

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

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

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

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

District School Board, Northeastern Catholic District School Board, Northern District School Area Board, Northwest Catholic District School Board, Ottawa Children's Treatment Centre School Authority, Ottawa Catholic District School Board, Ottawa-Carleton District School Board, Parry Sound Roman Catholic Separate School Board, Peel District School Board, Peterborough Victoria Northumberland and Clarington Catholic District School Board, Rainbow District School Board, Rainy River District School Board, Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board, Renfrew County Catholic District School Board, Renfrew County District School Board, Simcoe County District School Board, Simcoe Muskoka Catholic District School Board, St. Clair Catholic District School Board, Sudbury Catholic District School Board, Superior North Catholic District School Board, Superior-Greenstone District School Board, Thames Valley District School Board, Thunder Bay Catholic District School Board, Toronto Catholic District School Board, Toronto District School Board, Trillium Lakelands District School Board, Upper Canada District School Board, Upper Grand District School Board, Upsala District School Area Board, Waterloo Catholic District School Board, Waterloo Region District School Board, Wellington Catholic District School Board, Windsor-Essex Catholic District School Board, York Catholic District School Board and York Region District School Board *Appellants*

v.

Canadian Copyright Licensing Agency Operating as "Access Copyright" *Respondent*

and

District School Board, Northeastern Catholic District School Board, Northern District School Area Board, Northwest Catholic District School Board, Ottawa Children's Treatment Centre School Authority, Ottawa Catholic District School Board, Ottawa-Carleton District School Board, Parry Sound Roman Catholic Separate School Board, Peel District School Board, Peterborough Victoria Northumberland and Clarington Catholic District School Board, Rainbow District School Board, Rainy River District School Board, Red Lake Area Combined Roman Catholic Separate School Board, Renfrew County Catholic District School Board, Renfrew County District School Board, Simcoe County District School Board, Simcoe Muskoka Catholic District School Board, St. Clair Catholic District School Board, Sudbury Catholic District School Board, Superior North Catholic District School Board, Superior-Greenstone District School Board, Thames Valley District School Board, Thunder Bay Catholic District School Board, Toronto Catholic District School Board, Toronto District School Board, Trillium Lakelands District School Board, Upper Canada District School Board, Upper Grand District School Board, Upsala District School Area Board, Waterloo Catholic District School Board, Waterloo Region District School Board, Wellington Catholic District School Board, Windsor-Essex Catholic District School Board, York Catholic District School Board et York Region District School Board *Appellants*

c.

Canadian Copyright Licensing Agency, connue sous la raison sociale « Access Copyright » *Intimée*

et

Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, Canadian Educational Resources Council, Canadian Association of University Teachers, Canadian Federation of Students, Association of Universities and Colleges of Canada, Association of Canadian Community Colleges, CMRRA-SODRAC Inc., Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, Canadian Society of Children's Authors, Illustrators and Performers, League of Canadian Poets, Literary Translators' Association of Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada, Writers' Union of Canada and Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto *Intervenors*

Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, Canadian Educational Resources Council, Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Fédération canadienne des étudiantes et étudiants, Association des universités et collèges du Canada, Association des collèges communautaires du Canada, CMRRA-SODRAC Inc., Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, Société canadienne des auteurs, illustrateurs et artistes pour enfants, League of Canadian Poets, Association des traducteurs et traductrices littéraires du Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada, Writers' Union of Canada et Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto *Intervenants*

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

2012 SCC 37

File No.: 33888.

2011: December 7; 2012: July 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Teachers making photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works to distribute to students as part of class instruction — Collective society seeking to collect royalties for photocopies of excerpts — Whether elementary and secondary schools can claim the benefit of “fair dealing” exception for copies of works made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

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

2012 CSC 37

N° du greffe : 33888.

2011 : 7 décembre; 2012 : 12 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Photocopie d'extraits de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur, par des enseignants, pour distribution en classe aux élèves — Demande présentée par une société de gestion collective afin qu'elle puisse percevoir des redevances pour la photocopie d'extraits — Les écoles des niveaux élémentaire et secondaire peuvent-elles bénéficier de l'exception de l'« utilisation équitable » à l'égard des copies que l'enseignant fait de son propre chef et qu'il donne à lire aux élèves? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board deeming that photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works did not constitute fair dealing — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness — Whether Board made reviewable error.

Access Copyright represents authors and publishers of printed literary and artistic works. It filed a proposed tariff with the Copyright Board with respect to the reproduction of its repertoire for use in elementary and secondary schools in all the provinces and territories other than Quebec. The Copyright Board concluded that copies made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material were made for the allowable purpose of "research or private study" under s. 29 of the *Copyright Act*. They did not, however, constitute fair dealing and were therefore subject to a royalty. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the Copyright Board's conclusion that the copies were not fair dealing.

Held (Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the matter remitted to the Board for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Fair dealing allows users to engage in activities that might otherwise amount to copyright infringement. The test for fair dealing was articulated in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* as involving two steps. The first is to determine whether the dealing is for the allowable purpose of "research or private study" under s. 29, "criticism or review" under s. 29.1, or "news reporting" under s. 29.2 of the *Copyright Act*. The second step assesses whether the dealing is "fair".

There is no dispute that the first step of the test set out in *CCH* was met and that the dealing — photocopying — was for the allowable purpose of research or private study. The dispute in this case centres on the second step of the test, namely, whether the copies were "fair" according to the factors set out in *CCH*: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la photocopie de passages de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur n'équivaut pas à une utilisation équitable — La décision est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte? — La Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire?

Access Copyright représente les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques. Elle a demandé à la Commission du droit d'auteur d'homologuer un projet de tarif applicable lorsque des œuvres de son répertoire sont reproduites en vue d'une utilisation dans les écoles élémentaires et secondaires de chacune des provinces (sauf le Québec) et de chacun des territoires. La Commission du droit d'auteur a conclu que les copies tirées du propre chef de l'enseignant et que ce dernier donne à lire à ses élèves sont produites aux fins d'« étude privée ou de recherche », comme le permet l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Or, elle a estimé que ces copies ne résultaient pas d'une utilisation équitable et étaient par conséquent assujetties au tarif. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle les copies ne satisfaisaient pas aux conditions de l'utilisation équitable.

Arrêt (les juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Commission pour réexamen.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Moldaver et Karakatsanis : L'utilisation équitable permet certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d'auteur. Énoncé dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, le critère qui permet de déterminer s'il y a utilisation équitable comporte deux volets. Dans le cadre du premier, il s'agit de savoir s'il y a utilisation aux fins « d'étude privée ou de recherche » suivant l'art. 29, « de critique ou de compte rendu » suivant l'art. 29.1, ou encore, de « communication des nouvelles », suivant l'art. 29.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le second volet s'attache à déterminer si l'utilisation est « équitable ».

Les parties conviennent que le premier volet du critère de l'arrêt *CCH* est respecté et que l'utilisation — la photocopie — a lieu aux fins permises d'étude privée ou de recherche. Le litige porte en l'espèce sur le second volet : les copies résultent-elles d'une utilisation « équitable » au regard des éléments énoncés dans *CCH*, à savoir le but, la nature et 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?

The Board concluded that the predominant purpose was that of the teacher as the copier. This meant that the purpose was instruction, not research or private study. When considering the first stage of *CCH* — whether the dealing is for an allowable purpose — the relevant perspective is that of the user. This does not mean, however, that the copier’s purpose is irrelevant at the second stage. The copier’s purpose will be relevant to the fairness analysis if the copier hides behind the shield of the user’s allowable purpose in order to engage in a separate purpose — such as a commercial one — that can make the dealing unfair. There is no separate purpose on the part of the teachers in this case. They have no ulterior or commercial motive when providing copies to students. They are there to facilitate the students’ research and private study and to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. The teacher/copier shares a symbiotic purpose with the student/user who is engaging in research or private study. The Copyright Board’s approach drives an artificial wedge into these unified purposes of instruction and research/private study by drawing a distinction between copies made by the teacher at the request of a student and copies made by the teacher without a prior request from a student. The word “private” in “private study” should not be understood as requiring users to view copyrighted works in isolation.

The Copyright Board’s approach to the “amount of the dealing” factor was also flawed. Having found that teachers only copied short excerpts of each textbook, the Board was required to determine whether the proportion of each of the short excerpts in relation to the whole work was fair. This factor is not a quantitative assessment based on aggregate use, but an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work.

With respect to the “alternatives to the dealing” factor, contrary to the Copyright Board’s conclusion, buying books for every student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks. Purchasing a greater number of original textbooks to distribute to students is unreasonable in light of the Board’s finding that teachers only photocopy short excerpts to complement existing textbooks.

As for the “effect of the dealing on the work” factor, there was no evidence of a link between photocopying short excerpts and a decline in textbook sales. There were several factors, in fact, other than photocopying,

La Commission a estimé que la fin prédominante de l’utilisation devait être celle de l’enseignant lorsqu’il effectue la photocopie, à savoir l’enseignement, et non l’étude privée ou la recherche. Il convient d’adopter le point de vue de l’utilisateur pour déterminer, au premier volet du critère de l’arrêt *CCH*, s’il y a utilisation à une fin permise. Il ne s’ensuit toutefois pas que le but de celui qui tire les copies n’est pas pris en compte au second volet. Ce but importe dans l’analyse du caractère équitable lorsque, sous le couvert d’une fin permise à l’utilisateur, l’auteur des copies poursuit une fin distincte (telle une fin commerciale) qui est de nature à rendre l’utilisation inéquitable. En l’espèce, l’enseignant ne poursuit pas une fin distincte. Il n’a pas de motif inavoué ou commercial lorsqu’il fournit les copies aux élèves. Son rôle consiste à faciliter la recherche et l’étude privée des élèves et de permettre à ceux-ci de disposer du matériel nécessaire à l’apprentissage. L’enseignant/auteur des copies et l’élève/utilisateur qui s’adonne à la recherche ou à l’étude privée poursuivent en symbiose une même fin. La Commission du droit d’auteur vient artificiellement enfoncer un coin entre les fins réunies en une seule que sont l’enseignement et la recherche/étude privée en établissant une distinction entre les copies produites par l’enseignant à la demande d’un élève et celles produites en l’absence d’une telle demande. Dans le terme « étude privée », l’adjectif « privée » ne doit pas être interprété comme exigeant de l’utilisateur qu’il consulte l’œuvre protégée dans l’isolement.

L’approche adoptée par la Commission du droit d’auteur à l’égard de « l’ampleur de l’utilisation » était également erronée. Puisqu’elle a conclu que l’enseignant ne reproduit que de courts extraits de chacun des manuels, elle devait se demander si la proportion entre chacun des courts extraits et l’œuvre en entier était équitable. Cet élément ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l’utilisation globale, mais appelle un examen du rapport entre l’extrait et l’œuvre entière.

Contrairement à l’opinion de la Commission du droit d’auteur, l’achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une « solution de rechange » réaliste à la reproduction par l’enseignant de courts extraits complémentaires. L’achat d’exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n’est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels existants.

En ce qui a trait à « l’effet de l’utilisation sur l’œuvre », rien ne démontre l’existence d’un quelconque lien entre la photocopie de courts extraits et la diminution des ventes de manuels. Outre la photocopie, plusieurs

that were more likely to have contributed to any such decline. Moreover, the Board's finding that the teachers' copying was limited to short excerpts of complementary texts, makes it difficult to see how the teachers' copying competes with the market for textbooks.

The Copyright Board's decision as to whether the photocopies amount to fair dealing is to be reviewed on a reasonableness standard. Because its finding of unfairness was based on a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was unreasonable.

Per Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): Whether a dealing is fair is a question of fact. The *CCH* factors help assess whether a dealing is fair but they are not statutory requirements. The Copyright Board's application of these factors to the facts of a case should be treated with deference and a reasonableness standard should be applied on judicial review. In this case, the Board made no reviewable error in principle.

It was neither artificial nor unreasonable to conclude that the photocopies mainly serve the teacher's purpose of teaching and that this was the relevant and predominant purpose of the dealing. The Board did not draw an artificial distinction between copies made at the request of a student and at the teacher's own initiative. The Board did not err by equating "instruction" with "non-private study". The word "private" in s. 29 of the *Copyright Act* cannot be stripped of meaning. A copy made on a teacher's own initiative may be for private study if, for example, the material is tailored to the particular learning needs or interests of a single or small number of students but "private study" cannot include large quantities of copies made as part of an organized program of instruction.

It is important not to look to the same aspect of the dealing under more than one *CCH* factor. The Board's analysis of the amount of the dealing remained focused on the overall proportion of the copied pages of a work in relation to the entire work over a period of time. Its analysis of the character of the dealing focused on the fact that multiple copies of the same excerpt are made, at any one time, to be disseminated to a whole class.

autres considérations sont en fait davantage susceptibles d'expliquer la baisse. Aussi, étant donné la conclusion de la Commission voulant que les enseignants n'en reproduisent que de courts extraits à titre complémentaire, il est difficile de concevoir que les photocopies tirées par les enseignants puissent concurrencer les manuels sur le marché.

C'est en fonction de la norme de la raisonabilité que doit être contrôlée la décision de la Commission du droit d'auteur quant à savoir si la photocopie équivaut à une utilisation équitable. Comme elle a conclu au caractère inéquitable de l'utilisation à l'issue d'une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision était déraisonnable.

Les juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell (dissidents) : Ce qu'il faut entendre par utilisation équitable est une question de fait. Les éléments établis dans *CCH* contribuent à la détermination du caractère équitable ou non équitable de l'utilisation, mais il ne s'agit pas d'exigences légales. L'application de ces éléments aux faits d'une affaire par la Commission du droit d'auteur appelle la déférence, et la norme de la décision raisonnable est celle qui convient en cas de contrôle judiciaire. En l'espèce, la Commission n'a pas commis, sur le plan des principes, d'erreur susceptible de contrôle judiciaire.

Il n'était ni artificiel ni déraisonnable d'inférer que la reproduction servait principalement la fin poursuivie par l'enseignant et que cette fin importait et était prédominante quant à l'utilisation. La Commission n'a pas établi une distinction artificielle entre les copies faites par l'enseignant à la demande d'un élève et celles faites de sa propre initiative. Elle n'a pas eu tort de faire équivaloir « enseignement » et « étude non privée ». On ne saurait interpréter l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à dépouiller de tout sens l'adjectif « privée » qui y est employé. La reproduction effectuée à l'initiative d'un enseignant peut avoir pour fin l'étude privée lorsque, par exemple, le matériel est adapté aux besoins d'apprentissage spéciaux ou aux intérêts particuliers d'un seul élève ou d'un petit nombre d'élèves, mais l'« étude privée » ne saurait englober la photocopie à grande échelle dans le cadre établi d'un programme d'enseignement.

Il importe de ne pas considérer un même aspect dans l'examen de plus d'un des éléments dégagés dans *CCH*. L'analyse de la Commission concernant l'ampleur de l'utilisation est demeurée axée sur le rapport global entre les pages photocopées et l'œuvre entière dans un laps de temps donné. Son analyse relative à la nature de l'utilisation s'est attachée au fait que de multiples copies d'un même extrait étaient distribuées à une classe

There is no basis to disturb the Board's assessments of these factors.

The Board's analysis of alternatives to the dealing was not unreasonable. Furthermore, in a case where numerous short excerpts of the work are taken, the fact that there are no non-copyrighted alternatives will not automatically render a dealing fair. The Board's conclusion that the dealing competes with the original work to an extent that makes the dealing unfair is unsupported by evidence and unreasonable. However, no one *CCH* factor is determinative and the Board considered the purpose of the dealing and the amount of the dealing to be the most important factors, therefore this error is not sufficient to render the Board's decision unreasonable. The Board's decision was intelligible, transparent and justifiable and cannot be said to fall outside of a reasonable range of outcomes.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545; *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023.

By Rothstein J. (dissenting)

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, rev'g 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 29.1, 29.2, 29.4, 70.13(2).
Copyright, Designs and Patents Act 1988 (U.K.), 1988, c. 48, s. 178 "private study".

entière. Il n'y a pas lieu de revenir sur l'appréciation de ces éléments par la Commission.

L'analyse de la Commission concernant les solutions de rechange à l'utilisation n'était pas déraisonnable. Qui plus est, lorsque de nombreux courts extraits de l'œuvre sont utilisés, l'inexistence de solutions de rechange non protégées par le droit d'auteur ne rend pas automatiquement l'utilisation équitable. La conclusion de la Commission selon laquelle l'utilisation fait concurrence à l'œuvre originale au point de devenir inéquitable n'est ni étayée par la preuve ni raisonnable. Nul élément issu de *CCH* n'est à lui seul déterminant, et la Commission a accordé plus d'importance au but de l'utilisation et à son ampleur qu'aux autres éléments. L'erreur commise ne rend donc pas sa décision déraisonnable. La décision de la Commission était à la fois intelligible et transparente et elle se justifiait. De plus, on ne saurait prétendre qu'elle n'appartient pas aux issues possibles raisonnables.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545; *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601; *Copyright Licensing Ltd. c. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, inf. 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

Lois et règlements cités

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 48, art. 178 « private study ».
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29, 29.1, 29.2, 29.4, 70.13(2).

Authors Cited

D'Agostino, Giuseppina. "Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use" (2008), 53 *McGill L.J.* 309.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Noël and Trudel J.J.A.), 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, 405 N.R. 354, 85 C.P.R. (4th) 349, [2010] F.C.J. No. 952 (QL), 2010 CarswellNat 2481, reversing in part a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf, [2009] C.B.D. No. 6 (QL), 2009 CarswellNat 1930. Appeal allowed, Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

Wanda Noel, James Aidan O'Neill and Ariel A. Thomas, for the appellants.

Neil Finkelstein and Claude Brunet, for the respondent.

Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover, for the interveners the Canadian Publishers' Council, the Association of Canadian Publishers and the Canadian Educational Resources Council.

Written submissions only by *Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Alexandra Peterson*, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students.

Marcus A. Klee, for the interveners the Association of Universities and Colleges of Canada and the Association of Canadian Community Colleges.

Timothy Pinos, Casey M. Chisick and Jason Beitchman, for the intervener CMRRA-SODRAC Inc.

Written submissions only by *David Fewer and Jeremy de Beer*, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Doctrine et autres documents cités

D'Agostino, Giuseppina. « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *R.D. McGill* 309.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Noël et Trudel), 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, 405 N.R. 354, 85 C.P.R. (4th) 349, [2010] A.C.F. n° 952 (QL), 2010 CarswellNat 4045, qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d'auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2009/Access-Copyright-2005-2009-Schools.pdf, [2009] D.C.D.A. n° 6 (QL), 2009 CarswellNat 1931. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

Wanda Noel, James Aidan O'Neill et Ariel A. Thomas, pour les appelants.

Neil Finkelstein et Claude Brunet, pour l'intimée.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour les intervenants Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers et Canadian Educational Resources Council.

Argumentation écrite seulement par *Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Alexandra Peterson*, pour les intervenantes l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants.

Marcus A. Klee, pour les intervenantes l'Association des universités et collèges du Canada et l'Association des collèges communautaires du Canada.

Timothy Pinos, Casey M. Chisick et Jason Beitchman, pour l'intervenante CMRRA-SODRAC Inc.

Argumentation écrite seulement par *David Fewer et Jeremy de Beer*, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Written submissions only by *Marian Hebb, Warren Sheffer* and *Brendan van Niejenhuis*, for the interveners the Canadian Authors Association, the Canadian Freelance Union, the Canadian Society of Children's Authors, Illustrators and Performers, the League of Canadian Poets, the Literary Translators' Association of Canada, the Playwrights Guild of Canada, the Professional Writers Association of Canada and the Writers' Union of Canada.

Written submissions only by *Howard P. Knopf* and *Ariel Katz*, for the intervener the Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Many authors create textbooks and other literary works to sell to primary and secondary level educational institutions across Canada. Photocopying short excerpts of these works is a common practice in Canadian schools, and is often used as an important administrative and teaching tool by teachers. The issue in this appeal is whether photocopies made by teachers to distribute to students as part of class instruction can qualify as fair dealing under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

Background

[2] Access Copyright represents authors and publishers of literary and artistic works in printed materials which are subject to copying. It administers the reproduction of published materials by issuing licences and collecting and distributing royalties to affiliated copyright owners. When Access Copyright does not reach a licensing or royalty agreement with users who photocopy published works in its repertoire, it can apply to the Copyright Board to certify a royalty in the form of a tariff.

Argumentation écrite seulement par *Marian Hebb, Warren Sheffer* et *Brendan van Niejenhuis*, pour les intervenantes Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, la Société canadienne des auteurs, illustrateurs et artistes pour enfants, League of Canadian Poets, l'Association des traducteurs et traductrices littéraires du Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada et Writers' Union of Canada.

Argumentation écrite seulement par *Howard P. Knopf* et *Ariel Katz*, pour l'intervenant Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — De nombreux auteurs créent des œuvres littéraires, notamment des manuels scolaires, qu'ils destinent à la vente aux établissements d'enseignement des niveaux élémentaire et secondaire à la grandeur du Canada. La photocopie de courts extraits de ces œuvres est monnaie courante dans les écoles canadiennes, et les copies ainsi tirées constituent souvent un outil didactique et administratif important pour les enseignants. La question qu'il faut trancher en l'espèce est celle de savoir si le fait, pour les enseignants, de faire des photocopies en vue de les distribuer en classe aux élèves peut constituer une utilisation équitable pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.

Contexte

[2] Access Copyright représente les auteurs et les éditeurs d'œuvres littéraires et artistiques publiées et reproductibles. Elle gère la reproduction de ces œuvres en délivrant des licences et en percevant les redevances pour le compte des titulaires du droit d'auteur qui lui sont affiliés. Lorsque aucune entente d'octroi de licence en contrepartie de redevances n'intervient entre elle et les utilisateurs qui photocopient les œuvres de son répertoire, Access Copyright peut demander à la Commission du droit d'auteur d'homologuer un tarif de redevances.

[3] At elementary and secondary schools across Canada, teachers often make photocopies of portions of textbooks or other published works which are part of Access Copyright's repertoire. Between 1991 and 1997, Access Copyright reached royalty agreements with each of the provinces and territories (other than Quebec) with respect to the reproduction of its repertoire for use in these schools. In 1999, all the provincial parties and the Ontario School Boards (the "Coalition") signed a five-year agreement, providing for royalty increases based on a per student calculation, not on the number of pages copied.

[4] When the time came to renew the royalty agreement in 2004, Access Copyright wanted the royalties revised to reflect the volume and content of what was being copied. The parties were unable to reach an agreement, based largely on the fact that they could not agree on how a "volume study" was to be conducted. Access Copyright therefore filed a proposed tariff with the Copyright Board in accordance with s. 70.13(2) of the *Act*.

[5] During the course of the proceedings before the Board, the parties eventually agreed to the terms of a volume study. It was carried out between February 2005 and March 2006. In accordance with the agreed-upon terms, information was recorded by observers on stickers posted next to each photocopier, including who made the copy, who would be using the copy, and the purpose of the copy.

[6] Based on information collected from the stickers, each incident of photocopying was divided into one of four categories. The first three dealt with copies made by teachers either for themselves or at the request of a student. All parties agreed that copies falling under these categories — about 1.7 million pages — constituted fair dealing.

[3] Les enseignants des niveaux élémentaire et secondaire de partout au pays photocopient souvent des extraits de manuels ou d'autres publications qui figurent dans le répertoire d'Access Copyright. Entre 1991 et 1997, cette société a conclu avec chacune des provinces (sauf le Québec) et chacun des territoires une entente sur les redevances exigibles pour la reproduction d'œuvres de son répertoire en vue d'une utilisation dans les écoles de ces ressorts. En 1999, les provinces qui sont parties au pourvoi et les conseils scolaires de l'Ontario (la « coalition ») ont conclu une entente d'une durée de cinq ans prévoyant l'augmentation du montant des redevances, lequel était fixé au prorata du nombre d'élèves, et non en fonction du nombre de pages reproduites.

[4] En 2004, au moment de renouveler l'entente, Access Copyright a demandé la modification du calcul des redevances, de sorte que leur montant tienne compte du volume et de la teneur de l'objet de la reproduction. Les parties n'ont pu s'entendre, en raison surtout de leur désaccord sur les modalités de l'« enquête de volume ». Access Copyright a donc déposé un projet de tarif auprès de la Commission du droit d'auteur conformément au par. 70.13(2) de la *Loi*.

[5] Avant que la Commission ne rende sa décision, les parties ont convenu des modalités de l'enquête sur le volume, laquelle a eu lieu de février 2005 à mars 2006. Conformément aux conditions arrêtées, des renseignements (l'auteur de la copie, son destinataire, la fin poursuivie, etc.) étaient consignés sur une étiquette d'enregistrement par des observateurs postés près des photocopieurs.

[6] À partir des données recueillies grâce aux étiquettes, pour chacun des épisodes de reproduction, les photocopies ont été attribuées à l'une de quatre catégories. Les trois premières catégories rassemblent les copies faites par un enseignant pour lui-même ou pour un élève à sa demande. Les parties conviennent que les copies appartenant à ces catégories — et qui représentent environ 1,7 million de pages — correspondent à une utilisation équitable.

[7] The fourth category (Category 4) dealt with copies of works made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material. Teachers would photocopy short excerpts from textbooks and distribute those copies to students as a complement to the main textbook the students used.

[8] At a hearing before the Board, Access Copyright argued that the Category 4 copies did not meet the test for fair dealing identified by McLachlin C.J. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339. The Coalition countered with the argument that the approximately 16.9 million pages in Category 4 should be excluded from any tariff because the copies constituted fair dealing under ss. 29 or 29.1 of the *Act*.

[9] Based on the evidence from the stickers used in the volume study, the Board concluded that the Category 4 copies were made for the allowable purpose of "research or private study" under s. 29 of the *Act*, but found, applying the *CCH* fairness factors, that the Category 4 copies did not constitute fair dealing and were therefore subject to a royalty. The Board also rejected the Coalition's argument that the Category 4 copies fell within the exception for educational institutions under s. 29.4 of the *Act* (online).

[10] On judicial review, the Federal Court of Appeal remitted the s. 29.4 issue back to the Board, stating that the Board failed to address an aspect of the "educational institutions" test. But the court found the Board's conclusion that the Category 4 copies were not fair dealing to be reasonable (2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223).

[11] The Coalition appealed only the fair dealing issue to this Court, maintaining that the Board's

[7] Les copies font partie de la catégorie 4 lorsque l'enseignant les fait de son propre chef puis demande aux élèves d'en prendre connaissance. Elles résultent de la reproduction de courts extraits de manuels et elles sont distribuées aux élèves par l'enseignant en guise de complément au manuel principal utilisé.

[8] À l'audience devant la Commission, Access Copyright a fait valoir que les copies de la catégorie 4 ne respectaient pas le critère relatif à l'utilisation équitable établi par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339. La coalition a répliqué que les copies de la catégorie 4 — soit environ 16,9 millions de pages — résultaient d'une utilisation équitable pour l'application des art. 29 et 29.1 de la *Loi* et ne devaient donc être assujetties à aucun tarif.

[9] Se fondant sur la preuve provenant des étiquettes employées lors de l'enquête sur le volume, la Commission conclut que les copies de la catégorie 4 ont été produites « aux fins d'étude privée ou de recherche », deux fins permises à l'art. 29 de la *Loi*. Or, eu égard aux éléments qui, selon *CCH*, permettent de conclure au caractère équitable de l'utilisation, elle estime que ces copies ne résultent pas d'une utilisation équitable et sont par conséquent assujetties au tarif. La Commission rejette également la prétention de la coalition selon laquelle ces copies bénéficient de l'exception prévue à l'art. 29.4 de la *Loi* pour les établissements d'enseignement (en ligne).

[10] Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a renvoyé à la Commission la question liée à l'art. 29.4 au motif que l'un des volets du critère applicable aux « établissements d'enseignement » n'avait pas été considéré. Elle a néanmoins jugé raisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle les copies de la catégorie 4 ne remplissaient pas les conditions de l'utilisation équitable (2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223).

[11] La coalition n'interjette appel devant notre Cour que sur la question de l'utilisation équitable et

conclusion was not in accordance with the *CCH* test and was therefore unreasonable. I agree and would therefore remit the matter to the Board for reconsideration in accordance with these reasons.

Analysis

[12] As discussed in the companion appeal *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN v. Bell*), the concept of fair dealing allows users to engage in some activities that might otherwise amount to copyright infringement. The test for fair dealing was articulated in *CCH* as involving two steps. The first is to determine whether the dealing is for the allowable purpose of “research or private study” under s. 29, “criticism or review” under s. 29.1, or “news reporting” under s. 29.2 of the *Act*. The second step of *CCH* assesses whether the dealing is “fair”. The onus is on the person invoking “fair dealing” to satisfy all aspects of the test. To assist in determining whether the dealing is “fair”, this Court set out a number of fairness factors: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

[13] The Board accepted that where the photocopier stickers indicated that the copying was for an allowable purpose — “research” or “private study” — no further inquiry under the first step of the *CCH* test was required. The Board also found that where the sticker indicated that the purpose of the copy was “criticism or review”, the purpose was also to be treated as “research or private study”.

[14] Before this Court, there was generally no dispute that the first step in *CCH* was met and that the dealing — photocopying — was for the allowable purpose of research or private study. The dispute essentially centred on the second step of the test: whether the Category 4 copies were “fair” in

elle fait valoir que la conclusion de la Commission ne respecte pas le critère établi dans *CCH*, ce qui la rend déraisonnable. Je fais droit à sa prétention. Je suis donc d’avis de renvoyer l’affaire à la Commission pour qu’elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

Analyse

[12] Comme il est expliqué dans le pourvoi connexe *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), l’utilisation équitable s’entend de certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur. Énoncé dans l’arrêt *CCH*, le critère qui permet de déterminer si une utilisation est équitable ou non comporte deux volets. Premièrement, l’utilisation a-t-elle pour objet l’« étude privée ou [la] recherche », la « critique ou [le] compte rendu », ou encore, la « communication des nouvelles », soit l’une ou l’autre des fins permises aux art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi*? Deuxièmement, l’utilisation est-elle « équitable »? Il incombe à la personne qui invoque l’« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets. Selon la Cour, un certain nombre d’éléments permettent de déterminer si une utilisation est « équitable » : le but, la nature et 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.

[13] Tenant pour avéré, sur la foi des étiquettes, que les copies ont été faites aux fins permises de « recherche » ou d’« étude privée », la Commission ne pousse pas l’analyse plus loin au premier volet du critère énoncé dans *CCH*. Elle assimile également à la reproduction aux fins susmentionnées celle qui a lieu, selon l’étiquette, « aux fins de critique ou de compte rendu ».

[14] En l’espèce, les parties conviennent généralement que le premier volet du critère est respecté et que l’utilisation — en l’occurrence la photocopie — a lieu à la fin permise de recherche ou d’étude privée. Le litige porte essentiellement sur le deuxième volet : les copies de la catégorie 4

accordance with the *CCH* factors. I have concerns over how the Board applied several of those factors.

[15] In my view, the key problem is in the way the Board approached the “purpose of the dealing” factor. The Board concluded that since the Category 4 copies were not made as a result of a student request, they were no longer for the purpose of research or private study at the second stage. This was based on its observation that in *CCH*, the Great Library was making copies at the request of lawyers. Because there was no such request for Category 4 copies, the Board concluded that the *predominant* purpose was that of the teacher, namely, “instruction” or “non-private study”. The Board therefore found that this factor tended to make the Category 4 copies unfair. The Federal Court of Appeal, agreeing with the Board, stated that the real purpose or motive behind the copies was instruction, not private study.

[16] Access Copyright argued that the purpose of the dealing should be seen, as it was by the Board and the Federal Court of Appeal, from the copier’s, or teacher’s perspective. It relied particularly on three key Commonwealth cases which found the copier’s purpose in reproducing the work to be determinative. In *Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. D.), an importer and seller of “study notes” which reproduced a substantial part of a literary work, argued that the notes were intended as a supplementary aid for students engaging in research and private study. The court held that the seller was unable to invoke the fair dealing exception since it was not *itself* engaged in private study or research, but was merely facilitating this activity for others (p. 558).

[17] The court in *Sillitoe* relied on *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601, where a publisher issued a

résultent-elles d’une utilisation « équitable » au regard des éléments énoncés dans *CCH*? J’ai des réserves sur l’application que fait la Commission de plusieurs de ces éléments.

[15] À mon avis, le problème principal réside dans la manière dont elle conçoit l’élément qui correspond au « but de l’utilisation ». Parce que les copies de la catégorie 4 ne sont pas faites à la demande d’un élève, la Commission conclut au second volet que la reproduction n’a plus pour fin la recherche ou l’étude privée. Elle invoque à l’appui de sa conclusion le fait que, dans l’affaire *CCH*, la Grande bibliothèque produisait des copies à la demande d’avocats. En l’espèce, puisque les copies de la catégorie 4 ne résultent pas d’une telle demande, la Commission estime que l’utilisation a pour but *prédominant* la fin poursuivie par l’enseignant, c’est-à-dire « l’étude non privée » ou « l’enseignement ». Cet élément fait selon elle pencher la balance du côté de l’utilisation inéquitable. La Cour d’appel fédérale convient avec la Commission que le but ou le motif réel de la reproduction est l’enseignement, non l’étude privée.

[16] Access Copyright a fait valoir qu’il fallait déterminer le but de l’utilisation du point de vue de la personne qui fait la copie, en l’occurrence l’enseignant, ce dont conviennent la Commission et la Cour d’appel fédérale. Elle a cité à l’appui trois arrêts fondamentaux de ressorts du Commonwealth selon lesquels la fin que poursuit la personne qui reproduit l’œuvre est déterminante. Dans *Sillitoe c. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.*, [1983] F.S.R. 545 (Ch. Div.), un importateur et vendeur de « notes d’étude » qui reproduisait de larges extraits d’œuvres littéraires faisait valoir que son produit constituait un outil complémentaire offert aux étudiants qui se livraient à la recherche et à l’étude privée. La cour a écarté l’utilisation équitable dont s’excipait le vendeur, puisqu’il ne s’adonnait pas *lui-même* à la recherche ou à l’étude privée, mais facilitait seulement le travail d’autres personnes (p. 558).

[17] Dans *Sillitoe*, la conclusion de la cour se fonde sur l’arrêt *University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.*, [1916] 2 Ch. 601,

publication reproducing old exams and sold it to students who were preparing for their own exams. The publisher argued that the publication amounted to fair dealing “for the purposes of private study” by university students preparing for exams. The court held that the company could not bring itself within the fair dealing exception, rejecting the argument that the purpose of the publication was “private study”:

It could not be contended that the mere republication of a copyright work was a “fair dealing” because it was intended for purposes of private study; nor, if an author produced a book of questions for the use of students, could another person with impunity republish the book with the answers to the questions. Neither case would, in my judgment, come within the description of “fair dealing”. [p. 613]

[18] In the New Zealand case *Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.), several universities provided copies of copyrighted works to students as part of course packs, and charged the students for these materials through various school fees. The universities argued that the copying constituted fair dealing for the purposes of research or private study. The court held that the “purpose” must be that of the person “doing the copying” (paras. 43 and 52). Since the copiers — the universities — were not themselves dealing with the work for the purposes of research or private study, the copying did not amount to fair dealing.

[19] With respect, I do not find these authorities particularly helpful. Firstly, courts in the U.K. have tended to take a more restrictive approach to determining the “purpose” of the dealing than does *CCH*. Based on s. 178 of the *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (U.K.), 1988, c. 48, for example, which defines “private study” to exclude “a commercial purpose”, courts in the U.K. have asserted that both research and private study must be for a non-commercial purpose: see G. D’Agostino, “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright

rendu dans une affaire où un éditeur avait reproduit des examens antérieurs qu’il avait ensuite vendus à des étudiants qui préparaient les leurs. Selon l’éditeur, il s’agissait d’une utilisation équitable [TRADUCTION] « aux fins d’étude privée » par des étudiants se préparant à subir leurs examens universitaires. Estimant que la maison d’édition ne pouvait invoquer à son propre bénéfice l’exception de l’utilisation équitable, la cour a rejeté sa thèse selon laquelle la publication avait pour but l’« étude privée » :

[TRADUCTION] L’on ne saurait prétendre que la simple publication nouvelle d’une œuvre protégée par le droit d’auteur constitue une « utilisation équitable » parce qu’elle intervient aux fins d’étude privée; nul ne pourrait non plus publier à nouveau impunément à l’intention d’étudiants un cahier des questions auquel il ajouterait seulement les réponses. À mon sens, il n’y a d’« utilisation équitable » ni dans un cas ni dans l’autre. [p. 613]

[18] Dans l’affaire néo-zélandaise *Copyright Licensing Ltd. c. University of Auckland*, [2002] 3 N.Z.L.R. 76 (H.C.), plusieurs universités avaient distribué aux étudiants des cahiers de cours contenant des extraits d’œuvres protégées et avaient exigé en contrepartie des frais à divers titres. Les universités ont prétendu que la reproduction constituait une utilisation équitable aux fins de recherche ou d’étude privée. La cour a statué que la [TRADUCTION] « fin » est celle que poursuit la personne qui « reproduit » (par. 43 et 52). Comme les personnes qui produisaient les copies, en l’occurrence les universités, n’étaient pas celles qui les utilisaient aux fins de recherche ou d’étude privée, la reproduction ne constituait pas une utilisation équitable.

[19] En toute déférence, je ne trouve pas cette jurisprudence très utile. D’abord, les tribunaux du Royaume-Uni conçoivent la « fin » de l’utilisation plus restrictivement que ne le fait la Cour dans *CCH*. Par exemple, comme l’art. 178 de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 48, définit l’[TRADUCTION] « étude privée » de manière à exclure « tout objet commercial », ils étendent l’absence de caractère commercial à la recherche et à l’étude privée: voir G. D’Agostino, « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis

Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use” (2008), 53 *McGill L.J.* 309, at p. 339. This expressly contradicts the statement in *CCH* that the allowable purposes must be given a “large and liberal interpretation”, and that “research” is not limited to non-commercial or private contexts (para. 51).

[20] More importantly, as noted by Linden J.A. of the Federal Court of Appeal in *CCH*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at para. 132 (reversed on other grounds), these “course pack” cases involved copiers with demonstrably ulterior — i.e. commercial — motives. They invoked the allowable purposes of “research” or “private study”, in effect, in order to appropriate their customers’ or students’ purposes as their own and escape liability for copyright infringement.

[21] These cases, then, to the extent that they are germane, do not stand for the proposition that “research” and “private study” are inconsistent with instructional purposes, but for the principle that copiers cannot camouflage their own distinct purpose by purporting to conflate it with the research or study purposes of the ultimate user.

[22] As noted in the companion appeal *SOCAN v. Bell*, 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 (*CCH*, at paras. 48 and 64). This does not mean, however, that the copier’s purpose is irrelevant at the fairness stage. If, as in the “course pack” cases, 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.

[23] 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. Nor can teachers be

of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *R.D. McGill* 309, p. 339. Cette position s’oppose manifestement à celle de la Cour dans *CCH*, à savoir que les fins permises doivent être interprétées « de manière large » et que la « recherche » ne s’entend pas uniquement de celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé (para. 51).

[20] Mais surtout, et le juge Linden de la Cour d’appel fédérale le souligne dans *CCH*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 132 (infirmé pour d’autres motifs), dans ces affaires relatives aux cahiers de cours, les intéressés étaient de toute évidence animés par un motif inavoué, tel un motif commercial. S’appuyant sur les fins permises que sont la « recherche » ou l’« étude privée », ils tentaient en fait de s’attribuer les fins de leurs clients ou des étudiants afin d’échapper à des allégations de violation du droit d’auteur.

[21] Donc, dans la mesure où elles sont pertinentes, ces affaires permettent d’affirmer non pas que la « recherche » et l’« étude privée » sont incompatibles avec l’enseignement, mais plutôt que l’auteur des copies ne peut dissimuler la fin distincte qu’il poursuit en l’amalgamant avec la recherche ou l’étude à laquelle s’adonne l’utilisateur final.

[22] Comme il est mentionné dans le pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, 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 (*CCH*, par. 48 et 64). Il ne s’ensuit toutefois pas que le but de l’auteur des copies ne compte pas au second volet. Lorsque, comme dans les affaires relatives aux cahiers de cours, 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.

[23] 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. On ne saurait non plus soutenir qu’il poursuit une fin

characterized as having the completely separate purpose of “instruction”; they 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. The teacher/copier therefore shares a symbiotic purpose with the student/user who is engaging in research or private study. Instruction and research/private study are, in the school context, tautological.

[24] The Board’s approach, on the other hand, drives an artificial wedge into these unified purposes by drawing a distinction between copies made by the teacher at the request of a student (Categories 1-3), and copies made by the teacher without a prior request from a student (Category 4). Nowhere in *CCH* did the Court suggest that the lawyer had to “request” the photocopies of legal works from the Great Library before those copies could be said to be for the purpose of “research”. On the contrary, what the Court found was that the copies of legal works were “necessary conditions of research and thus part of the research process”:

The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an *essential element of the legal research process*. . . . Put simply, [the Great Library’s] custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the materials necessary to conduct the research required to carry on the practice of law. [Emphasis added; para. 64.]

[25] Similarly, photocopies made by a teacher and provided to primary and secondary school students are an essential element in the research and private study undertaken by those students. The fact that some copies were provided on request and others were not, did not change the significance of those copies for students engaged in research and private study.

[26] Nor, with respect, do I accept the statement made by the Board and endorsed by the Federal

d’« enseignement » totalement distincte, car il 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. L’enseignant/auteur des copies et l’élève/utilisateur qui s’adonne à la recherche ou à l’étude privée poursuivent en symbiose une même fin. Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques.

[24] Or, la Commission vient artificiellement enfoncer un coin entre ces fins réunies en une seule en établissant une distinction entre les copies produites par l’enseignant à la demande d’un élève (catégories 1 à 3) et celles produites en l’absence d’une telle demande (catégorie 4). Dans *CCH*, la Cour ne laisse aucunement entendre que les photocopies d’ouvrages juridiques doivent avoir été « demandées » à la Grande bibliothèque pour que l’on puisse considérer qu’elles ont été faites aux fins « de recherche ». Au contraire, elle conclut que les copies d’ouvrages juridiques « sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie » :

La reproduction d’ouvrages juridiques est effectuée aux fins de recherche en ce qu’il s’agit d’un *élément essentiel du processus de recherche juridique*. [. . .] Le service de photocopie [de la Grande bibliothèque] contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l’Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l’exercice du droit. [Italiques ajoutés; par. 64.]

[25] De même, les photocopies que l’enseignant distribue à l’élémentaire ou au secondaire constituent un élément essentiel de la recherche et de l’étude privée des élèves. Le fait que des copies sont fournies sur demande et d’autres pas n’altère en rien leur importance pour les élèves lorsqu’ils s’adonnent à ces deux activités.

[26] En tout respect, je ne peux faire miens non plus les propos de la Commission, auxquels adhère

Court of Appeal, relying on *University of London Press*, that the photocopies made by teachers were made for an unfair purpose — “non-private study” — since they were used by students as a group in class, and not “privately”. As discussed above, the holding was simply that the publisher could not hide behind the students’ research or private study purposes to disguise a separate unfair purpose — in that case, a commercial one. The court did *not* hold that students in a classroom setting could never be said to be engaged in “private study”.

[27] With respect, the word “private” in “private study” should not be understood as requiring users to view copyrighted works in splendid isolation. Studying and learning are essentially personal endeavours, whether they are engaged in with others or in solitude. By focusing on the geography of classroom instruction rather than on the *concept* of studying, the Board again artificially separated the teachers’ instruction from the students’ studying.

[28] The Board’s skewed characterization of the teachers’ role as being independent and differently motivated from that of the student users, also led to a problematic approach to the “amount of the dealing” factor. In considering this factor, the Board accepted that teachers generally limit themselves to reproducing relatively short excerpts of each textbook. Having found that the teachers only copied “short excerpts”, the Board was required to determine whether the proportion of each of the short excerpts in relation to the whole work was fair. Instead, it then cited a passage from *CCH*, at para. 68, that said “if a specific patron . . . submitted numerous requests for multiple reported judicial decisions from the same reported series over a short period of time”, the dealing might not be fair. Relying on this quote, the Board concluded that a teacher was analogous to a specific patron, and that the repeated copying of the same “class set” of books — that is, a set shared by more than one class or by many students in the same class — tended to make the dealing unfair.

la Cour d’appel fédérale, les deux instances prenant appui sur *University of London Press*, à savoir que les photocopies, parce qu’elles sont utilisées collectivement par les élèves en classe, ne sont pas faites à l’une des fins de l’utilisation équitable, soit l’étude « privée ». Rappelons que la cour dit seulement que l’éditeur ne peut invoquer les fins de recherche et d’étude privée poursuivies par les élèves pour dissimuler une fin inéquitable distincte, en l’occurrence une fin commerciale. La cour *ne* statue *pas* que lorsqu’ils sont en classe les élèves ne peuvent jamais être considérés comme s’adonnant à l’« étude privée ».

[27] À mon humble avis, l’adjectif « privée » n’exige pas de l’utilisateur qu’il consulte une œuvre protégée dans un splendide isolement. Étudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles, qu’on s’y adonne seul ou avec d’autres. En s’attachant au lieu physique de l’enseignement dispensé en classe plutôt qu’à la *notion* d’étude, la Commission dissocie encore de manière artificielle l’enseignement dispensé par l’enseignant et l’étude à laquelle se livre l’élève.

[28] Sa qualification erronée du rôle de l’enseignant, auquel elle prête une motivation indépendante et distincte de celle des élèves utilisateurs, fausse l’examen d’un autre élément, celui de « l’ampleur de l’utilisation ». La Commission reconnaît que l’enseignant ne reproduit généralement que des extraits relativement courts de chacun des manuels. Puisqu’elle conclut que l’enseignant ne reproduit que de « courts extraits », la Commission doit se demander si la proportion entre chacun des courts extraits et l’œuvre complète est équitable. Or, elle cite plutôt un passage du par. 68 de l’arrêt *CCH* où la Cour dit que « lorsque, dans un court laps de temps, un usager [. . .] présente de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils », l’utilisation peut être inéquitable. Elle conclut dès lors que l’enseignant peut être assimilé à l’usager [de la Grande bibliothèque] et que la reproduction répétée de mêmes exemplaires d’un manuel — ceux que se partagent plus d’une classe ou bon nombre d’élèves d’une même classe — rend généralement l’utilisation inéquitable.

[29] This, with respect, was a flawed approach. First, unlike the single patron in *CCH*, teachers do not make multiple copies of the class set for their own use, they make them for the use of the *students*. Moreover, as discussed in the companion case *SOCAN v. Bell*, the “amount” factor is not a quantitative assessment based on aggregate use, it is an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work, not the overall quantity of what is disseminated. The quantification of the total number of pages copied, as the Court noted in *CCH*, is considered under a different factor: the “character of the dealing”.

[30] The Board had, in fact, already considered the quantification of the dissemination when it assessed the character of the dealing, finding that multiple copies of the texts were distributed to entire classes. In reapplying this same quantitative concern when assessing the “amount of the dealing”, it conflated the two factors, which had the effect of erasing proportionality from the fairness analysis.

[31] I also have difficulty with how the Board approached the “alternatives to the dealing” factor. A dealing may be found to be less fair if there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used, or if the dealing was not reasonably necessary to achieve the ultimate purpose (*CCH*, at para. 57). The Board found that, while students were not expected to use only works in the public domain, the educational institutions had an alternative to photocopying textbooks: they could simply buy the original texts to distribute to each student or to place in the library for consultation.

[32] In my view, buying books for each student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks. First, the schools have already purchased originals that are kept in the class or library, from which the teachers

[29] En toute déférence, il s’agit d’une approche erronée. À la différence de l’usager individuel considéré dans *CCH*, l’enseignant fait de multiples copies des exemplaires de classe, non pas à son propre usage, mais à celui de ses élèves. De plus, comme il est souligné dans le pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, l’élément de l’« ampleur » ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l’utilisation globale; il appelle un examen du rapport entre l’extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l’œuvre complète. Dans *CCH*, la Cour fait observer que le nombre total de pages reproduites ressortit à un autre élément, celui de la « nature de l’utilisation ».

[30] En fait, la Commission tient déjà compte de la diffusion d’ordre quantitatif lorsqu’elle se penche sur la nature de l’utilisation et elle constate que de multiples copies ont été distribuées à des classes entières. Lorsqu’elle revient sur la même considération au moment d’apprécier l’« ampleur de l’utilisation », elle confond les deux éléments, ce qui a pour effet d’évincer la proportionnalité de l’analyse du caractère équitable.

[31] J’ai également des réserves quant à la manière dont la Commission soupèse le troisième élément, celui des « solutions de rechange à l’utilisation ». La balance risque de pencher en faveur d’une utilisation inéquitable lorsqu’un équivalent non protégé peut remplacer l’œuvre ou que l’utilisation de cette dernière n’est pas raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée (*CCH*, par. 57). Tout en précisant que l’on ne s’attend pas à ce que les élèves n’utilisent que des œuvres du domaine public, la Commission conclut que les établissements d’enseignement disposent d’une solution de rechange à la reproduction des manuels : ils peuvent simplement acquérir des exemplaires pour tous les élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque.

[32] À mon avis, l’achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une solution de rechange réaliste à la reproduction par l’enseignant de courts extraits complémentaires. D’abord, les écoles ont déjà acquis des exemplaires qui sont

make copies. The teacher merely facilitates wider access to this limited number of texts by making copies available to all students who need them. In addition, purchasing a greater number of original textbooks to distribute to students is unreasonable in light of the Board's finding that teachers only photocopy short excerpts to complement existing textbooks. Under the Board's approach, schools would be required to buy sufficient copies for every student of every text, magazine and newspaper in Access Copyright's repertoire that is relied on by a teacher. This is a demonstrably unrealistic outcome. Copying short excerpts, as a result, is reasonably necessary to achieve the ultimate purpose of the students' research and private study.

[33] The final problematic application of a fairness factor by the Board was its approach to the "effect of the dealing on the work", which assesses whether the dealing adversely affects or competes with the original work. Access Copyright pointed out that textbook sales had shrunk over 30 percent in 20 years. However, as noted by the Coalition, there was no evidence that this decline was linked to photocopying done by teachers. Moreover, it noted that there were several other factors that were likely to have contributed to the decline in sales, such as the adoption of semester teaching, a decrease in registrations, the longer lifespan of textbooks, increased use of the Internet and other electronic tools, and more resource-based learning.

[34] Despite this evidentiary vacuum, the Board nonetheless concluded that the impact of photocopies, though impossible to quantify, was "sufficiently important" to compete with the original texts to an extent that made the dealing unfair. The Board supported its conclusion with the finding that the schools copy "more than a quarter of a billion textbook pages each year", even though this total number included the pages for which

conservés dans les salles de classe ou à la bibliothèque, et dont les enseignants tirent des copies. L'enseignant ne fait que faciliter l'accès au nombre limité d'exemplaires en produisant des copies pour tous les élèves qui en ont besoin. En outre, l'achat d'exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n'est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels utilisés. La solution préconisée par la Commission obligerait les écoles à acheter, pour chacun des élèves, un exemplaire de tous les manuels, magazines et journaux qui figurent dans le répertoire d'Access Copyright et qu'utilise l'enseignant. Cette avenue est manifestement impraticable. La reproduction de courts extraits est donc raisonnablement nécessaire eu égard aux fins visées que sont la recherche et l'étude privée des élèves.

[33] Enfin, l'examen de la Commission se révèle discutable en ce qui concerne « l'effet de l'utilisation sur l'œuvre », l'élément en fonction duquel on détermine si l'utilisation nuit à l'œuvre originale ou y fait concurrence. Access Copyright souligne que les ventes de manuels scolaires ont diminué de plus de 30 pour cent en 20 ans. Toutefois, comme le fait valoir la coalition, rien ne prouve que cette diminution résulte des photocopies faites par les enseignants. En outre, elle relève plusieurs autres considérations susceptibles d'expliquer la baisse, dont l'enseignement par semestre, la diminution du nombre d'inscriptions, l'augmentation de la durée de vie des manuels, le recours accru aux outils électroniques, dont Internet et l'apprentissage axé sur une grande variété de ressources.

[34] Malgré l'absence de preuve sur ce point, la Commission estime néanmoins que l'effet des photocopies, bien qu'il soit impossible à quantifier, est « suffisamment important » pour que l'on conclue à une concurrence avec les œuvres originales qui rend l'utilisation inéquitable. Elle invoque à l'appui sa conclusion selon laquelle les écoles copient « plus d'un quart de milliard de pages de manuels scolaires chaque année », même si

the schools *already* pay a tariff. The Category 4 copies in dispute account for under 7% of those pages.

[35] In *CCH*, the Court concluded that since no evidence had been tendered by the publishers of legal works to show that the market for the works had decreased *as a result* of the copies made by the Great Library, the detrimental impact had not been demonstrated. Similarly, other than the bald fact of a decline in sales over 20 years, there is no evidence from Access Copyright demonstrating any link between photocopying short excerpts and the decline in textbook sales.

[36] In addition, it is difficult to see how the teachers' copying competes with the market for textbooks, given the Board's finding that the teachers' copying was limited to short excerpts of complementary texts. If such photocopying did not take place, it is more likely that students would simply go without the supplementary information, or be forced to consult the single copy already owned by the school.

[37] This Court in *CCH* stated that whether something is "fair" is a question of fact and "a matter of impression" (para. 52, citing *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027). As a result, the Board's decision as to whether the photocopies amount to fair dealing is to be reviewed, as it was by the Federal Court of Appeal, on a reasonableness standard. Because the Board's finding of unfairness was based on what was, in my respectful view, a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was rendered unreasonable.

[38] I would therefore allow the appeal with costs and remit the matter to the Board for reconsideration based on these reasons.

ce nombre englobe les pages pour lesquelles les établissements paient *déjà* des redevances. Les copies de la catégorie 4, qui sont l'objet du litige, représentent moins de sept pour cent de ces pages.

[35] Dans *CCH*, parce que les maisons d'édition juridiques n'ont pas établi que le marché de leurs œuvres a fléchi à *cause* des copies produites par la Grande bibliothèque, la Cour se dit non convaincue de l'effet préjudiciable allégué. De même, outre le simple fait que les ventes ont chuté sur une période de 20 ans, Access Copyright n'avance rien qui soit susceptible de démontrer l'existence d'un quelconque lien entre la photocopie de courts extraits et la diminution des ventes de manuels scolaires.

[36] De plus, je vois difficilement comment les photocopies peuvent concurrencer les manuels sur le marché, car au dire de la Commission, les enseignants n'en reproduisent que de courts extraits à titre complémentaire. Selon toute vraisemblance, si ces photocopies n'étaient pas tirées, les élèves seraient tout simplement privés du complément d'information ou se verraient contraints de consulter le seul exemplaire que possède l'école.

[37] Dans *CCH*, la Cour opine que ce qu'il faut entendre par « équitable » est une question de fait et « une question d'impression » (par. 52, citant *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027). C'est donc en fonction de la norme de la raisonabilité — celle appliquée en l'espèce par la Cour d'appel fédérale — qu'il faut contrôler la décision de la Commission sur la question de savoir si la photocopie équivaut à une utilisation équitable. Comme j'estime que la Commission conclut au caractère inéquitable à l'issue d'une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision est déraisonnable.

[38] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle l'examine à nouveau, à la lumière des présents motifs.

The reasons of Deschamps, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

I. Introduction

[39] This appeal is about fair dealing under s. 29 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42 (“Act”). Whether something is fair is a question of fact (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at para. 52 (“*CCH*”). Fair dealing is “a matter of impression” (*CCH*, at para. 52, citing *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027). In *CCH*, this Court found that the factors proposed by Linden J.A., at the Federal Court of Appeal (2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, at para. 150), to help assess whether a dealing is fair, provided a “useful analytical framework to govern determinations of fairness in future cases” (para. 53). While useful for purposes of the fair dealing analysis, the factors are not statutory requirements.

[40] The application of these factors to the facts of each case by the Copyright Board should be treated with deference on judicial review. A principled deferential review requires that courts be cautious not to inadvertently slip into a more intrusive, correctness review.

[41] Justice Abella finds that the Board misapplied several of the *CCH* factors and that its conclusion is, as a result, unreasonable. I respectfully disagree. In my view, the Board made no reviewable error in principle in construing the *CCH* factors and, with one relatively minor exception, its factual analysis, application of the *CCH* factors to the facts and its conclusions were not unreasonable. I would therefore dismiss the appeal.

Version française des motifs des juges Deschamps, Fish, Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

I. Introduction

[39] Le présent pourvoi porte sur l'utilisation équitable prévue à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42 (« Loi »). Ce qu'il faut entendre par équitable est une question de fait (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 52 (« *CCH* »)). En outre, qu'une utilisation soit équitable ou non est « une question d'impression » (*CCH*, par. 52, citant *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027). De l'avis de notre Cour dans *CCH*, les éléments proposés par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale (2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, par. 150) offrent « un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures » (par. 53). Bien que la prise en compte de ces éléments soit utile à l'analyse, il ne s'agit pas d'une exigence de la loi.

[40] Lors du contrôle judiciaire, l'application de ces éléments aux faits par la Commission du droit d'auteur appelle la déférence. Un examen véritablement déférent exige de la cour de révision qu'elle se garde de s'engager par inadvertance dans un contrôle plus approfondi fondé sur la norme de la décision correcte.

[41] Selon la juge Abella, la Commission a mal apprécié plusieurs éléments énoncés dans l'arrêt *CCH*, ce qui rendrait sa conclusion déraisonnable. En toute déférence, je ne suis pas de son avis. J'estime que, sur le plan des principes, la Commission n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans son interprétation de ces éléments et, sauf sur un point relativement peu important, ni son analyse factuelle, ni sa prise en compte des éléments à partir des faits de l'espèce, ni ses conclusions ne sont déraisonnables. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Fair Dealing

A. *Purpose of the Dealing*

(1) Whose Purpose Is Relevant

[42] In my respectful opinion, it was not unreasonable for the Board to have considered that the teacher's purpose was relevant and *predominant on the facts in this case*. At para. 98 of its reasons (online), the Board stated:

Conversely, with respect to copies of excerpts made on the teacher's initiative for his or her students or at the student's request with instructions to read them, we consider that the teacher's stated purpose must predominate. Most of the time, this real or predominant purpose is instruction or "non-private" study. We attribute a certain degree of importance to the fact that the teacher's role is scarcely comparable to that of staff at the Great Library, the subject of *CCH*. That staff makes copies at the clients' request. A teacher, in deciding what to copy and for whom, just as when directing students' conduct, is doing his or her job, which is to instruct students. According to this criterion, the dealing therefore tends to be unfair. [Emphasis added.]

[43] In my view, even if the selecting of passages and photocopying them carried out by teachers for their students were to be seen as an integral part of the students' private study, the teacher also has a purpose. It is to utilize the photocopied excerpts in the process of instructing and educating the students, the essence of the job of teaching. This purpose cannot be ignored and was not by the Board. The teacher's role in selecting and photocopying excerpts of works is significantly different from the role of the Great Library staff in *CCH*, which was completely passive. The Board noted this difference at para. 98 and concluded that, *on the facts*, the teacher's purpose predominated in these circumstances. There is nothing unreasonable in this *factual* conclusion.

[44] Nor do I think that the Board's approach draws an artificial distinction between copies made by the teacher at the request of a student and those made at the teacher's own initiative. In my opinion,

II. Utilisation équitable

A. *But de l'utilisation*

(1) De quel point de vue doit-on déterminer la fin poursuivie?

[42] À mon humble avis, il n'est pas déraisonnable de conclure, comme le fait la Commission, que la fin poursuivie par l'enseignant importe et qu'elle est *prédominante eu égard aux faits de l'espèce*. Voici ce qu'elle dit au par. 98 de ses motifs (en ligne):

Par contre, en ce qui a trait aux copies d'extraits faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves ou à la demande de l'étudiant avec instruction de lire, nous estimons que c'est la fin que poursuit l'enseignant qui doit prédominer. La plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l'enseignement ou l'étude « non privée ». Nous accordons une certaine importance au fait que le rôle de l'enseignant se compare difficilement à celui du personnel de la Grande bibliothèque, objet de l'arrêt *CCH*. Ce personnel effectue des copies à la demande de sa clientèle. L'enseignant qui décide [de] ce qu'il reproduit et à qui il le remet, [comme lorsqu'il] dicte à l'étudiant sa conduite, le fait pour accomplir son travail, qui est d'enseigner. [Suivant] ce critère, l'utilisation tend donc à être inéquitable. [Je souligne.]

[43] Selon moi, même si l'on considère que le choix des extraits et leur reproduction à l'intention des élèves font partie intégrante de l'étude privée de ces derniers, l'enseignant poursuit aussi une fin qui lui est propre. Il fait les copies dans le dessein d'instruire et d'éduquer ses élèves, ce qui est l'essence même de l'enseignement. Cette fin ne peut être ignorée et elle ne l'est pas par la Commission. Le rôle de l'enseignant qui photocopie des extraits choisis diffère grandement de celui, complètement passif, du personnel de la Grande bibliothèque dans l'affaire *CCH*. Soulignant cette différence au par. 98, la Commission conclut *au vu des faits* que la fin poursuivie par l'enseignant prédomine dans les circonstances, une conclusion *factuelle* qui n'est en rien déraisonnable.

[44] Je ne crois pas non plus que la Commission établit à tort une distinction entre les copies que fait l'enseignant à la demande d'un élève et celles qu'il fait de sa propre initiative. Selon moi, cette

the distinction drawn by the Board remains consistent with and reasonable in light of *CCH*. It was quite clear in *CCH* that the photocopies made by the staff of the Great Library were made at the request of the lawyers. That is, without that request from the lawyers, there would have been no photocopies. Considering, as the Board did, that the fact that the initiative for a copy came from a teacher was an indicator that the photocopy would mainly serve the teacher's purpose of teaching is not artificial or unreasonable. This is a realistic assessment of the facts and circumstances of classroom teaching.

[45] At para. 88, the Board explained that since the dealing in issue was for more than one purpose, it would look, under the first step of *CCH*, at whether any one of the purposes was an allowable purpose for fair dealing under the Act; if so, it would proceed to assess the *predominant* purpose of the dealing in the analysis of whether the dealing is fair. The parties agreed that this appeal should be decided solely on the assessment of the Board's analysis of fairness under the second step of *CCH*. In these circumstances, there is no basis for the suggestion that the finding by the Board under the "purpose of the dealing" factor — that the copies were made predominantly for the teacher's purpose of instruction — contradicts its finding under the first step of the analysis — that Category 4 copies were made for an allowable purpose.

(2) The Meaning of "Private Study"

[46] I do not think that the Board and the Federal Court of Appeal erred in equating "instruction" with "*non-private study*", and that this tended to make the purpose of the dealing unfair (Board, at para. 98; 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, at paras. 37-38).

[47] While I agree with Justice Abella that "[s]tudying and learning are essentially personal endeavours", in the sense that each individual applies his or her own mind to the acquisition of knowledge, studying may occur in different settings (para. 27).

distinction est raisonnable au vu de *CCH* et elle est conforme à celui-ci. Dans l'affaire *CCH*, c'était clairement à la demande des avocats que le personnel de la Grande bibliothèque réalisait les photocopies. Autrement dit, sans demande de la part d'un avocat, aucune copie n'était produite. Il n'est ni artificiel ni déraisonnable d'inférer, comme le fait la Commission, à partir du constat que la copie résulte de l'initiative de l'enseignant, que cette reproduction sert principalement la fin que poursuit ce dernier, soit l'enseignement. Il s'agit d'une appréciation réaliste des tenants et aboutissants de l'enseignement en classe.

[45] Au paragraphe 88, la Commission explique que, l'utilisation en cause ayant plus d'une fin, il faut se demander, au premier volet du critère établi dans *CCH*, si l'une ou l'autre fin est permise par la Loi. Dans l'affirmative, il convient de déterminer la fin *principale* de l'utilisation dans le cadre de l'analyse portant sur le caractère équitable de celle-ci. Les parties reconnaissent que la Cour doit statuer sur le pourvoi uniquement en fonction de son appréciation de l'analyse de la Commission à la seconde étape du critère de l'arrêt *CCH*, à savoir celle relative au caractère équitable. On ne saurait donc laisser entendre que la conclusion tirée par la Commission relativement à un élément — celui du « but de l'utilisation » —, à savoir que les copies ont principalement été faites à la fin d'enseignement poursuivie par l'enseignant, contredit celle qu'elle tire à la première étape, à savoir que les copies de la catégorie 4 ont été faites à une fin permise.

(2) Sens du terme « étude privée »

[46] J'estime que la Commission et la Cour d'appel fédérale n'ont pas tort de faire équivaloir « enseignement » et « étude *non* privée » et de conclure au caractère inéquitable de l'utilisation compte tenu de la fin poursuivie (Commission, par. 98; 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, par. 37-38).

[47] Je conviens certes avec la juge Abella qu'« [é]tudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles » en ce que chacun voue individuellement son esprit à l'acquisition de connaissances (par. 27). Or, l'étude peut avoir lieu

The *Copyright Act* itself requires that to be fair dealing, use of a copyrighted work must be for “private study”, which indicates that the Act foresees private and non-private study (s. 29). This point was made in *CCH* by the majority of the Federal Court of Appeal at paras. 128-29. Parliament does not speak in vain (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 110). Words used by the legislator should be construed to give them *some* meaning. The section cannot be interpreted to strip the word “private” in “private study” of *any* meaning.

[48] The Board relied on prior jurisprudence on this point (para. 90). The Federal Court of Appeal upheld the Board’s conclusion as reasonable because

“[p]rivate study” presumably means just that: study by oneself. . . . A large and liberal interpretation means that the provisions are given a generous scope. It does not mean that the text of a statute should be given a meaning it cannot ordinarily bear. When students study material with their class as a whole, they engage not in “private” study but perhaps just “study”. [para. 38]

[49] I agree with the distinction made by the Federal Court of Appeal. When included in the Act, the expression “private study” arguably refers to the situation of a scholar or student dealing with a work for his individual study. This does not mean that the scholar or student may not collaborate with others. I would hesitate to endorse the Board’s apparent view, at para. 90, that a copy made at the request of a teacher can *never* be for the purpose of private study. In my view, a copy made on a teacher’s own initiative would indeed be for private study if, for example, the material is tailored to the particular learning needs or interests of a single or small number of students. However, “private study” cannot have been intended to cover situations where tens, hundreds or thousands of copies are made in a school, school district or across a province as part of an organized program

dans différents contextes. Dans la *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur précise que pour être équitable, l’utilisation d’une œuvre protégée doit avoir pour fin l’« étude privée » (art. 29), ce qui porte à croire qu’il conçoit que l’étude peut être privée ou non. C’est ce que font observer les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale dans *CCH*, par. 128-129. Le législateur ne parle pas pour rien dire (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 110), et les mots qu’il choisit doivent donc être interprétés de manière à avoir *un* sens. On ne saurait interpréter la disposition en cause de manière à dépouiller l’adjectif « privée » de *tout* sens.

[48] La Commission invoque la jurisprudence à l’appui de sa position (par. 90), et la Cour d’appel fédérale juge sa conclusion raisonnable et la confirme en ces termes :

Selon toute vraisemblance, l’expression « étude privée » signifie précisément cela : étude personnelle. [. . .] Interpréter de façon large et libérale signifie que l’on reconnaît une portée généreuse aux dispositions en question, ce qui ne veut pas dire que le texte de loi doit se voir attribuer un sens qu’on ne peut normalement lui prêter. Lorsque des élèves étudient collectivement des documents en classe, ils ne se livrent pas à une étude « privée »; on peut dire qu’ils « étudient », tout simplement. [par. 38]

[49] Je fais mienne la distinction établie par la Cour d’appel fédérale. Ainsi, on pourrait soutenir que le terme « étude privée » employé dans la Loi renvoie à la situation du chercheur, de l’étudiant ou de l’élève qui consulte une œuvre dans le cadre d’une étude individuelle. Une telle interprétation n’écarte pas pour autant la possibilité que l’intéressé collabore avec autrui. J’hésite à partager l’opinion que paraît exprimer la Commission au par. 90, à savoir que la reproduction effectuée à la demande d’un enseignant ne peut *jamais* avoir comme fin l’étude privée. À mon sens, la reproduction effectuée à l’initiative d’un enseignant aurait en fait comme fin l’étude privée si, par exemple, le matériel était adapté aux besoins d’apprentissage spéciaux ou aux intérêts particuliers d’un seul élève ou d’un petit nombre d’élèves. Mais le législateur n’a pu vouloir que le terme « étude privée » s’entende de la situation où

of instruction. The Board's conclusion at para. 98 that, in the case of Category 4 copies, "[m]ost of the time, [the] real or predominant purpose is instruction or 'non-private' study" is reasonable on the facts of this case.

B. *Amount of the Dealing and Character of the Dealing*

[50] I agree with my colleague that as a matter of analytical coherence, the "amount of the dealing" factor is concerned with "the proportion between the excerpted copy and the entire work, not the overall quantity of what is disseminated" (para. 29). The number of copies and the extent of the dissemination are properly considered under the "character of a dealing" factor (*CCH*, at para. 55). I also agree that it is important to avoid double counting in assessing the fairness of a dealing by looking to the same aspect of the dealing under more than one factor.

[51] However, in my opinion, the Board's analysis under the "amount of the dealing" factor remained focused on the proportion of the photocopied excerpt to the entire work. In its factual assessment of the "amount of the dealing" factor, the Board found "that class sets will be subject to 'numerous requests for [. . .] the same [. . .] series'" (para. 104, citing *CCH*, at para. 68). I do not read the Board's reliance on this finding as indicating that it improperly considered the overall number of copies of the same excerpt distributed to a whole class.

[52] As I understand the Board's reasons, while teachers usually made short excerpts at any one time, this was offset by the fact that the teachers would return to copy other excerpts from the same books — the ones contained in class sets — thereby making the *overall proportion* of the copied pages unfair in relation to the entire work *over a period of time*. The Board found:

des dizaines, des centaines, voire des milliers de copies sont faites à l'échelle d'une école, d'un district scolaire ou d'une province dans le cadre établi d'un programme d'enseignement. La conclusion que tire la Commission au par. 98, à savoir que, en ce qui concerne les copies de la catégorie 4, « [I]a plupart du temps, cette fin réelle ou principale est l'enseignement ou l'étude "non privée" », est raisonnable eu égard aux faits de l'espèce.

B. *Ampleur et nature de l'utilisation*

[50] Je conviens avec ma collègue que, par souci de cohérence de l'analyse, « l'élément de l'"ampleur" [. . .] appelle un examen du rapport entre l'extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l'œuvre complète » (par. 29). Le nombre de copies et la portée de la diffusion ressortissent plutôt à l'élément « nature d'une utilisation » (*CCH*, par. 55). Je conviens également que pour statuer sur le caractère équitable, il importe d'éviter la double prise en compte qui consiste à considérer un même aspect de l'utilisation dans l'examen de plus d'un élément.

[51] Je suis toutefois d'avis que l'analyse à laquelle se livre la Commission au chapitre de l'« ampleur de l'utilisation » demeure axée sur le rapport entre l'extrait photocopie et l'œuvre complète. Dans l'application de cet élément aux faits, elle souligne que « les [exemplaires] de classe font l'objet "de nombreuses demandes visant [. . .] les mêmes recueils" » (par. 104, citant *CCH*, par. 68). Cette constatation de fait ne permet pas de conclure que la Commission tient compte à tort du nombre total de copies d'un extrait qui sont distribuées à une classe entière.

[52] Selon mon interprétation de ce passage des motifs de la Commission, même si les extraits photocopiés par les enseignants sont généralement courts, la reproduction ultérieure par ces derniers d'autres extraits des mêmes ouvrages — les exemplaires de classe — rend inéquitable le *rapport global* entre les pages copiées et l'œuvre entière *dans un laps de temps donné*. La Commission conclut d'ailleurs :

With respect to the copies made on the teacher's initiative for his or her students, there are factors weighing on each side. . . . [I]t seems that teachers generally limit themselves to reproducing relatively short excerpts from a work to complement the main textbook. On the other hand, in our view, it is more than likely that class sets will be subject to "numerous requests for [. . .] the same [. . .] series", which would tend to make the amount of the dealing unfair on the whole. [Emphasis added; para. 104.]

The Board's conclusion is consistent with the *CCH* direction that "the [amount of the] dealings might not be fair if a specific patron . . . submitted numerous requests for multiple reported judicial decisions from the same reported series over a short period of time" (para. 68). In this context, it was not unreasonable for the Board to compare a teacher with a specific patron of the Great Library, given its earlier conclusion that the teacher's purpose must predominate.

[53] Under the "character of the dealing" factor, the Board focused its analysis on the fact that multiple copies of the *same* excerpt are made, at any one time, to be *disseminated to the whole class* (Board, at para. 100). Accordingly, on my reading of the Board's reasons, there was no double counting; the Board's conclusions of unfairness under the "character of the dealing" and the "amount of the dealing" factors were arrived at independently, taking into consideration different aspects of the dealing.

[54] On the whole, unless it is shown that the Board's conclusion of fact that the books from the "class sets will be subject to 'numerous requests . . .'" was unreasonable — and I would observe that the appellants specifically state in their factum that "the Board's findings of fact are not in dispute" (para. 50) — I would not disturb the Board's assessment under the "amount of the dealing" and "character of the dealing" factors.

C. *Alternatives to the Dealing*

[55] According to my colleague's analysis, at para. 32, the Board also unreasonably assessed

Pour ce qui est des copies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves, il existe des facteurs qui vont dans les deux sens. [. . .] [I]l semble que l'enseignant se limite généralement à reproduire des extraits relativement courts d'un ouvrage comme mesure d'appoint au manuel scolaire principal. Par contre, il nous semble plus que probable que les [exemplaires] de classe font l'objet « de nombreuses demandes visant [. . .] les mêmes recueils », ce qui tendrait à rendre inéquitable l'ampleur de l'utilisation dans son ensemble. [Je souligne; par. 104.]

Ce constat va dans le même sens que celui de notre Cour dans *CCH*, à savoir que « [l'ampleur de l']utilisation peut être inéquitable lorsque, dans un court laps de temps, un usager [. . .] présente de nombreuses demandes visant de multiples décisions judiciaires publiées dans les mêmes recueils » (par. 68). Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable que la Commission compare l'enseignant à l'utilisateur de la Grande bibliothèque puisqu'elle reconnaît par ailleurs que la fin poursuivie par l'enseignant doit prédominer.

[53] En ce qui concerne la « nature de l'utilisation », la Commission s'attache au fait que de multiples copies d'un *même* extrait sont *distribuées à l'ensemble de la classe* (Commission, par. 100). Suivant mon interprétation, ses motifs ne révèlent donc pas de double prise en compte; elle considère la « nature » et l'« ampleur » séparément et tient compte pour chacun de ces éléments d'aspects différents de l'utilisation avant de conclure au caractère inéquitable de l'utilisation.

[54] Tout compte fait, sauf s'il est démontré que Commission relève déraisonnablement que « les [exemplaires] de classe font l'objet "de nombreuses demandes" » — et je rappelle que dans leur mémoire les appelants disent expressément que [TRADUCTION] « les conclusions de fait tirées par la Commission ne sont pas contestées » (par. 50) —, j'estime qu'il n'y a pas lieu de revenir sur son appréciation de l'« ampleur » et de la « nature » de l'utilisation.

C. *Solutions de rechange à l'utilisation de l'œuvre*

[55] Suivant l'analyse de ma collègue au par. 32, l'appréciation de cet élément par la Commission est

whether there were any alternatives to the dealing, because “buying books for each student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks”. I agree that buying books to distribute to all students does not seem like a realistic option if we are speaking of photocopies of short excerpts only, used to supplement the main textbooks already in possession of the students.

[56] However, on the premise that the same class sets of books will be subject to numerous requests for short excerpts, as found by the Board at para. 104, it was not unreasonable for the Board to consider, at para. 107, that from a practical standpoint, the schools had the option of buying more books to distribute to students or to place in the library or in class sets instead of photocopying the books. While buying books may not be a non-copyrighted alternative such as those envisaged in *CCH*, these were relevant facts for the Board to consider in a case where it found systematic copying from the same books. In addition, the Board considered the schools’ resources and found that in this case, “[t]he fact that the establishment has limited means does not seem to bar the recognition of this point” (para. 107). In a case where numerous short excerpts of the work are taken, the fact that there are no non-copyrighted alternatives to the dealing does not automatically render the dealing fair. Therefore, I am not persuaded that the Board’s analysis under the “alternatives to the dealing” factor was unreasonable.

D. *Effect of the Dealing on the Work*

[57] I agree with Justice Abella that the Board’s conclusion that the photocopying of Category 4 copies “compete[s] with the original to an extent that

déraisonnable, car « l’achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une solution de rechange réaliste à la reproduction par l’enseignant de courts extraits complémentaires ». Je conviens que l’achat d’un exemplaire pour chacun des élèves ne paraît pas réaliste lorsqu’il s’agit d’utiliser de courts extraits pour compléter un manuel principal.

[56] En revanche, à supposer que les mêmes ouvrages constituant les exemplaires de classe feront l’objet de nombreuses demandes de reproduction de courts extraits, ce que conclût la Commission au par. 104, il n’est pas déraisonnable que cette dernière conclut ensuite au par. 107 que, du point de vue pratique, les établissements d’enseignement ont la possibilité de se procurer un plus grand nombre d’exemplaires pour les distribuer aux élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque ou en classe, au lieu de photocopier les ouvrages en cause. L’achat d’exemplaires supplémentaires ne constitue peut-être pas une solution de rechange non protégée de la nature de celles considérées dans *CCH*, mais il s’agit d’un fait pertinent dont la Commission peut tenir compte dans une affaire où elle constate que les mêmes ouvrages sont systématiquement copiés. En outre, la Commission se penche sur les ressources dont disposent les établissements d’enseignement et elle arrive à la conclusion que, dans la présente affaire, « [l]e fait que l’établissement dispose de moyens limités ne [. . .] semble pas constituer une fin de non-recevoir à ce titre » (par. 107). Lorsque de nombreux courts extraits sont tirés d’un ouvrage, l’inexistence de solutions de rechange non protégées par le droit d’auteur ne rend pas automatiquement l’utilisation équitable. Partant, je ne suis pas convaincu du caractère déraisonnable de l’analyse à laquelle se livre la Commission en ce qui concerne l’élément correspondant aux « solutions de rechange » à l’utilisation.

D. *Effet de l’utilisation sur l’œuvre*

[57] Je conviens avec la juge Abella que la preuve ne semble pas étayer la conclusion de la Commission selon laquelle les photocopies de la catégorie 4

makes the dealing unfair” seems unsupported by evidence (Board, at para. 111). Even accepting that it was reasonable for the Board to conclude, based on the evidence of declining book sales, that photocopying had a negative impact on the work, it appears from para. 111 that the Board came to this conclusion by referring to the *total* amount of photocopying across Canada — 250 million pages, the bulk of which is already paid for through the tariff — and not the 16.9 million Category 4 copies. Determining the effect of the Category 4 dealing on the work required relating *those* photocopies to the work and determining whether the effect of those copies was sufficiently important to “compete with the market of the original work” (*CCH*, at para. 59). I would be inclined to find this conclusion unreasonable.

[58] However, I do not think that an unreasonable observation under this one factor is sufficient to render the Board’s overall assessment unreasonable. As noted in *CCH*, no one factor is determinative and the assessment of fairness remains fact specific (paras. 59-60). In the appellants’ own submission, the Board in this case considered the “purpose of the dealing” and the “amount of the dealing” factors to be the most important (A.F., at para. 45). In light of my conclusion that the Board’s assessment under those and other factors was reasonable, I would not find the entire decision unreasonable because of this one finding.

III. Conclusion

[59] Tribunal decisions can certainly be found to be unreasonable (see, e.g., *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471). However, I do not think it is open on a deferential review, where a tribunal’s decision is multifaceted and complex, to seize upon a few arguable statements or intermediate findings to conclude that the overall decision is unreasonable. This is especially the case where the issues are fact-based, as in the case of a fair dealing analysis.

« [font] concurrence à l’original au point [de rendre l’utilisation non] équitable » (Commission, par. 111). À supposer même que la Commission puisse raisonnablement inférer de la diminution des ventes de livres que la photocopie nuit aux œuvres, il appert du par. 111 que sa conclusion est fondée sur le nombre *total* de transactions de photocopie au pays — soit 250 millions de pages, dont la plupart sont déjà visées par le tarif —, et non sur les 16,9 millions de copies de la catégorie 4. En effet, ce sont *ces* dernières qu’il fallait comparer aux œuvres pour déterminer si « [l]a concurrence que la reproduction [. . .] exerc[e] sur le marché de l’œuvre originale » est suffisamment importante (*CCH*, par. 59). Je suis porté à juger cette conclusion déraisonnable.

[58] Néanmoins, je ne crois pas qu’une telle conclusion déraisonnable à l’égard de ce seul élément suffise à vicier toute l’analyse. Comme le dit la Cour dans *CCH*, aucun élément n’est à lui seul déterminant, et le caractère équitable ou inéquitable de l’utilisation demeure une question de fait (par. 59-60). Au dire des appelants eux-mêmes, la Commission accorde en l’espèce plus d’importance au « but » de l’utilisation et à son « ampleur » qu’aux autres éléments (m.a., par. 45). L’analyse de la Commission étant à mon avis raisonnable en ce qui concerne ces deux éléments, ainsi que d’autres, je ne puis conclure que sa décision est déraisonnable à cause de cette seule inférence.

III. Conclusion

[59] La décision d’un tribunal administratif peut sans conteste être déclarée déraisonnable (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471). Or, je ne crois pas que l’on puisse conclure, à l’issue d’un contrôle au regard d’une norme déférente, qu’une décision complexe et fondée sur l’examen de multiples éléments est déraisonnable sur la foi de quelques affirmations discutables ou conclusions préliminaires de la part du tribunal administratif en cause. C’est tout particulièrement vrai lorsque, comme dans l’analyse relative au caractère équitable de l’utilisation, les questions qui se posent ont trait aux faits.

[60] This Court has stated in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that reviewing courts are to look for “justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” of the tribunal and with “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (para. 47). In my respectful view, the Board’s detailed and extensive analysis and decision in this case were intelligible, transparent and justifiable. Its conclusion cannot be said to fall outside of a reasonable range of outcomes. For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS, FISH, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Wanda Noel, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Toronto; Norton Rose Canada, Montréal.

Solicitors for the interveners the Canadian Publishers’ Council, the Association of Canadian Publishers and the Canadian Educational Resources Council: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the Association of Universities and Colleges of Canada and the Association of Canadian Community Colleges: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Solicitors for the intervenor CMRRA-SODRAC Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Canadian Authors Association, the Canadian Freelance Union, the Canadian Society of Children’s

[60] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour dit que la cour de révision doit s’attacher « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » du tribunal et à « l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 47). À mon humble avis, l’analyse détaillée et exhaustive de la Commission et la décision qui en résulte sont à la fois intelligibles et transparentes et elles se justifient. On ne saurait prétendre que sa conclusion n’appartient pas aux issues possibles raisonnables. Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges DESCHAMPS, FISH, ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs des appelants : Wanda Noel, Ottawa; Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l’intimée : McCarthy Tétrault, Toronto; Norton Rose Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants Canadian Publishers’ Council, Association of Canadian Publishers et Canadian Educational Resources Council : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Association canadienne des professeures et professeurs d’université et la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenantes l’Association des universités et collèges du Canada et l’Association des collèges communautaires du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

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

Procureurs des intervenantes Canadian Authors Association, Canadian Freelance Union, la Société canadienne des auteurs, illustrateurs et

Authors, Illustrators and Performers, the League of Canadian Poets, the Literary Translators' Association of Canada, the Playwrights Guild of Canada, the Professional Writers Association of Canada and the Writers' Union of Canada: Hebb & Sheffer, Toronto; Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto: Macera & Jarzyna, Ottawa.

artistes pour enfants, League of Canadian Poets, l'Association des traducteurs et traductrices littéraires du Canada, Playwrights Guild of Canada, Professional Writers Association of Canada et Writers' Union of Canada : Hebb & Sheffer, Toronto; Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Centre for Innovation Law and Policy of the Faculty of Law University of Toronto : Macera & Jarzyna, Ottawa.