observer qu’on pouvait s’inspirer du « système qui est actuellement utilisé [...] dans le cas des droits d’exécution des œuvres musicales » pour proposer un régime de gestion collective élargi (Chambre des communes, Sous-comité du Comité permanent des communications et de la culture sur la révision du droit d’auteur, *Une charte des droits des créateurs et créatrices* (1985), p. 93). Le *Livre blanc de 1984* suggérait en outre que « [p]our protéger le public contre d’éventuels abus, on soumettrait ces sociétés au contrôle de la nouvelle Commission d’appel du droit d’auteur » (p. 60).

[70] Access Copyright argues that Parliament demonstrated its intent to make Board approved tariffs mandatory when it amended the predecessor to s. 68.2(1) in 1988 by removing the words “in respect of the issue or grant by it of licences”, which Strayer J. had relied on in *Lion D’Or* to conclude that a user could choose whether or not to accept a licence. This would have been a perplexing way for Parliament to express its intent to make such a radical change in the law, particularly given that the statutory context continued to clearly demonstrate that approved tariffs were part of a copyright licensing scheme. Collective societies that administer traditional copyright, as opposed to equitable remuneration rights, do so by operating a “licensing scheme” (s. 2 “collective society” (a)). When a collective society works in the general regime, it operates a “licensing scheme” (s. 70.1). And when a collective society proposes a tariff under s. 70.12(a), it does so to set out “by licence” royalties and terms and conditions of use.

[71] Access Copyright’s interpretation of s. 68.2(1) is not only unsupported by the purpose of the Board’s price-setting role, it is, respectfully, also in direct conflict with that purpose. Instead of operating as a part of a scheme designed to control collective societies’ potentially unfair market power, Access Copyright’s interpretation would turn tariffs into a plainly *anti-competitive* tool, boosting collective societies’ power to the detriment of users.

[72] The legal consequence of Access Copyright’s mandatory tariff theory would be that a user would be liable to pay royalties in full as soon as it became responsible for any infringing use of a work within a collective society’s repertoire. Under the final 2011-2014 Access Copyright tariff for post-secondary educational institutions, for example, York would be liable to pay \$24.80 for each of its 45,000 full time equivalent students, totalling over one million dollars per year, as soon as it made a single infringing use

[70] Access Copyright affirme que le législateur a démontré son intention de rendre obligatoires les tarifs homologués par la Commission lorsqu’il a modifié le prédécesseur du par. 68.2(1) en 1988 en supprimant les mots « en paiement des licences qu’elle aura émises ou accordées », sur lesquels le juge Strayer s’est fondé dans l’affaire *Lion D’Or* pour conclure que l’utilisateur pouvait choisir d’accepter ou non une licence. Cela aurait été une façon fort inusitée pour le législateur d’exprimer sa volonté d’apporter un changement aussi radical à la *Loi*, d’autant plus que le contexte législatif continuait à démontrer clairement que les tarifs homologués faisaient partie d’un régime de licences de droits d’auteur. Les sociétés de gestion qui gèrent le droit d’auteur traditionnel, par opposition au droit à une rémunération équitable, le font dans le cadre de l’administration d’un « système d’octroi de licences » (al. 2 « société de gestion » a)). Lorsqu’une société de gestion exerce ses activités dans le cadre du régime général, elle est chargée « d’octroyer des licences » (art. 70.1). Et lorsqu’une société de gestion propose un tarif en vertu de l’al. 70.12a), elle le fait en vue d’établir « par licence » les redevances à verser et les modalités d’utilisation à respecter.

[71] L’interprétation qu’Access Copyright propose du par. 68.2(1) est non seulement non étayée par le rôle que joue la Commission en matière de fixation des prix, mais, avec égards, elle contredit également cet objectif. Au lieu de s’inscrire dans le cadre d’un système visant à endiguer le pouvoir potentiellement abusif des sociétés de gestion sur le marché, l’interprétation d’Access Copyright transformerait les tarifs en mécanisme manifestement *anticoncurrentiel*, renforçant ainsi le pouvoir des sociétés de gestion au détriment des utilisateurs.

[72] La théorie du tarif obligatoire avancée par Access Copyright aurait pour conséquence, sur le plan juridique, d’obliger l’utilisateur à acquitter intégralement les redevances dès qu’il deviendrait responsable de toute utilisation d’une œuvre du répertoire de la société de gestion qui emporterait violation du droit d’auteur. Ainsi, aux termes du tarif définitif d’Access Copyright visant les établissements d’enseignement postsecondaire pour les années 2011 à 2014, l’Université serait tenue de

within Access Copyright's repertoire. For a university that attempts to clear its copyright obligations using alternative licences and fair dealing, a single infringing use — one that was not authorized by fair dealing or independently licensed — could thereby become a tripwire making the university liable to pay the full royalties in a tariff. This "Sword of Damocles", as the intervenor the Canadian Association of Research Libraries aptly put it, renders a university's freedom to clear its copyright obligations without involving Access Copyright completely illusory.

payer 24,80 \$ pour chacun de ses 45 000 étudiants équivalent temps plein, ce qui équivaldrait à plus d'un million de dollars par année, dès qu'elle ferait une seule utilisation qui emporterait violation du droit d'auteur sur une œuvre inscrite au répertoire d'Access Copyright. Pour une université qui tente de s'acquitter de ses obligations en matière de droits d'auteur en recourant à d'autres licences et en invoquant l'exception de l'utilisation équitable, toute utilisation emportant violation — c'est-à-dire toute utilisation non autorisée au titre de l'exception de l'utilisation équitable ou faisant l'objet d'une licence indépendante — pourrait ainsi rendre l'université passible de payer intégralement les redevances prévues au tarif. Cette [TRADUCTION] « épée de Damoclès », pour reprendre l'expression employée à juste titre par l'intervenante Association des bibliothèques de recherche du Canada, rend complètement illusoire la liberté d'une université de s'acquitter de ses obligations en matière de droit d'auteur sans faire intervenir Access Copyright.

[73] It is, with respect, no answer to say that the Board can set fair and flexible payment structures. The Board is in the business of setting general tariffs for a large category of users and is inherently limited in its ability to direct itself to each user's unique needs. Moreover, on Access Copyright's theory, in order to ensure it does not find itself responsible for an exorbitant licence fee that takes no account of its individual circumstances, a user would be forced to invest significant resources into participation in Board proceedings whenever a collective society proposed a tariff. As Access Copyright points out, the tariff-setting process is time consuming and expensive. Forcing all users potentially caught by the ambit of a tariff to participate in a Board hearing would limit users' ability to obtain their rights from other sources and, in turn, limit the competitiveness of other sources as against established collectives. That is the antithesis of the purpose of s. 68.2(1).

[73] Selon moi, il ne suffit pas de répondre que la Commission peut fixer des barèmes équitables et souples. Elle a pour mission de fixer des tarifs généraux pour une vaste catégorie d'utilisateurs et elle est intrinsèquement limitée dans sa capacité de tenir compte des besoins uniques de chaque utilisateur. De plus, selon la théorie d'Access Copyright, pour s'assurer de ne pas avoir à payer des frais de licence exorbitants qui ne tiennent pas compte de sa situation particulière, l'utilisateur serait obligé de consacrer des ressources importantes pour participer aux instances de la Commission chaque fois qu'une société de gestion déposerait un projet de tarif. Comme le souligne Access Copyright, le processus de fixation des tarifs est long et coûteux. Forcer tous les utilisateurs susceptibles d'être visés par un tarif à participer aux audiences de la Commission nuirait à leur capacité d'obtenir leurs droits d'autres sources et, par ricochet, limiterait la compétitivité des autres sources en question par rapport aux sociétés de gestion établies. Cela irait directement à l'encontre de l'objet du par. 68.2(1).

[74] The source of Access Copyright's grievance, it seems to me, stems not so much from the voluntary nature of an approved tariff, but from the fact

[74] Les doléances d'Access Copyright ne découlent pas tant, selon moi, du caractère volontaire des tarifs homologués, mais plutôt du fait qu'elle ne

that Access Copyright cannot initiate infringement actions on behalf of its members. To the extent that this is a problem, it has nothing to do with s. 68.2(1) and is largely outside the scope of this appeal. But it is important to recall that Access Copyright chooses to operate on the terms of a non-exclusive licence that does not give it the right to sue for infringement in respect of the rights it administers. Nothing compels Access Copyright and its members to operate this way.

[75] The preceding review of the text, legislative context, purpose and supporting jurisprudence all lead, in my respectful view, to the conclusion that s. 68.2(1) does not make tariffs approved by the Copyright Board pursuant to s. 70.15 mandatory against users who choose not to be licensed on the approved terms.

[76] It is of course open to Parliament to amend the *Copyright Act* if and when it sees fit to make collective infringement actions more readily available. But under the existing relevant legislation in this appeal, an approved tariff is not binding against a user who does not accept a licence.

[77] I would therefore dismiss Access Copyright's appeal. This brings us to York's appeal from the dismissal of its counterclaim seeking declaratory relief.

[78] In response to Access Copyright's action to enforce the interim tariff at the Federal Court, York filed a counterclaim seeking a Declaration that "any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's 'Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)' . . . constitute fair dealing".

[79] York's counterclaim was connected to its defence to Access Copyright's action to enforce the

peut intenter d'action en violation du droit d'auteur au nom de ses membres. Dans la mesure où il s'agit d'un problème, cet état de fait n'a rien à voir avec le par. 68.2(1) et il déborde largement le cadre du présent pourvoi. Il est toutefois important de se rappeler qu'Access Copyright a choisi d'exercer ses activités selon les modalités d'une licence non exclusive qui ne lui donne pas le droit d'intenter une poursuite pour violation des droits qu'elle administre. Rien n'oblige Access Copyright et ses membres à opter pour cette solution.

[75] Selon moi, l'examen précédent du texte, du contexte législatif, de l'objet de la loi et de la jurisprudence à l'appui mène à la conclusion que le par. 68.2(1) ne rend pas les tarifs homologués par la Commission du droit d'auteur en vertu de l'art. 70.15 opposables aux utilisateurs qui choisissent de ne pas obtenir de licence aux conditions énoncées dans le tarif homologué.

[76] Il est bien entendu loisible au législateur de modifier la *Loi sur le droit d'auteur* s'il le juge opportun pour faciliter l'introduction d'actions en violation du droit d'auteur par les sociétés de gestion. Toutefois, selon les dispositions législatives actuelles qui nous intéressent dans le cadre du présent pourvoi, un tarif homologué ne peut être opposé à l'utilisateur qui n'accepte pas une licence.

[77] Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi d'Access Copyright. Ce qui nous amène à l'appel de l'Université du rejet de sa demande reconventionnelle par lequel elle sollicite un jugement déclaratoire.

[78] En réponse à l'action d'Access Copyright intentée devant la Cour fédérale en vue de faire exécuter le tarif provisoire, l'Université a déposé une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicitait un jugement déclarant que [TRADUCTION] « les reproductions relevant des "Lignes directrices sur l'utilisation équitable à l'intention des professeurs et du personnel de l'Université (12/11/13)" [. . .] constituent une utilisation équitable ».

[79] La demande reconventionnelle de l'Université était liée à sa défense à l'action intentée par Access

interim tariff. The fairness of copying under York's Guidelines was only a live issue between the parties if the tariff was enforceable against York.

[80] Having found that the interim tariff was enforceable, the trial judge assessed York's fair dealing counterclaim. He found that the Guidelines were not fair either in their terms or their application and refused to grant the Declaration. The Court of Appeal found that the tariff was not enforceable and, therefore, "York's Guidelines as a defence to Access Copyright's action does not arise because the tariff is not mandatory and Access Copyright cannot maintain a copyright infringement action" (para. 206). But the Court of Appeal nonetheless considered York's appeal from the trial judge's refusal to issue a Declaration that its Guidelines were fair. It agreed with the trial judge that the Guidelines were unfair and dismissed York's request for a Declaration.

[81] York's appeal to this Court seeks the Declaration from this Court that was denied by the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

[82] In my view, it is not appropriate to entertain York's request for declaratory relief in these proceedings. This Court recently stated the test for when declaratory relief may be granted in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, [2016] 1 S.C.R. 99, per Abella J.:

The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will

Copyright pour faire exécuter le tarif provisoire. Le caractère équitable de la reproduction au sens des Lignes directrices de l'Université ne constituait une question en litige entre les parties que si le tarif était opposable à l'Université.

[80] Ayant conclu que le tarif provisoire était contraignant, le juge de première instance s'est penché sur la demande reconventionnelle de l'Université fondée sur l'utilisation équitable. Il a conclu que les Lignes directrices n'étaient équitables ni dans leur formulation ni dans leur application, et il a refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité. La Cour d'appel a conclu que le tarif n'était pas contraignant et que, par conséquent, « la question de la validité des Lignes directrices de l'Université comme moyen de défense contre l'action d'Access Copyright ne se pose pas étant donné que le tarif n'est pas obligatoire et qu'Access Copyright ne peut pas intenter d'action en violation du droit d'auteur » (par. 206). La Cour d'appel a néanmoins examiné l'appel interjeté par l'Université du refus du juge de première instance de rendre un jugement déclarant que ses Lignes directrices étaient équitables. La cour a convenu avec le juge de première instance que les Lignes directrices n'étaient pas équitables et a rejeté la demande de jugement déclaratoire de l'Université.

[81] Le pourvoi formé par l'Université devant notre Cour vise à obtenir de celle-ci le jugement déclaratoire qui lui a été refusé tant par la Cour fédérale que par la Cour d'appel fédérale.

[82] À mon avis, il n'y a pas lieu de connaître de la demande de jugement déclaratoire présentée par l'Université dans la présente instance. La Cour a récemment énoncé le test à appliquer pour déterminer dans quels cas un jugement déclaratoire peut être accordé, dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] 1 R.C.S. 99, la juge Abella :

La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut

settle a “live controversy” between the parties. [Citation omitted; para. 11.]

Daniels drew on *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, where Dickson J. stated that declaratory relief is a remedy availing to “persons sharing a legal relationship, in respect of which a ‘real issue’ concerning the relative interests of each has been raised and falls to be determined” (p. 830). And most recently in *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, [2020] 1 S.C.R. 15, the Court emphasized that “[f]airness requires that the parties affected by declaratory relief be heard” (para. 42, per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.).

[83] In light of the conclusion on Access Copyright’s appeal that the interim tariff is not mandatory and is therefore unenforceable against York, there is no live dispute between the parties. This is not an action for infringement, since Access Copyright has no standing to bring such an action. And the copyright owners who do have standing to bring an infringement action in respect of York’s copying activities are not parties to these proceedings and, as a result, have not had the opportunity to advance arguments or adduce evidence about how York’s Guidelines interact with and affect their copyrighted works. The undesirable consequence of assessing fair dealing guidelines in the absence of a genuine dispute between proper parties is that the analysis is inevitably anchored in aggregate findings and general assumptions without a connection to specific instances of works being copied. All of this makes consideration of the Guidelines in this case inappropriate.

[84] It is true that in *CCH*, the Court granted a declaration to the Law Society that it “does not infringe copyright when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or limited selection of text from a treatise is made by the Great Library

être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties. [Référence omise; par. 11.]

Dans l’arrêt *Daniels*, la Cour s’est inspirée de la décision *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, dans laquelle le juge Dickson avait affirmé qu’un jugement déclaratoire est un recours ouvert « à des personnes ayant un lien juridique dont découle une “véritable question” à trancher concernant leurs intérêts respectifs » (p. 830). En outre, plus récemment, dans l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, [2020] 1 R.C.S. 15, la Cour a souligné que « [l]’équité exige que les parties touchées par le jugement déclaratoire soient entendues » (par. 42, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis).

[83] Vu notre conclusion sur le pourvoi d’Access Copyright selon laquelle le tarif provisoire n’est pas contraignant et n’est donc pas opposable à l’Université, il n’y a plus de question en litige entre les parties. Il ne s’agit pas en l’espèce d’une action en violation du droit d’auteur, étant donné qu’Access Copyright n’a pas qualité pour intenter une telle action. De plus, les titulaires de droits d’auteur qui ont qualité pour intenter une action en violation à l’égard des activités de reproduction de l’Université ne sont pas parties à la présente instance et n’ont donc pas eu l’occasion de faire valoir leur point de vue ou de présenter des éléments de preuve sur la façon dont les Lignes directrices de l’Université interagissent avec leurs œuvres protégées par le droit d’auteur et les affectent. La conséquence indésirable d’une analyse de lignes directrices sur l’utilisation équitable en l’absence d’un véritable différend entre les intéressés est que cette analyse repose inévitablement sur des conclusions approximatives et des hypothèses générales qu’on ne peut rattacher à des cas précis de reproduction d’œuvres. Tous ces éléments font en sorte qu’il ne convient pas en l’espèce de considérer les Lignes directrices.

[84] Certes, dans l’affaire *CCH*, la Cour a rendu un jugement déclaratoire portant que « le Barreau ne viole pas le droit d’auteur lorsque la Grande bibliothèque fournit, sur demande, une seule copie d’une décision publiée, d’un résumé jurisprudentiel,

in accordance with its Access Policy” (para. 76). But it did so in the context of a live infringement action brought by proper parties, and where the Law Society relied on its “practices and policies” to show that its dealings were fair (para. 63).

[85] There is no doubt, as York argued, that guidelines are important to an educational institution’s ability to actualize fair dealing for its students. As Professor Samuel E. Trosow writes, a “general lack of understanding about basic copyright rights and obligations” serves as a “serious impedimen[t] . . . to the realization of fair dealing as a substantive users’ right” in the educational context (“Bill C-32 and the Educational Sector: Overcoming Impediments to Fair Dealing”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 541, at p. 542). Institutionalized guidelines can help overcome this impediment.

[86] But the usefulness of guidelines in theory does not provide the Court with a sound basis for entertaining declaratory relief without a live dispute between the parties or when those whose rights are at stake are not privy to the proceedings.

[87] While I therefore agree that the requested Declaration should not be granted, this should not be construed as endorsing the reasoning of the Federal Court and Federal Court of Appeal on the fair dealing issue. There are some significant jurisprudential problems with those aspects of their judgments that warrant comment.

[88] In commenting on those errors, it is important to emphasize that our reasons do not decide the issue of fair dealing, which can only be determined in a factual context. Rather, the objective is to correct

d’une loi, d’un règlement ou d’une partie restreinte d’un texte provenant d’un traité conformément à sa Politique d’accès » (par. 76). Mais ce jugement a été rendu dans le contexte d’une action concrète en violation du droit d’auteur intentée par les personnes concernées, dans laquelle le Barreau s’appuyait sur « ses propres pratiques et politiques » pour démontrer que l’utilisation qu’il faisait était équitable (par. 63).

[85] Il ne fait aucun doute, comme l’a fait valoir l’Université, que les lignes directrices sont importantes pour permettre aux établissements d’enseignement de faire profiter à leurs étudiants de l’exception relative à l’utilisation équitable. Comme l’a écrit le professeur Samuel E. Trosow : [TRADUCTION] « . . . la méconnaissance générale des droits et des obligations de base en matière de droit d’auteur » constitue un « obstacl[e] sérieux [. . .] à la reconnaissance de l’utilisation équitable en tant que droit substantiel des utilisateurs » dans un contexte pédagogique (« Bill C-32 and the Educational Sector : Overcoming Impediments to Fair Dealing », dans Michael Geist, dir., *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright » : Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 541, p. 542). L’établissement de lignes directrices par les établissements d’enseignement peut contribuer à surmonter cet obstacle.

[86] Cela dit, l’utilité théorique des lignes directrices ne constitue pas une base suffisamment solide pour que la Cour puisse rendre un jugement déclaratoire s’il n’existe pas de véritable différend entre les parties ou si les personnes dont les droits sont en jeu ne sont pas parties à l’instance.

[87] Bien que je convienne donc que le jugement déclaratoire sollicité ne devrait pas être accordé, ce refus ne devrait pas être interprété comme une approbation du raisonnement de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale sur la question de l’utilisation équitable. Ces aspects de leur jugement comportent des problèmes jurisprudentiels importants qui méritent d’être commentés.

[88] En commentant ces erreurs, il est important de souligner que les présents motifs ne tranchent pas la question de l’utilisation équitable, qui ne peut être décidée qu’à la lumière d’un contexte factuel. Nos

some aspects of the reasoning from the courts under review which, respectfully, depart from this Court's jurisprudence. While correcting the errors committed by the Federal Court and Court of Appeal favours the position argued before this Court by York, these reasons address only some of the factors that make up the fair dealing analysis, an analysis that requires consideration of facts and factors not addressed here.

[89] The main problem with their analysis was that they approached the fairness analysis exclusively from the institutional perspective. This error tainted their analysis of several fairness factors. By anchoring the analysis in the institutional nature of the copying and York's purported commercial purpose, the nature of fair dealing as a user's right was overlooked and the fairness assessment was over before it began.

[90] This Court's modern fair dealing doctrine reflects its more general "move away from an earlier, author-centric view which focused on the exclusive right of authors and copyright owners to control how their works were used in the marketplace" (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 ("SOCAN"), at para. 9, per Abella J.). The Court is "at the vanguard in interpreting copyright law as a balance between copyright rights and user rights", and its understanding of fair dealing is no exception (Myra J. Tawfik, "The Supreme Court of Canada and the 'Fair Dealing Trilogy': Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law" (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 195). Fair dealing is "[o]ne of the tools employed to achieve the proper balance between protection and access in the *Act*" (*SOCAN*, at para. 11).

propos visent plutôt à corriger certains aspects du raisonnement des juridictions d'instances inférieures qui, avec égards, détonnent par rapport à la jurisprudence de notre Cour. Bien que la rectification des erreurs commises par la Cour fédérale et par la Cour d'appel favorise la thèse qu'a défendue l'Université devant nous, les présents motifs ne portent que sur certains des facteurs qui entrent en jeu dans l'analyse de l'utilisation équitable, une analyse qui fait entrer en ligne de compte des faits et des facteurs qui n'ont pas été abordés en l'espèce.

[89] Le principal problème que comporte l'analyse des juridictions d'instances inférieures réside dans le fait qu'elles ont abordé la question de l'équité exclusivement du point de vue de l'établissement d'enseignement. Cette erreur a entaché leur analyse de plusieurs des facteurs relatifs à l'équité. En faisant reposer leur analyse sur le caractère institutionnel de la reproduction et sur les présumés objectifs commerciaux de l'Université, elles ont négligé le fait que l'utilisation équitable constitue un droit de l'utilisateur, de sorte que leur examen de l'équité était terminé avant même d'être commencé.

[90] La doctrine moderne de notre Cour en matière d'utilisation équitable illustre bien sa volonté plus générale de « romp[re] avec une conception jusque-là centrée sur l'auteur de l'œuvre ainsi que sur le droit exclusif de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur de décider de l'usage qui peut être fait de l'œuvre sur le marché » (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (« SOCAN »), par. 9, la juge Abella). La Cour est [TRADUCTION] « à l'avant-garde lorsqu'elle interprète le droit en matière de droit d'auteur comme un équilibre à trouver entre le droit d'auteur et les droits des utilisateurs » et sa conception de l'utilisation équitable ne fait pas exception (Myra J. Tawfik, « The Supreme Court of Canada and the "Fair Dealing Trilogy" : Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191, p. 195). L'exception au titre de l'utilisation équitable constitue « l'un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès » (*SOCAN*, par. 11).

[91] Accordingly, to understand and apply fair dealing doctrine requires first understanding the copyright balance. Copyright law has public interest goals. The relationship between members of the public and copyrighted works is not merely the “consequence of the author-work relationship” (Carys J. Craig, “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, at p. 6). Put differently, the public benefits of our system of copyright are much more than “a fortunate by-product of private entitlement” (pp. 14-15, cited in *SOCAN*, at para. 9).

[92] Instead, increasing public access to and dissemination of artistic and intellectual works, which enrich society and often provide users with the tools and inspiration to generate works of their own, is a primary goal of copyright. “Excessive control by holders of copyrights and other forms of intellectual property may unduly limit the ability of the public domain to incorporate and embellish creative innovation in the long-term interests of society as a whole” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 32, per Binnie J.).

[93] But it is also true that just rewards for copyright creators provide necessary incentives, ensuring that there is a steady flow of creative works injected into the public sphere. As Binnie J. put it, “[i]n crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them” (para. 31). A proper balance ensures that creators’ rights are recognized, but authorial control is not privileged over the public interest.

[91] Par conséquent, pour comprendre et appliquer la doctrine de l’utilisation équitable, il faut tout d’abord comprendre l’équilibre en matière de droit d’auteur. Ce dernier a des objectifs d’intérêt public. La relation entre les membres du public et les œuvres protégées par le droit d’auteur n’est pas simplement une [TRADUCTION] « conséquence des rapports qui existent entre l’auteur et son œuvre » (Carys J. Craig, « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, p. 6). Autrement dit, les avantages que tire le public de notre régime de protection du droit d’auteur représentent bien plus qu’une [TRADUCTION] « conséquence heureuse mais fortuite de la reconnaissance d’un droit privé » (p. 14-15, cité dans l’arrêt *SOCAN*, par. 9).

[92] En effet, l’un des principaux objectifs du droit d’auteur est d’accroître l’accès du public aux œuvres artistiques et intellectuelles et de faciliter leur diffusion, ce qui constitue une richesse pour la société et procure souvent aux utilisateurs les outils et l’inspiration nécessaires pour créer leurs propres œuvres. « Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d’auteur et d’autres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la capacité du domaine public d’intégrer et d’embellir l’innovation créative dans l’intérêt à long terme de l’ensemble de la société » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 32, le juge Binnie).

[93] Il est cependant également vrai que la promesse d’une rétribution juste pour leurs œuvres protégées par le droit d’auteur offre aux créateurs les incitations nécessaires pour garantir un apport constant de nouvelles œuvres créatives dans la sphère publique. Comme l’explique le juge Binnie : « D’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » (par. 31). La recherche d’un juste équilibre garantit que les droits des créateurs sont reconnus, sans pour autant privilégier le contrôle exercé par les auteurs au détriment de l’intérêt public.

[94] Ultimately, owners' rights and the public interest should not conflict with one another. As Professor Tawfik explains, copyright law has long been an "integrated system that encouraged creators to generate knowledge, industry to disseminate it and users to acquire it and, hopefully, reshape it into new knowledge" ("History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge", in Geist, *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright"*, 69, at p. 70). Creators' rights and users' rights are mutually supportive of copyright's ends.

[95] In terms of the proper role of fair dealing and other exceptions to copyright in this normative framework, Professor Geist explains that:

The core of fair dealing is fairness — fairness to the copyright owner in setting limits on the use of their work without permission and fairness to users to ensure that fair dealing rights can be exercised without unnecessarily restrictive limitations.

("Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 157, at p. 181)

Or, as Professor Craig puts it:

Fundamentally, copyright policy assumes that the restriction of the public's use of works through the creation of private rights can further the public's interest in the widespread creation and distribution of works. The limits to these private rights, defined by fair dealing and other exceptions — and circumscribed by the boundaries of the public domain — are therefore essential to ensure that the copyright system does not defeat its own ends.

[94] Au bout du compte, les droits des titulaires du droit d'auteur et l'intérêt public ne devraient pas entrer en conflit les uns avec l'autre. Comme l'explique la professeure Tawfik, la législation sur le droit d'auteur a créé depuis longtemps [TRADUCTION] « un système intégré qui encourag[e] les créateurs à développer les connaissances tout en incitant l'industrie à diffuser le savoir et en encourageant les utilisateurs à l'acquérir et, espérons-le, à s'en inspirer pour concevoir de nouvelles connaissances » (« History in the Balance : Copyright and Access to Knowledge », dans Geist, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »*, 69, p. 70). Les droits des créateurs et ceux des utilisateurs concourent mutuellement à l'atteinte des objectifs du droit d'auteur.

[95] En ce qui concerne le rôle que sont censées jouer l'utilisation équitable et les autres exceptions au droit d'auteur dans ce cadre normatif, le professeur Geist explique ce qui suit :

[TRADUCTION] L'essence même de l'utilisation équitable est l'équité — équité envers le titulaire du droit d'auteur par la fixation de limites à l'utilisation de son œuvre sans sa permission et équité envers les utilisateurs par la garantie qu'ils peuvent exercer leurs droits d'utilisation équitable sans contraintes inutilement restrictives.

(« Fairness Found : How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentalogy : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 157, p. 181)

Ou, comme le dit la professeure Craig :

[TRADUCTION] Fondamentalement, les principes sous-jacents au droit d'auteur supposent que les restrictions apportées à l'utilisation des œuvres par le public du fait de la création de droits privés sont susceptibles de favoriser l'intérêt du public à l'égard de la création et de la distribution généralisée des œuvres. Les limites de ces droits privés, qui sont délimitées par certaines exceptions, dont celle relative à l'utilisation équitable — et qui sont circonscrites par les limites du domaine public — sont donc essentielles pour s'assurer que le régime du droit d'auteur ne va pas à l'encontre de ses propres objectifs.

(“Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Geist, *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”*, 177, at p. 179)

[96] The resulting judicial framework for fair dealing was set out in *CCH*, where McLachlin C.J. set out a two-step test for assessing fair dealing under s. 29 of the *Act*, which states:

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

The party invoking fair dealing must prove first that the dealing was for an allowable purpose and, second, that it was fair. Six non-exhaustive factors provide a framework for assessing fairness, which is ultimately a question of fact: the purpose of the dealing; the character of the dealing (which concerns the number of copies made or distributed and whether the copies are retained or destroyed after use); the amount of the dealing (which concerns the proportion of the work dealt with and the importance of that part); alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work (para. 53; see also *SOCAN*, at para. 13; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 12, per Abella J.).

[97] It was common ground in this case that York’s teachers make copies for their students for the allowable purpose of education at the first step of the analysis.

[98] But at the second step, where fairness is assessed, the Federal Court and Federal Court of Appeal approached the analysis from an institutional perspective only, leaving out the perspective of the students who use the materials. Both perspectives should be taken into account.

[99] In the educational context, instructors are facilitating the education of each of their

(« Locking Out Lawful Users : Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32 », dans Geist, *From « Radical Extremism » to « Balanced Copyright »*, 177, p. 179)

[96] Le cadre judiciaire qui en résulte en matière d’utilisation équitable a été défini dans l’arrêt *CCH*, où la juge en chef McLachlin a proposé un test à deux volets pour évaluer l’utilisation équitable au sens de l’art. 29 de la *Loi*, qui dispose :

29 L’utilisation équitable d’une œuvre ou de tout autre objet du droit d’auteur aux fins d’étude privée, de recherche, d’éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d’auteur.

La partie qui invoque l’utilisation équitable doit d’abord prouver que l’utilisation était destinée à une fin permise et, ensuite, qu’elle était équitable. Le cadre d’analyse de l’équité — qui est en fin de compte une question de fait — comporte six facteurs non exhaustifs : le but de l’utilisation, la nature de l’utilisation (qui s’intéresse au nombre de copies effectuées ou distribuées et à la question de savoir si les copies sont conservées ou détruites après usage), l’ampleur de l’utilisation (qui porte sur la proportion utilisée de l’œuvre en cause et l’importance de l’extrait copié), l’existence de solutions de rechange à l’utilisation, la nature de l’œuvre et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre (par. 53; voir aussi *SOCAN*, par. 13; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 12, la juge Abella).

[97] Il est admis en l’espèce que les professeurs de l’Université font des copies pour leurs étudiants pour la fin permise de l’éducation prévue à la première étape de l’analyse.

[98] Mais à la deuxième étape, où l’équité est évaluée, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont abordé l’analyse uniquement du point de vue de l’établissement d’enseignement, laissant de côté le point de vue des étudiants qui utilisent ces documents. Or, il est nécessaire de tenir compte des deux points de vue.

[99] Dans le contexte pédagogique, les instructeurs facilitent l’éducation de chacun de leurs étudiants

individual students who have fair dealing rights (*Alberta (Education)*, at paras. 22-23). However, courts are not required to completely ignore the institutional nature of a university's copying practices and adopt the fiction that copies are only made for individual isolated users. When an institution is defending its copying practices, its aggregate copying is necessarily relevant, for example, to the character of the dealing and the effect of the dealing on the work (see, e.g., *CCH*, at paras. 55 and 72; *SOCAN*, at para. 42; *Alberta (Education)*, at paras. 30 and 33).

[100] In this case, as in *Alberta (Education)*, “the key problem is in the way the [trial judge] approached the ‘purpose of the dealing’ factor” in the fairness analysis (para. 15). In fact, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal erred in an almost identical fashion to the Copyright Board in *Alberta (Education)*. There, the issue was whether copies of short excerpts of textbooks and other literary works made by secondary school teachers and provided to students as assigned reading constituted fair dealing for the purpose of “research or private study”. The case arose prior to the enactment of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which added “education” as a permissible purpose. The Board found that the copies were for the permissible purpose of research or private study at the first stage of the analysis, but the predominant purpose at the second stage was “instruction”, which fell outside of research or private study.

[101] This Court rejected the Board’s approach in a passage that is directly apposite to the present appeal:

... fair dealing is a “user’s right”, and the relevant perspective when considering whether the dealing is for an allowable purpose under the first stage of *CCH* is that of the user This does not mean, however, that the

qui ont des droits en matière d’utilisation équitable (*Alberta (Éducation)*, par. 22-23). Les tribunaux n’ont cependant pas à ignorer complètement le caractère institutionnel des pratiques d’une université en matière de reproduction et à adhérer à la fiction selon laquelle les copies ne sont faites que pour des utilisateurs individuels isolés. Lorsqu’un établissement défend ses pratiques en matière de reproduction, la quantité totale de copies qu’il effectue est nécessairement pertinente, par exemple, pour déterminer la nature de l’utilisation et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre (voir, p. ex., *CCH*, par. 55 et 72; *SOCAN*, par. 42; *Alberta (Éducation)*, par. 30 et 33).

[100] En l’espèce, tout comme dans l’affaire *Alberta (Éducation)*, « le problème principal réside dans la manière dont [le juge de première instance] conçoit l’élément qui correspond au “but de l’utilisation” » dans le cadre de l’analyse de l’utilisation équitable (par. 15). En fait, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes les deux commis une erreur presque identique à celle de la Commission du droit d’auteur dans la cause *Alberta (Éducation)*. Dans cette affaire, il s’agissait de déterminer si les photocopies de courts extraits de manuels et d’autres ouvrages littéraires par des enseignants du secondaire et remises aux élèves comme lectures obligatoires constituaient une utilisation équitable aux fins de « recherche ou d’étude privée ». Cette affaire était antérieure à l’adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui a ajouté l’« éducation » à la liste des fins permises. La Commission avait conclu à la première étape de l’analyse que les copies avaient été produites aux fins permises d’étude privée ou de recherche, ajoutant toutefois, à la deuxième étape, que l’utilisation avait pour fin prédominante « l’enseignement », ce qui ne relevait pas de l’étude privée ou de la recherche.

[101] Notre Cour a rejeté l’approche de la Commission dans un passage qui s’applique directement au présent pourvoi :

... l’utilisation équitable est un « droit des utilisateurs ». Il convient d’adopter le point de vue de ces derniers pour déterminer, au premier volet du critère de l’arrêt *CCH*, s’il y a utilisation à une fin permise [. . .] Il ne

copier's purpose is irrelevant at the fairness stage. If . . . the copier hides behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair, that separate purpose will also be relevant to the fairness analysis.

In the case before us, however, there is no such separate purpose on the part of the teacher. Teachers have no ulterior motive when providing copies to students. . . . [T]hey are there to facilitate the students' research and private study. It seems to me to be axiomatic that most students lack the expertise to find or request the materials required for their own research and private study, and rely on the guidance of their teachers. They study what they are told to study, and the teacher's purpose in providing copies is to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. [paras. 22-23]

And in *SOCAN*, the Court similarly explained that the "predominant perspective" when assessing the purpose of the dealing was "that of the ultimate users of the previews" (para. 34).

[102] In other words, contrary to the Federal Court of Appeal's view, in the educational context it is not only the institutional perspective that matters. When teaching staff at a university make copies for their students' education, they are not "hid[ing] behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair".

[103] It was therefore an error for the Court of Appeal, in addressing the purpose of the dealing, to hold that it is only the "institution's perspective that matters" and that York's financial purpose was a "clear indication of unfairness" (paras. 238 and 241). Funds "saved" by proper exercise of the fair dealing right go to the University's core objective of education, not to some ulterior commercial purpose (see Lisa Macklem and Samuel Trosow, "Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality: Lessons From the COVID-19 Crisis" (2020), 32 *I.P.J.* 215, at p. 238). The purpose of copying conducted by university teachers for student use is for the student's education. But in every case, all relevant

s'ensuit toutefois pas que le but de l'auteur des copies ne compte pas au second volet. Lorsque [. . .] sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur, l'auteur des copies se livre à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable, cette autre fin distincte est également prise en compte dans l'analyse du caractère équitable.

Cependant, en l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. [. . .] [I]l est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. Il est à mon avis axiématique que la plupart des élèves sont incapables de trouver ou de demander les documents que requièrent leurs propres recherche et étude privée et qu'ils dépendent à cet égard de l'enseignant. Ils étudient ce qu'on leur dit d'étudier, et la fin que poursuit l'enseignant lorsqu'il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. [par. 22-23]

En outre, dans l'arrêt *SOCAN*, la Cour a expliqué dans le même ordre d'idées que « l'angle d'analyse prédominant » pour déterminer le but de l'utilisation est « celui de l'utilisateur [. . .] lors de l'écoute préalable » (par. 34).

[102] En d'autres termes, contrairement à l'opinion de la Cour d'appel fédérale, dans le contexte pédagogique, ce n'est pas seulement le point de vue de l'établissement qui compte. Lorsque le professeur d'université fait des copies pour ses étudiants, il n'agit pas « sous le couvert d'une fin permise à l'utilisateur [pour] se livre[r] à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable ».

[103] La Cour d'appel fédérale a donc conclu à tort, lorsqu'elle s'est penchée sur le but de l'utilisation, que seul « le point de vue de cet établissement [. . .] importe » et que l'objectif financier que visait l'Université « indiqu[ait] clairement qu'il y avait iniquité » (par. 238 et 241). L'argent « épargné » grâce à l'exercice légitime du droit à l'utilisation équitable concerne précisément l'objectif premier de l'université, à savoir l'éducation, et non un objectif commercial inavoué (voir Lisa Macklem et Samuel Trosow, « Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality : Lessons From the COVID-19 Crisis » (2020), 32 *I.P.J.* 215, p. 238). Les photocopies réalisées par les enseignants universitaires à l'usage des

facts must be taken into account in order to determine the fairness of the dealing.

[104] And the trial judge’s criticism of York’s Guidelines on the basis that different portions of a single work could be distributed to different students, such that an author’s entire work could end up being distributed in the aggregate, is also contradicted by *SOCAN*, which held that “[s]ince fair dealing is a ‘user’s’ right, the ‘amount of the dealing’ factor should be assessed based on the individual use, not the amount of the dealing in the aggregate” (para. 41; see also *Alberta (Education)*, at para. 29).

[105] And while it is true that “aggregate dissemination” is “considered under the ‘character of the dealing’ factor” (*SOCAN*, at para. 42; see also *CCH*, at para. 55; *Alberta (Education)*, at para. 29), as this Court cautioned in *SOCAN*, “large-scale organized dealings” are not “inherently unfair” (para. 43). In *SOCAN*, where copies could easily be distributed across the internet in large numbers, this Court warned that focussing on the “aggregate” amount of dealing could “lead to disproportionate findings of unfairness when compared with non-digital works” (para. 43). By extension, the character of the dealing factor must be carefully applied in the university context, where dealings conducted by larger universities on behalf of their students could lead to findings of unfairness when compared to smaller universities. This would be discordant with the nature of fair dealing as a user’s right.

[106] At the end of the day, the question in a case involving a university’s fair dealing practices is whether those practices actualize the students’ right to receive course material for educational purposes in a fair manner, consistent with the underlying balance between users’ rights and creators’ rights in the

étudiants ont pour but l’éducation de ces derniers. Il convient toutefois de tenir compte des faits pertinents de chaque espèce pour se prononcer sur le caractère équitable de l’utilisation.

[104] Par ailleurs, les reproches que le juge de première instance adresse aux Lignes directrices de l’Université, en raison du fait que différents extraits d’une même œuvre pourraient être distribués à différents étudiants de sorte que l’œuvre entière d’un auteur pourrait finir par être distribuée au complet, sont également contredits par l’arrêt *SOCAN*, selon lequel « [p]uisque le droit d’utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer “l’ampleur” en fonction de l’utilisation individuelle, et non globale » (par. 41; voir également *Alberta (Éducation)*, par. 29).

[105] De plus, même s’il est vrai que « l’aspect quantitatif de la diffusion globale est déjà pris en compte en fonction de la “nature de l’utilisation” » (*SOCAN*, par. 42; voir également *CCH*, par. 55; *Alberta (Éducation)*, par. 29), ainsi que notre Cour l’a bien précisé dans l’arrêt *SOCAN*, « l’utilisation organisée et à grande échelle » n’est pas « intrinsèquement inéquitable » (par. 43). Dans l’affaire *SOCAN*, dans laquelle des copies pouvaient facilement être distribuées en grandes quantités sur Internet, notre Cour a prévenu que le fait de s’attacher à l’utilisation « globale » risquait de « mener à une conclusion d’utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas » (par. 43). Par extension, le facteur relatif à la nature de l’utilisation doit être appliqué avec précaution dans le contexte universitaire, où les utilisations que font les grandes universités pour le compte de leurs étudiants pourraient conduire à des conclusions d’iniquité lorsqu’elles sont comparées à celles de plus petites universités. Cela irait à l’encontre du droit des utilisateurs à l’utilisation équitable.

[106] En fin de compte, la question qui se pose dans une affaire portant sur les pratiques d’utilisation équitable d’une université est celle de savoir si ces pratiques contribuent à la matérialisation du droit des étudiants de recevoir du matériel de cours à des fins d’éducation d’une manière équitable, conformément

Act. Since we are not deciding the merits of the fair dealing appeal brought by York, there is no reason to answer the question in this case.

[107] In light of these reasons, I would dismiss York’s appeal from the dismissal of its counterclaim but, in the circumstances, without costs.

[108] I would dismiss Access Copyright’s appeal with costs.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent York University: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant the Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”): Torys, Toronto; Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto.

Solicitor for the intervenor Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC): Cabinet Payette, Lévis.

Solicitors for the intervenors the Authors Alliance and Ariel Katz: Lenczner Slaght, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Association of Law Libraries: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervenors the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students: Canadian Association of University Teachers, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

à l’équilibre sous-jacent entre les droits des utilisateurs et les droits que la *Loi* confère aux créateurs. Comme nous ne sommes pas appelés à trancher le fond du pourvoi de l’Université sur l’utilisation équitable, il n’y a aucune raison de répondre à cette question dans la présente affaire.

[107] À la lumière de ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de l’Université formé contre le rejet de sa demande reconventionnelle mais, dans les circonstances, sans dépens.

[108] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi formé par Access Copyright avec dépens.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l’appelante/intimée l’Université York : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l’intimée/appelante Canadian Copyright Licensing Agency (« Access Copyright »): Torys, Toronto; Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto.

Procureur de l’intervenante la Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC) : Cabinet Payette, Lévis.

Procureurs des intervenants Authors Alliance et Ariel Katz : Lenczner Slaght, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des bibliothèques de droit : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureur des intervenantes l’Association canadienne des professeures et professeurs d’université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants : Association canadienne des professeures et professeurs d’université, Ottawa.

Procureur de l’intervenante la Clinique d’intérêt public et de politique d’internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d’Ottawa, Ottawa.

Solicitor for the interveners Centre de droit des affaires et du commerce international et Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique: Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal.

Solicitors for the interveners the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Solicitors for the interveners the Copyright Collective of Canada: Gowling WLG (Canada), Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music Licensing Service Inc. and Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec: Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Media Producers Association and Association québécoise de la production médiatique: Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Solicitors for the interveners the International Authors Forum, the International Federation of Reproduction Rights Organisations and the International Publishers Association: Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Solicitors for the interveners the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Research Libraries: Ridout & Maybee, Ottawa.

Solicitor for the interveners the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada: Wanda Noel Barrister & Solicitor, Ottawa.

Procureur des intervenants le Centre de droit des affaires et du commerce international et la Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique : Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société de perception de droit d'auteur du Canada : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux ltée, la Société collective de retransmission du Canada, CONNECT Music Licensing Service Inc. et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec : Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des producteurs médiatiques et l'Association québécoise de la production médiatique : Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.

Procureurs des intervenants International Authors Forum, la Fédération Internationale des Organisations de Droits de Reproduction et l'Union internationale des éditeurs : Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs des intervenants Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers' Council et Writers' Union of Canada : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des bibliothèques de recherche du Canada : Ridout & Maybee, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Consortium du droit d'auteur du Conseil des Ministres de l'Éducation (Canada) : Wanda Noel Barrister & Solicitor, Ottawa.

Solicitors for the interveners Music Canada, the Canadian Music Publishers Association, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, the Professional Music Publishers Association and the Canadian Independent Music Association: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the intervener Colleges and Institutes Canada: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitor for the intervener Universities Canada: Universities Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants Music Canada, les Éditeurs de Musique au Canada, l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, l'Association des professionnels de l'édition musicale et Canadian Independent Music Association : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Collèges et Instituts Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Universités Canada : Universités Canada, Ottawa.