

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

[CB-CDA 2019-082]

[CB-CDA 2019-082]

Copyright Act, section 70.1

Loi sur le droit d'auteur, article 70.1

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

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

Post-Secondary Educational Institutions
(2011-2014)

Établissements d'enseignement postsecondaires
(2011-2014)

Post-Secondary Educational Institutions
(2015-2017)

Établissements d'enseignement postsecondaires
(2015-2017)

DECISION OF THE BOARD

DÉCISION DE LA COMMISSION

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

The Honourable Robert A. Blair
Mr. Claude Majeau
Mr. J. Nelson Landry

L'honorable Robert A. Blair
M^e Claude Majeau
M^e J. Nelson Landry

Date of the Decision

Date de la décision

December 6, 2019

Le 6 décembre 2019

TABLE OF CONTENTS	PAGE	TABLE DES MATIÈRES
I. INTRODUCTION AND HISTORY OF THE PROCEEDINGS	1	I. INTRODUCTION ET HISTORIQUE DE L'INSTANCE
A. The Tariffs	1	A. Les tarifs
B. Overview and Context	2	B. Aperçu et contexte
C. Pre-Hearing Matters	6	C. Questions préalables à l'audience
D. Post-Hearing Developments	12	D. Faits survenus après l'audience
II. EVIDENTIARY FRAMEWORK	14	II. CADRE PROBANT
A. The Licensing History	14	A. Historique des licences
B. Evidence	18	B. Éléments de preuve
III. PARTIES' POSITIONS AND PROPOSED TARIFFS	29	III. POSITIONS DES PARTIES ET PROJETS DE TARIF
A. Access	29	A. Access
B. Sean Maguire	32	B. Sean Maguire
IV. LEGAL ANALYSIS	34	IV. ANALYSE JURIDIQUE
A. The Fair Dealing Landscape and Its Effect	34	A. Le cadre de l'utilisation équitable et son effet
B. Non-Affiliated Rights Holders	37	B. Titulaires de droits non affiliés
C. Agency for Digital Copies and Digital Copy Deletion Provision	46	C. Mandat relatif aux copies numériques et disposition de suppression des copies numériques
D. Consequences of the Absence of Educational Institutions	51	D. Conséquences de l'absence d'établissements d'enseignement
V. ECONOMIC ANALYSIS	53	V. ANALYSE ÉCONOMIQUE
A. Introduction	53	A. Introduction
B. The Two Proposed Tariffs	54	B. Les deux projets de tarif
C. Our Proxy for 2011-2014: AUCC's Model Licence	56	C. Notre point de référence pour 2011-2014 : la licence type de l'AUCC

D. Our Proxy for 2015-2017: The Premium Licence	60	D. Notre point de référence pour 2015-2017 : la licence Premium
E. The Volume-times-Value Methodology	70	E. Méthode du volume multiplié par la valeur
F. Adjustments to the Proxies	71	F. Rajustements des points de référence
G. Final Rates	75	G. Taux définitifs
H. The College Licence	76	H. Licence des collèges
I. Transactional Licences	76	I. Licences transactionnelles
J. Who Pays the Tariff?	83	J. Qui paie pour le tarif?
VI. ROYALTY RATES	85	VI. TAUX DE REDEVANCES
VII. TARIFF WORDING	85	VII. LIBELLÉ DU TARIF
A. Definitions	86	A. Définitions
B. Grant of Rights	88	B. Octroi de droits
C. Conditions on “copying”	89	C. Conditions de « copier »
D. Non-Authorization of Circumvention of a Technological Measure	90	D. Non-autorisation de contournement d’une mesure technologique
E. Academic or Calendar Year	90	E. Année scolaire ou civile
F. Date of Payment and Report	91	F. Date de paiement et déclaration
G. Reporting	92	G. Présentation de rapports
H. Audit	94	H. Vérifications
I. Subcontracting and Other Third Parties	94	I. Sous-traitants et tiers
J. Works in Access’ Repertoire	95	J. Œuvres du répertoire d’Access
K. Payment and Interest	96	K. Paiement et intérêts
L. Other Issues	97	L. Autres enjeux
ENDNOTES	100	NOTES
APPENDIX	112	ANNEXE

Reasons for the Decision

I. INTRODUCTION AND HISTORY OF THE PROCEEDINGS

A. The Tariffs

[1] The Canadian Copyright Licensing Agency, operating as Access Copyright, is a collective society that administers the reproduction rights in books, magazines, journals and newspapers in its repertoire for all of Canada, except Quebec. In these proceedings, the Board is asked to approve tariffs for the reproduction of those works by post-secondary educational institutions and persons acting under their authority, for the years 2011-2013 and 2014-2017.

[2] Access' proposed rates, as of the filing of its statement of case, are \$26 per full-time equivalent student (FTE)¹ for universities and \$10 per FTE for other post-secondary educational institutions. For the purposes of these proposed tariffs, the reproductions in question consist primarily of:

- a) paper photocopying of works in the Access repertoire for individual student study and research and for inclusion in student "course pack" materials; and
- b) electronic reproduction of the works in digital form for individual study and research and for inclusion in the secure digital platforms (known as "Course Management Systems", or "CMS") and used by universities and colleges to deliver their courses to students.

Motifs de la décision

I. INTRODUCTION ET HISTORIQUE DE L'INSTANCE

A. Les tarifs

[1] La Canadian Copyright Licensing Agency, exerçant ses activités sous l'appellation d'« *Access Copyright* » (Access), est une société de gestion qui administre les droits de reproduction concernant les livres, les magazines, les revues et les journaux de son répertoire pour tout le Canada, à l'exception du Québec. Dans la présente instance, la Commission est appelée à homologuer des tarifs pour la reproduction de ces œuvres par les établissements d'enseignement postsecondaires et par les personnes relevant de leur autorité pour les années 2011 à 2013 et 2014 à 2017.

[2] Les taux proposés par Access, en date du dépôt de son énoncé de cause, sont de 26 \$ par étudiant équivalent à temps plein (ETP)¹ pour les universités et de 10 \$ par ETP pour les autres établissements d'enseignement postsecondaires. Dans le cadre de ces projets de tarif, les reproductions en question s'entendent principalement de :

- a) la photocopie sur papier d'œuvres du répertoire d'Access aux fins d'étude privée ou de recherche, et aux fins de la préparation des recueils de cours des étudiants;
- b) la reproduction électronique des œuvres sous forme numérique aux fins d'étude privée ou de recherche et aux fins d'affichage dans les plateformes numériques sécurisées (désignées sous l'appellation de « système de gestion des cours » ou « SGC ») dont se servent les universités et les collèges pour offrir des cours aux étudiants.

[3] For the reasons set out below, we approve tariffs with the following royalty rates:

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous homologuons les tarifs aux taux de redevances suivants :

Table 1: Rates Fixed, per FTE per year

Educational Institution	Rates for the years 2011 to 2014	Rates for the years 2015 to 2017
Colleges	\$9.54	\$5.50
Universities	\$24.80	\$14.31

Tableau 1 : Taux fixés, par ETP par année

Établissement d'enseignement	Taux pour les années 2011 à 2014	Taux pour les années 2015 à 2017
Collèges	9,54 \$	5,50 \$
Universités	24,80 \$	14,31 \$

[4] These rates are based on two proxies: for the years 2011-2014, the model licence Access then had in place with universities and colleges; for 2015-2017, a new model licence being offered by Access to the educational institutions at a lesser rate. The rates have been adjusted to account for the copying of works whose owner of copyright is not an affiliate of Access, which we have determined Access is not entitled to license.

[4] Ces taux ont été établis à partir de deux points de référence : pour les années 2011 à 2014, il s'agit de la licence type accordée par Access aux universités et aux collèges pendant la période; pour les années 2015 à 2017, il s'agit de la nouvelle licence type accordée par Access aux établissements d'enseignement à taux réduit. Les taux ont été rajustés pour tenir compte de la reproduction d'œuvres dont le titulaire du droit d'auteur n'est pas affilié à Access, à l'égard desquelles nous avons conclu qu'Access n'est pas autorisée à accorder de licence.

B. Overview and Context

[5] As described in more detail below, much of what underlies and explains these long-running proceedings has been shaped by recently evolving case law and legislation, and by advances in digital technology. In 2012, two decisions of the Supreme Court of Canada,² in particular, and legislative amendments to the *Copyright Act*³ had the effect of expanding the scope of what is encompassed by the "fair dealing" exemption to copyright protection as it relates to the education sector.

B. Aperçu et contexte

[5] Comme nous le décrivons en détail plus loin, les facteurs qui sous-tendent et expliquent la longue durée de l'instance découlent essentiellement de l'évolution récente de la jurisprudence et des dispositions législatives, et des avancées de la technologie numérique. En 2012, deux arrêts de la Cour suprême du Canada,² notamment, et les modifications législatives apportées à la *Loi sur le droit d'auteur*³ ont eu pour effet d'inclure l'éducation aux utilisations soustraites à la protection du droit d'auteur au titre de « l'utilisation équitable ».

[6] Contemporaneously with these changes, rapid developments in technology have

[6] Parallèlement à ces changements, les progrès rapides de la technologie ont

dramatically shifted the ways in which works are reproduced. No longer dependent on a paper environment, educational institutions and their teachers are afforded ready access to literary works in digital format and the ability to deliver those courses to their students through their secure digital Course Management Systems.

[7] A significant proportion of universities and colleges responded to this evolution by altering their previous practice, under which their use of works in Access' repertoire was governed by model licences. Instead, they developed fair dealing guidelines ("Guidelines") which, they say, identify uses that are now covered by the fair dealing exemption and therefore no longer require a licence. Not coincidentally, perhaps, the uses identified by the Guidelines as fair dealing closely parallel the uses covered by Access' model licences and its proposed tariffs, which Access seeks to have in place because it fears that the educational institutions will decline to enter into further licences with it for the reproduction of its repertoire works. Whether the uses outlined in the institutions' Guideline are, or are not, exempted in the new fair dealing landscape is an issue that was litigated in the Federal Court of Canada. The judgment was rendered in July 2017,⁴ and is further discussed later. This judgment is being appealed before the Federal Court of Appeal.

[8] This background has led to a further complication for the Board in dealing with the proposed tariffs. Although initially filing objections, the post-secondary school institutions all withdrew from the proceedings. In particular, the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC), now Universities Canada, withdrew as an objector in April 2012, during the interrogatory process. The Association of Canadian Community Colleges (ACCC), now Colleges and Institutes Canada, withdrew in October 2013, after taking

radicalement modifié les modes de reproduction des œuvres. Les établissements d'enseignement et leur personnel ne dépendent plus des supports papier; ils ont désormais facilement accès aux œuvres littéraires sous forme numérique et peuvent offrir des cours à leurs étudiants par l'entremise de leurs systèmes de gestion des cours sur des plateformes numériques sécurisées.

[7] Les universités et les collèges ont été nombreux à réagir à cette évolution en modifiant leur pratique antérieure, en vertu de laquelle leur utilisation des œuvres du répertoire d'Access était régie par des licences types. Ils ont plutôt élaboré des lignes directrices sur l'utilisation équitable (les « lignes directrices ») qui, selon eux, déterminent les utilisations qui sont désormais visées par l'exception au titre de l'utilisation équitable et qui ne requièrent donc plus de licence. Ce n'est peut-être pas l'effet du hasard si les différentes utilisations équitables figurant dans les lignes directrices s'apparentent étroitement aux utilisations visées dans les licences types d'Access, ainsi que dans les projets de tarif qu'elle cherche à faire adopter, de crainte que les établissements d'enseignement refusent d'acquiescer d'autres licences auprès d'elle pour la reproduction des œuvres de son répertoire. La question de savoir si les utilisations figurant dans les lignes directrices des établissements font l'objet ou non d'une exception dans le nouveau cadre de l'utilisation équitable a été débattue devant la Cour fédérale du Canada. Le jugement a été rendu en juillet 2017,⁴ et nous y reviendrons plus loin. Le jugement est porté en appel devant la Cour d'appel fédérale.

[8] Pour la Commission, ce contexte a compliqué encore davantage l'examen des projets de tarif. Les établissements d'enseignement postsecondaires qui avaient initialement déposé des oppositions se sont tous retirés de l'instance. Plus précisément, l'Association des universités et des collèges du Canada (AUCC), renommée Universités Canada, s'est retirée en tant qu'opposante en avril 2012, au cours du processus d'échange de renseignements. L'Association des collèges communautaires du Canada (ACCC),

part in the interrogatory process but before filing its statement of case. These two associations represent the educational institutions subject to the proposed tariffs. Their withdrawal meant that the users most directly affected by the tariffs were no longer represented at the proceedings and did not provide any evidentiary record on which the Board can rely. We will return to the added complications this posed for the Board's deliberations later.

[9] Given the foregoing context, it is perhaps not surprising that from their inception, these proceedings have generated a near-record number of notices and rulings by the Board, some of which are explained in more detail below. The notices and rulings encompassed a wide range of contentious issues, including, for example: the fixing of an interim tariff; the winnowing of approximately one hundred initial individual and institutional objectors down to seventeen; the admissibility of certain survey evidence sought to be tendered by Access and opposed by the University of Toronto (an unsuccessful parallel application for injunctive relief by the University seeking to restrain the use of the evidence in the Board proceedings was dismissed in the Ontario Superior Court); an application by a then objector, Professor Ariel Katz, to have the Board refer a question of law to the Federal Court, which was dismissed by the Board and submitted to an unsuccessful review in the Federal Court of Appeal; requests by the Board to Access and others for further data, partly at least due to the lack of a record from education institutions; and multiple rulings relating to the interrogatory process.

[10] Access filed its proposed tariff for 2011-2013 in March 2010, and its proposed tariff for 2014-2017 in March 2013. The Board

renommée Collèges et instituts Canada, s'est retirée en octobre 2013 après avoir pris part à l'échange de renseignements, mais avant de déposer son énoncé de cause. Ces deux associations représentent les établissements d'enseignement visés par les projets de tarif. Leur désistement signifiait que les utilisateurs les plus directement touchés par les tarifs n'étaient plus représentés à l'instance et qu'ils n'ont versé aucun élément de preuve au dossier sur lequel la Commission aurait pu se fonder. Nous reviendrons plus loin sur les complications supplémentaires qui en ont découlé pour les délibérations de la Commission.

[9] Dans un tel contexte, il n'est pas si surprenant que l'instance ait d'emblée donné lieu à l'émission d'un nombre quasi record d'avis et d'ordonnances par la Commission, dont certains sont traités en détail plus loin. Les avis et les ordonnances portaient sur une grande diversité de questions litigieuses, notamment la fixation d'un tarif provisoire; la diminution du nombre initial d'opposants individuels et institutionnels, qui est passé d'une centaine à dix-sept; l'admissibilité de certaines données d'enquête dont la production était demandée par Access et à laquelle s'opposait l'Université de Toronto (parallèlement, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté une demande d'injonction présentée par l'Université en vue de restreindre l'utilisation des éléments de preuve au cours de l'instance de la Commission); la demande présentée par le professeur Ariel Katz, alors opposant, invitant la Commission à renvoyer une question de droit devant la Cour fédérale, demande qui a été rejetée par la Commission et renvoyée devant la Cour d'appel fédérale pour contrôle, sans succès; les demandes présentées par la Commission à Access et à d'autres en vue d'obtenir des données supplémentaires, pour pallier à tout le moins en partie l'absence d'éléments de preuve versés au dossier par les établissements d'enseignement; les multiples ordonnances ayant trait au processus d'échange de renseignements.

[10] Access a déposé son projet de tarif pour 2011-2013 en mars 2010, et son projet de tarif pour 2014-2017 en mars 2013. La Commission

ultimately agreed to consolidate the examination of the two tariff proceedings, in July 2015. A hearing was held in January 2016. Only a single intervenor, Mr. Sean Maguire, a student, participated.

[11] Further issues arose following the hearing, however. A large number of post-secondary institutions – all of which had long before withdrawn as objectors or intervenors, and declined to participate – attempted to reinsert themselves into the process. Taking advantage of the Board’s Directive on Procedure that permits anyone to “comment” on proceedings, they wrote to the Board, reiterating previous submissions and raising new issues, on none of which they had provided any evidence for the record.

[12] With that background and context in mind, the Board has conducted its analysis of the record and the issues raised. Those include: (i) the relevance and impact of the developing “fair dealing” landscape and the Fair Dealing Guidelines adopted by the educational institutions in that context; (ii) whether Access is entitled to count their “non-affiliates” as members for purposes of tariff collection; (iii) whether Access has the capacity to authorize the making of digital copies without a requirement that these be eventually deleted; (iv) whether the former and current model licences are useful proxies on which to set a tariff; (v) whether the royalty rates need to be adjusted for either fair dealing or non-substantial copying; and (vi) whether to set any transactional licences.

[13] Before turning to the legal and economic analyses relating to those issues, however, some further explanation of the pre-hearing and post-hearing setting is in order.

a finalement accepté d’examiner en même temps les deux instances tarifaires, en juillet 2015. Une audience a eu lieu en janvier 2016. Un seul intervenant y a participé, soit M. Sean Maguire, un étudiant.

[11] D’autres questions ont toutefois été soulevées à la suite de l’audience. De nombreux établissements d’enseignement postsecondaires – qui s’étaient tous retirés bien avant comme opposants ou intervenants, et qui avaient refusé de participer – ont cherché à se réengager dans le processus. Se prévalant de la Directive sur la procédure de la Commission, qui permet à toute personne de « formuler des observations » sur l’instance, ils ont écrit à la Commission en réitérant des observations antérieures et en soulevant de nouvelles questions, sur lesquelles ils n’avaient présenté aucun élément de preuve à verser au dossier.

[12] La Commission a pris en compte le contexte et l’ensemble des facteurs pour effectuer son analyse du dossier et des questions soulevées. Celles-ci comprennent : i) la pertinence et l’incidence du cadre de l’« utilisation équitable » en pleine évolution et des lignes directrices sur l’utilisation équitable adoptées par les établissements d’enseignement dans un tel contexte; ii) la question de savoir si Access est autorisée à compter ses « non-affiliés » comme des membres aux fins de la perception des droits; iii) la question de savoir si Access est en mesure d’autoriser la production de copies numériques sans exiger que celles-ci soient supprimées par la suite; iv) la question de savoir si les licences types antérieures et actuelles sont des points de référence utiles pour la fixation d’un tarif; v) la question de savoir si les taux de redevances doivent être rajustés pour tenir compte de l’utilisation équitable ou de la reproduction d’une partie non importante d’une œuvre; vi) la question de savoir s’il y a lieu d’établir des licences transactionnelles.

[13] Avant de procéder aux analyses juridiques et économiques de ces questions, il serait cependant indiqué de fournir certains éclaircissements sur le contexte ayant précédé et suivi l’audience.

C. Pre-Hearing Matters

Objectors

[14] The 2011-2013 proposed tariff and the 2014-2017 proposed tariff were published in the *Canada Gazette* on June 12, 2010, and May 18, 2013, respectively, with a notice informing potential users or their representatives of their right to object to these tariffs.

[15] About a hundred individuals and organizations objected to the 2011-2013 proposed tariff. Doubts were raised at the time as to whether some of them were “prospective users” within the meaning of the *Act*. On November 25, 2010, the Board ruled that 17 of these individuals or organizations could take part in the proceedings as objectors or as intervenors with full rights of participation. There was a much more limited number of objectors to the 2014-2017 tariff.

[16] The individuals and organizations objecting to one or both of the proposed tariffs included the Canadian Federation of Students (CFS), the Canadian Association of University Teachers (CAUT), Professor Ariel Katz of the University of Toronto, Sean Maguire, a student, AUCC, and ACCC.⁵

[17] Most objectors and intervenors withdrew at an early stage of the process – chiefly before interrogatories had commenced. As noted above, AUCC withdrew its objection in April 2012 (during the interrogatory process) and ACCC did so in October 2013, after taking part in the interrogatory process but before filing its statement of case. Professor Katz withdrew on December 20, 2013, as did CFS and CAUT. An application by CFS and CAUT for intervenor status with limited rights of participation in respect of the 2014-2017 tariff was later denied by the Board in June 2015.

C. Questions préalables à l’audience

Opposants

[14] Le projet de tarif de 2011-2013 et le projet de tarif de 2014-2017 ont été publiés dans la *Gazette du Canada* le 12 juin 2010 et le 18 mai 2013, respectivement, accompagnés d’un avis indiquant que tout utilisateur éventuel intéressé, ou son représentant, pouvait y faire opposition.

[15] Environ une centaine de personnes et d’organisations se sont opposées au projet de tarif de 2011-2013. À l’époque, la qualité d’« utilisateur éventuel intéressé » au sens de la *Loi* de certaines d’entre elles a été remise en question. Le 25 novembre 2010, la Commission a établi que 17 de ces personnes ou organisations pouvaient prendre part à l’instance à titre d’opposants ou d’intervenants investis des pleins droits de participation. Le nombre d’opposants au projet de tarif de 2014-2017 était bien moins élevé.

[16] Les personnes et les organisations s’étant opposées à l’un des projets de tarif ou aux deux comprenaient la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants (FCEE), l’Association canadienne des professeures et professeurs d’université (ACPPU), le professeur Ariel Katz de l’Université de Toronto, Sean Maguire, un étudiant, l’AUCC et l’ACCC.⁵

[17] La plupart des opposants et des intervenants se sont retirés à un stade précoce – principalement avant le début du processus d’échange de renseignements. Comme il a été mentionné, l’AUCC a retiré son opposition en avril 2012 (durant le processus d’échange de renseignements), et l’ACCC a fait de même en octobre 2013, après avoir pris part à l’échange de renseignements, mais avant de déposer son énoncé de cause. Le professeur Katz s’est retiré le 20 décembre 2013, tout comme la FCEE et l’ACPPU. Par la suite, en juin 2015, la Commission a rejeté une demande présentée par la FCEE et l’ACPPU qui désiraient obtenir le statut d’intervenants avec droits de participation limités dans le cadre de l’instance sur le projet de tarif de 2014-2017.

[18] All this left Sean Maguire as the sole remaining intervenor to the proposed tariffs throughout much of the process and at the hearing.

Interim Tariff and Subsequent Changes

[19] As outlined more fully below, photocopying in educational institutions has been governed since the 1990s by licences between Access and educational institutions, in the form of model licences negotiated under the auspices of AUCC and ACCC and signed by each institution. However, in 2010, Access filed its 2011-2013 proposed tariff, arguing that, in its view, it was becoming clear that the parties would not be able to agree on the terms of the new licences that would apply after the then-applicable licences would expire on December 31, 2010.

[20] In keeping with that position, Access applied to the Board on October 13, 2010, for an interim tariff in accordance with section 66.51 of the *Act*. Because of the urgency of the situation, and to avoid a potential legal vacuum, the Board granted the application and issued an interim tariff on December 23, 2010, “even though its provisions would benefit from fuller discussion.”⁶

[21] The interim tariff tracked the wording of AUCC’s Model Licence to the extent possible. It was to apply from January 1, 2011, until the earlier of December 31, 2013, or the date a final tariff was certified. Like the Model Licence, the tariff provided for royalties of \$3.38 per FTE and \$0.10 per page copied as part of a course pack. In the case of proprietary colleges,⁷ these rates are \$3.58 per student and \$0.11 per page copied as part of a course pack.

[22] While the interim tariff was modified several times over the subsequent months, none

[18] Par conséquent, Sean Maguire a fini par être l’unique intervenant relativement aux projets de tarif durant la majeure partie de l’instance et à l’audience.

Tarif provisoire et modifications subséquentes

[19] Comme il est décrit en détail ci-après, depuis les années 1990, la photocopie dans les établissements d’enseignement était régie par les ententes de licence conclues entre Access et ces établissements, qui sont des licences types négociées sous l’égide de l’AUCC et de l’ACCC et souscrites par chaque établissement. Or, en 2010, Access a déposé son projet de tarif de 2011-2013 en soutenant qu’il lui semblait de plus en plus évident que les parties ne parviendraient pas à s’entendre sur les modalités des nouvelles licences qui entreraient en vigueur après l’expiration des licences le 31 décembre 2010.

[20] Conformément à cette position, Access a présenté à la Commission le 13 octobre 2010, une demande de tarif provisoire en vertu de l’article 66.51 de la *Loi*. Vu l’urgence de la situation, et pour éviter un éventuel vide juridique, la Commission a accueilli la demande et émis le 23 décembre 2010 un tarif provisoire « sans le bénéfice d’une analyse plus approfondie ».⁶

[21] Le tarif provisoire reprenait, dans la mesure du possible, le libellé de la licence type conclue avec l’AUCC. Il devait s’appliquer à compter du 1^{er} janvier 2011 et rester en vigueur jusqu’au 31 décembre 2013 ou jusqu’au jour de l’homologation du tarif définitif, selon la première des deux éventualités. Comme la licence type, le tarif prévoyait un taux de redevances de 3,38 \$ par ETP et de 0,10 \$ par page copiée devant faire partie d’un recueil de cours. Dans le cas des collèges indépendants,⁷ ces taux étaient de 3,58 \$ par étudiant et de 0,11 \$ par page copiée devant faire partie d’un recueil de cours.

[22] Le tarif provisoire a été modifié à plusieurs reprises dans les mois qui ont suivi, mais

of these modifications affected the rates payable.

[23] Finally, on September 23, 2011, in its *Access Interim Tariff – Transactional Licence* decision,⁸ the Board denied AUCC's application to have the Board vary the tariff to require Access to grant transactional licences on request. AUCC and the University of Manitoba then applied for judicial review of that decision. On March 20, 2012, the Federal Court of Appeal dismissed the application on the basis that there were no special circumstances that would justify the intervention of the Court at that preliminary stage of the proceedings.⁹

[24] It should be noted that AUCC and the University of Manitoba also applied for judicial review of another interlocutory decision of the Board regarding the interrogatory process. On August 18, 2011, the Board had ordered ACCC and AUCC to obtain interrogatory responses from a representative sample of institutions that had expressed their desire to opt out of the interim tariff. The Court dismissed this application as well, for the same reasons.¹⁰

Other Relevant Procedural History

[25] We have already remarked on the number of Board interventions and rulings that the proceedings have engendered. The following will round out the picture in general terms.

[26] After AUCC withdrew its objection to the 2011-2013 proposed tariff, leaving only one institutional objector (ACCC) and one intervenor (Mr. Maguire), the Board fixed a schedule and set a date of February 12, 2014, for the hearing. On March 28, 2013, however, Access submitted its 2014-2017 proposed tariff.

[27] Access submitted its statement of case and supporting evidence with respect to it on September 13, 2013. But on November 18,

aucune des modifications n'a touché les taux de redevances à verser.

[23] Enfin, le 23 septembre 2011, dans la décision *Tarif provisoire d'Access – Licence transactionnelle*,⁸ la Commission a rejeté la demande présentée par l'AUCC et refusé de modifier le tarif de façon à forcer Access à accorder des licences transactionnelles à la pièce. L'AUCC et l'Université du Manitoba ont ensuite demandé le contrôle judiciaire de cette décision. Le 20 mars 2012, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande au motif qu'il n'y avait pas de circonstances particulières justifiant l'intervention de la Cour à ce stade préliminaire de l'instance.⁹

[24] Il convient de noter que l'AUCC et l'Université du Manitoba ont aussi demandé le contrôle judiciaire d'une autre décision interlocutoire rendue par la Commission relativement au processus d'échange de renseignements. Le 18 août 2011, la Commission avait ordonné à l'ACCC et à l'AUCC d'obtenir des réponses aux demandes de renseignements auprès d'un échantillon représentatif d'établissements qui avaient dit vouloir se soustraire au tarif provisoire. La Cour a également rejeté cette demande, pour les mêmes raisons.¹⁰

Autres points pertinents relatifs à l'historique de l'instance

[25] Nous avons déjà fait état du nombre élevé d'interventions et d'ordonnances de la Commission que l'instance a nécessité. Suit un tableau général de la situation.

[26] Après que l'AUCC a eu retiré son opposition au projet de tarif de 2011-2013, il ne restait qu'un seul opposant institutionnel (l'ACCC) et un seul intervenant (M. Maguire), et la Commission a établi un calendrier et fixé la date de l'audience au 12 février 2014. Toutefois, le 28 mars 2013, Access a présenté son projet de tarif de 2014-2017.

[27] Le 13 septembre 2013, Access a présenté son énoncé de cause et ses éléments de preuve à l'appui. Cependant, le 18 novembre 2013, après

2013, after ACCC had withdrawn its objections to both tariffs, Access asked the Board to consolidate the proceedings relating to both tariffs. In its ruling of December 4, 2014, the Board initially declined to do so.

[28] The Board had received, and on December 9, 2013, dismissed an application by Professor Katz in which he asked the Board to refer a question of law to the Federal Court of Appeal, in accordance with subsections 18.3(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*. Professor Katz' proposed question related to whether a single copying event by an educational institution would be sufficient to trigger the tariff, or "trigger" liability under it. The Board dismissed his application, holding, among other things, that the issue raised was not a proper matter for a reference because it was not a question that the Board was required to answer in order to exercise its jurisdiction and certify the proposed tariffs.

[29] Next, an issue arose that bore on the evidentiary record that would be before the Board in the proceedings. On December 13, 2013, Access applied for leave to file additional evidence in the form of an analysis by Access of data provided by the University of Toronto regarding reproductions made on the University's secure digital platforms on which it provides its Course Management Systems. The data on which this analysis is based had been submitted by the University of Toronto in accordance with a licence entered into by the parties on January 30, 2012, and that applied retroactively from January 1, 2011, to December 31, 2013. Access submitted that the evidence was relevant because it was based on the only data available to it regarding the reproduction of works on a university's digital platform.

[30] The University of Toronto objected to this application. It submitted that the tendered evidence was inadmissible because the University was not a party to the proposed

que l'ACCC a eu retiré son opposition aux deux tarifs, Access a demandé à la Commission de combiner les procédures ayant trait aux deux tarifs. Dans une ordonnance rendue le 4 décembre 2014, la Commission a d'abord refusé de le faire.

[28] Le professeur Katz avait demandé à la Commission de renvoyer une question de droit devant la Cour d'appel fédérale, en application des paragraphes 18.3(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, demande que la Commission a rejetée le 9 décembre 2013. La question soulevée par le professeur Katz visait à déterminer si un seul cas de copie ayant lieu dans un établissement d'enseignement suffisait à déclencher l'application du tarif, ou à engager la responsabilité au regard du tarif. La Commission a rejeté sa demande en affirmant, entre autres, que la question soulevée n'était pas pertinente pour un renvoi, car il ne s'agissait pas d'une question à laquelle la Commission était tenue de répondre pour exercer sa compétence et homologuer les projets de tarif.

[29] Le problème suivant qui s'est posé concernait le dossier de preuve dont disposerait la Commission durant l'instance. Le 13 décembre 2013, Access a demandé l'autorisation de présenter un élément de preuve supplémentaire, soit une analyse qu'elle avait menée sur les données que l'Université de Toronto avait fournies au sujet des reproductions effectuées dans ses propres plateformes numériques sécurisées hébergeant ses systèmes de gestion des cours. Les données traitées dans l'analyse avaient été soumises par l'Université de Toronto dans le cadre d'une licence conclue entre les parties le 30 janvier 2012, laquelle était entrée en vigueur de façon rétroactive le 1^{er} janvier 2011 et prenait fin le 31 décembre 2013. Access a fait valoir que cet élément de preuve était pertinent, car il était fondé sur les seules données dont elle disposait au sujet de la reproduction des œuvres sur une plateforme numérique universitaire.

[30] L'Université de Toronto s'est opposée à cette demande. Elle a déclaré que l'élément de preuve en question était inadmissible, car l'Université n'était pas partie à l'instance sur le

tariff. In a parallel process, on January 9, 2014, the University applied to the Ontario Superior Court for an injunction to prevent Access from filing this evidence.

[31] In response to these developments, the Board set up a process to enable the intervenors¹¹ and the University to make their case against Access' application to file additional evidence. On January 13, 2014, however, the University asked the Board to suspend the process regarding the filing of additional evidence until the Court could dispose of the injunction issue. That same day, the Board granted the request.

[32] Meanwhile, on December 19, 2013, Mr. Maguire filed his statement of case. The next day, all other intervenors withdrew. On January 17, 2014, the Board itself put a series of initial questions – for the most part, economic ones – to Access. It also adjourned the pending February 12 hearing *sine die*.

[33] The Board took the latter step for several reasons. First, the nature of the answers to the questions asked by the Board were such that Access could not reasonably answer them before the beginning of the hearing scheduled for February 12. Second, if the Board decided to grant leave to file Access' additional evidence regarding the University of Toronto's Case Management Systems, it could have questions to put to Access regarding that evidence, and more time would then be needed to answer them. Finally, the withdrawal of Professor Katz, CAUT and CFS, and of ACCC just a few weeks earlier, in addition to the withdrawal of AUCC, meant that the Board had to play a more active role and needed time to make the necessary adjustments.

[34] On February 4, 2014, the Ontario Superior Court denied the University of Toronto's

projet de tarif. Dans le cadre d'un processus mené en parallèle, l'Université a demandé une injonction auprès de la Cour supérieure de l'Ontario le 9 janvier 2014 pour empêcher Access de présenter cet élément de preuve.

[31] À la lumière de ces éléments nouveaux, la Commission a lancé un processus pour donner la possibilité aux intervenants¹¹ et à l'Université de présenter leurs arguments contre le dépôt d'éléments de preuve supplémentaires demandé par Access. Le 13 janvier 2014, l'Université a toutefois demandé à la Commission de suspendre le processus concernant la présentation d'éléments de preuve supplémentaires jusqu'à ce que la Cour ait tranché la demande d'injonction. La Commission a accueilli cette demande le jour même.

[32] Entretemps, le 19 décembre 2013, M. Maguire a déposé son énoncé de cause. Le lendemain, tous les autres intervenants se sont retirés. Le 17 janvier 2014, la Commission a elle-même présenté une série de questions initiales – d'ordre économique pour la plupart – à Access. Elle a également ajourné *sine die* l'audience du 12 février.

[33] La Commission a pris cette dernière mesure pour plusieurs raisons. Premièrement, Access ne pouvait raisonnablement pas répondre aux questions posées par la Commission, vu la nature de celles-ci, avant le début de l'audience le 12 février. Deuxièmement, si la Commission décidait d'autoriser Access à déposer l'élément de preuve supplémentaire au sujet des systèmes de gestion des cours de l'Université de Toronto, elle aurait peut-être des questions à poser à Access sur cet élément, et il faudrait prévoir plus de temps pour obtenir les réponses. Enfin, les désistements du professeur Katz, de l'ACPPU et de la FCEE, et de l'ACCC à peine quelques semaines plus tôt, s'ajoutant à celui de l'AUCC, obligeaient la Commission à jouer un rôle plus actif, et il lui fallait du temps pour procéder aux adaptations nécessaires.

[34] Le 4 février 2014, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la demande d'injonction

application for an interlocutory injunction. On February 6, the Board reinstated the time limits suspended on January 17, 2014, in order to receive the arguments of the parties and the University of Toronto regarding the admissibility of the evidence. On March 6, the Board granted Access' application to file the contested evidence regarding digital copies made at the University of Toronto, finding among other things that it must ensure that it benefits from the most comprehensive evidence, in order to certify a fair and equitable tariff. The Board also stated that this issue was one of admissibility of evidence and that, as such, the University's arguments regarding the fact that Access should have excluded copies licensed under agreements with third parties concerned the weight to be given to the evidence; for this reason, the arguments were premature.

[35] In the meantime, on January 27, 2014, Access filed its reply statement of case. On June 3, 2015, the Board asked Access to answer a number of other economic questions, some of which dealt with the new licence offers made by Access to post-secondary educational institutions from December 2014 onwards at rates lower than those of \$26 and \$10 per FTE under the model agreements entered into with AUCC and ACCC.

[36] On June 16, 2015, Access asked the Board to set a new hearing date. It also requested that the order of June 3 compelling it to answer questions be stayed. It alleged that several of these questions concerned years after 2013 and thus after 2011-2013, the only period under examination, given the Board's refusal to consolidate this tariff with the one for 2014-2017. It therefore asked the Board to suspend the time limit for answering these questions. In the alternative, it asked the Board once again to consolidate the examination of the tariffs for 2011-2013 and 2014-2017, in which case it would answer the questions of June 3.

interlocutoire présentée par l'Université de Toronto. Le 6 février, la Commission a rétabli les délais qu'elle avait suspendus le 17 janvier 2014 pour recevoir les arguments des parties et de l'Université de Toronto au sujet de l'admissibilité des éléments de preuve. Le 6 mars, la Commission a autorisé Access à déposer l'élément de preuve contesté relatif aux copies numériques produites à l'Université de Toronto, en concluant, entre autres choses, qu'elle devait s'assurer de disposer de la preuve la plus complète qui soit afin d'homologuer un tarif juste et équitable. La Commission a aussi déclaré que cette question portait sur l'admissibilité de la preuve et que, dès lors, les arguments de l'Université sur le fait qu'Access aurait dû exclure les copies visées par des ententes de licence conclues avec de tierces parties concernaient le poids à accorder aux éléments de preuve; pour cette raison, les arguments étaient prématurés.

[35] Entretemps, le 27 janvier 2014, Access a déposé son énoncé de cause en réplique. Le 3 juin 2015, la Commission a soumis à Access d'autres questions d'ordre économique, dont certaines portaient sur les nouvelles offres de licence qu'Access avait proposées aux établissements d'enseignement postsecondaires à partir de décembre 2014, à des taux inférieurs à ceux de 26 \$ et de 10 \$ par ETP applicables aux termes des ententes types conclues avec l'AUCC et l'ACCC.

[36] Le 16 juin 2015, Access a demandé à la Commission de fixer une nouvelle date d'audience. Elle a aussi demandé un sursis à l'ordonnance du 3 juin l'obligeant à répondre à des questions. Elle alléguait que plusieurs de ces questions concernaient les années consécutives à 2013, et donc postérieures à la période de 2011 à 2013, la seule période visée par l'examen puisque la Commission avait refusé de regrouper ce tarif avec celui de 2014-2017. Elle a donc demandé à la Commission de suspendre le délai accordé pour répondre aux questions. Subsidiairement, elle a encore une fois demandé à la Commission de regrouper l'examen des tarifs de 2011-2013 et de 2014-2017, auquel cas elle répondrait aux questions posées le 3 juin.

[37] On July 3, 2015, the Board consolidated the examinations of the two tariffs. It was of the opinion that the reasons for refusing to consolidate the two files in 2013 were no longer valid. First, the initial hearing had not taken place. Second, more than a year and a half later, the parties were in a better position to provide useful information regarding the 2014-2017 period. Finally, both parties agreed that consolidation would result in lower costs than separate examinations for the two periods.

[38] On July 15, 2015, the Board set a schedule of proceedings that was to culminate in a hearing on January 18, 2016.

[39] On November 3 and December 4, 2015, respectively, Access and Mr. Maguire filed their statements of case for 2011-2013 and 2014-2017. Finally, on December 17, Access filed its statement in reply. The hearing took place over four days.

[40] Finally, it should be noted that throughout the whole process, the Board asked Access questions on a variety of issues. Some questions were put to Access before the hearing, on January 17, 2014 (Access' responses filed in evidence as exhibits AC-18, AC-19 and AC-20), February 18, 2014 (responses filed as Exhibit AC-21), June 3, 2015 (responses filed as Exhibit AC-32), December 15, 2015 (responses filed as Exhibit AC-34) and January 14, 2016 (responses filed as Exhibit AC-48), as well as after the hearing, on June 9, 2016 (Access' responses filed as exhibits AC-50, AC-51 and AC-52).

D. Post-Hearing Developments

[41] On February 9, 2016, after the hearing had ended, York University (York) wrote to the Board to inform it that it had entered into numerous licences with third parties other than Access for the reproduction of copyrighted works, either individually or through a group of

[37] Le 3 juillet 2015, la Commission a décidé d'examiner conjointement les deux tarifs. Elle estimait que les raisons motivant son refus de regrouper les deux dossiers en 2013 n'étaient plus valides. Premièrement, l'audience initiale n'avait pas eu lieu. Deuxièmement, plus d'un an et demi plus tard, les parties étaient mieux en mesure de fournir des renseignements utiles sur la période de 2014 à 2017. Enfin, les deux parties convenaient que l'examen regroupé des deux périodes coûterait moins cher que deux examens distincts.

[38] Le 15 juillet 2015, la Commission a établi un calendrier de l'instance qui devait déboucher sur une audience le 18 janvier 2016.

[39] Le 3 novembre et le 4 décembre 2015, respectivement, Access et M. Maguire ont déposé leurs énoncés de cause portant sur les périodes de 2011 à 2013 et de 2014 à 2017. Enfin, le 17 décembre, Access a déposé son énoncé de cause en réplique. L'audience s'est déroulée sur quatre jours.

[40] En dernier lieu, il convient de noter que la Commission a posé à Access des questions sur une variété de sujets tout au long du processus. Certaines ont été soumises à Access avant l'audience, soit le 17 janvier 2014 (les réponses d'Access ont été déposées en preuve aux pièces AC-18, AC-19 et AC-20), le 18 février 2014 (les réponses ont été déposées en preuve à la pièce AC-21), le 3 juin 2015 (les réponses ont été déposées en preuve à la pièce AC-32), le 15 décembre 2015 (les réponses ont été déposées en preuve à la pièce AC-34) et le 14 janvier 2016 (les réponses ont été déposées en preuve à la pièce AC-48); d'autres lui ont été soumises après l'audience, le 9 juin 2016 (les réponses d'Access ont été déposées en preuve aux pièces AC-50, AC-51 et AC-52).

D. Faits survenus après l'audience

[41] Le 9 février 2016, après la fin de l'audience, l'Université York (York) a écrit à la Commission pour lui faire savoir qu'elle avait conclu de nombreuses ententes de licence avec de tierces parties autres qu'Access pour la reproduction d'œuvres protégées par le droit

various university libraries. To avoid having to pay twice, it argued that the tariff to be certified by the Board should take these licences into account. Furthermore, in addition to the blanket licence component with a fixed per-student rate, the tariff should also include a transactional component that would allow educational institutions to pay on a per-use basis. According to York, this would take into account the fact that universities' copying needs were in large part already covered through licences with third parties.

[42] York also noted that as of August 31, 2011, it had decided that, unlike other institutions, it would not operate on the basis of the *Access Interim Tariff (2011-2013)*. It argued that it was not subject to the interim tariff because it had not done any copying that would have required a licence from Access. This led Access to commence proceedings against York in Federal Court claiming, among other relief sought, a declaration to the effect that York was required to pay Access the royalties set out in the interim tariff because it had reproduced copyrighted material from its repertoire that had not otherwise been cleared.

[43] Subsequently, on February 15, 2016, a consortium consisting of the following universities and Boards of Governors also sent a comment letter to the Board: University of British Columbia, University of Winnipeg, University of Lethbridge, University of Calgary, Thompson Rivers University and University of the Fraser Valley, as well as the Governing Council of the University of Toronto and the Governors of the University of Alberta.

[44] The Consortium's letter essentially repeats the same arguments as York's, namely that the Board must offer a range of licensing options, including a transactional licence, to account for the fact that the institutions must enter into

d'auteur, à titre individuel ou avec un groupe de bibliothèques universitaires. Elle soutenait que le tarif devant être homologué par la Commission devrait tenir compte de ces licences, de façon à lui éviter de payer deux fois. De plus, outre la licence générale prévoyant un taux fixe par étudiant, le tarif devrait aussi inclure un volet transactionnel qui permettrait aux établissements d'enseignement de payer en fonction de l'utilisation. Selon York, une telle approche tiendrait compte du fait que les besoins des universités en matière de reproduction étaient déjà largement couverts dans le cadre d'ententes de licence conclues avec de tierces parties.

[42] York a également fait observer qu'elle avait pris la décision, le 31 août 2011, de ne pas appliquer le *Tarif provisoire d'Access (2011-2013)*, contrairement à d'autres établissements. Elle soutenait qu'elle n'était pas assujettie au tarif provisoire, car elle n'avait fait aucune copie qui aurait nécessité une licence d'Access. En réponse, Access a entamé des procédures contre York à la Cour fédérale en vue d'obtenir, entre autres mesures de réparation, une déclaration selon laquelle York était tenue de verser à Access les redevances fixées dans le tarif provisoire, car elle avait reproduit du matériel protégé par le droit d'auteur de son répertoire dont elle n'avait pas autrement acquitté les droits.

[43] Par la suite, le 15 février 2016, un consortium regroupant les universités et les conseils d'administration suivants a également envoyé une lettre d'observations à la Commission : l'Université de la Colombie-Britannique, l'Université de Winnipeg, l'Université de Lethbridge, l'Université de Calgary, l'Université Thompson Rivers et l'Université Fraser Valley, de même que le conseil d'administration de l'Université de Toronto et le conseil d'administration de l'Université de l'Alberta.

[44] La lettre du consortium reprend essentiellement les mêmes arguments que ceux de York, à savoir que la Commission doit offrir diverses possibilités de licence, dont la licence transactionnelle, pour tenir compte du fait que

numerous licences with third parties for materials not in Access' repertoire, or to avoid any double payment, as is the case where licences with third parties and the Access licence permit reproduction of the same works, with Access granting licences on a non-exclusive basis.

[45] Finally, on February 17, 18, and 29 and March 25, 2016, Brock University, the University of Manitoba, Athabasca University and Mount Royal University each in turn wrote to the Board to express their support for the comments made in the letters from the Consortium and York.

[46] These post-hearing attempts by the post-secondary institutions to reinsert themselves into the proceedings utilizing the Board's directive permitting anyone to submit "comments" on a proceeding, together with their failure to present any evidentiary record throughout the process, have had consequences for the way in which the Board has had to address the proposed tariffs and the record before it. We will return to this issue later in these reasons.

[47] The record of the proceedings was perfected for determination on October 26, 2016, after the Board had received Access' responses to its questions posed on July 9, 2016.

II. EVIDENTIARY FRAMEWORK

A. The Licensing History

[48] Beginning in the 1990s, copyright royalty payments for the reproduction of works in the Access repertoire have been based on licensing agreements entered into between Access and the post-secondary educational institutions, or associations representing them. Before turning to a review of the evidence as a whole, we will provide an overview of those licensing

les établissements doivent conclure de nombreuses ententes de licence avec de tierces parties pour la reproduction de matériel ne faisant pas partie du répertoire d'Access, ou pour éviter les paiements en double, qui surviennent lorsque les licences octroyées par de tierces parties et la licence d'Access autorisent la reproduction des mêmes œuvres, Access accordant les licences de façon non exclusive.

[45] Enfin, les 17, 18 et 29 février et le 25 mars 2016, l'Université Brock, l'Université du Manitoba, l'Université d'Athabasca et l'Université Mount Royal ont tour à tour écrit à la Commission pour lui faire savoir qu'elles souscrivaient aux propos formulés dans les lettres envoyées par le consortium et par York.

[46] Ces démarches que les établissements d'enseignement postsecondaires ont entreprises après l'audience pour se réintroduire dans l'instance, à la faveur de la directive de la Commission permettant à toute personne qui le désire de faire part de ses « observations » sur l'instance, combinées au fait qu'ils n'ont rien versé au dossier de preuve au cours du processus, ont eu des conséquences sur la manière dont la Commission a dû examiner les projets de tarif et le dossier dont elle disposait. Nous reviendrons sur ce point plus loin dans les présents motifs.

[47] Le 26 octobre 2016, le dossier de l'instance a été mis en état en vue de la décision, après que la Commission eût reçu les réponses d'Access aux questions qu'elle lui avait posées le 9 juillet 2016.

II. CADRE PROBANT

A. Historique des licences

[48] Depuis les années 1990, les paiements des redevances pour la reproduction des œuvres du répertoire d'Access reposent sur des ententes de licence conclues entre Access et les établissements d'enseignement postsecondaires, ou les associations qui les représentent. Avant d'examiner l'ensemble de la preuve, nous donnerons un aperçu de ces ententes de licence

arrangements in this section of the reasons, together with a brief discussion of what has happened in that regard over the past few years. Some of the agreements in question constitute the basis of Access' tariff proposal. In addition, we will examine agreements before and after 2015 because it was at that time that Access, for the first time, granted licences at a price below what it considered to be fair.

Before 2015

[49] In 1994, Access and AUCC concluded their first model licence for universities. A model licence was then concluded with ACCC for colleges. The model licences were later renewed several times. Under these licences, educational institutions paid royalties to Access until December 31, 2010.

[50] The licences initially covered only paper reproductions. They generally provided for a flat fee per FTE coupled with a per-page fee for the reproductions in course packs. For royalty distribution purposes, the educational institutions provided copy reports to Access, listing the copies made for their course packs. Under the model licences that expired in December 2010, the institutions paid \$3.38 per FTE and \$0.10 per page included in a course pack.¹²

[51] In 2010, following unsuccessful negotiations, some institutions informed Access that they would not be renewing their licences. That same year, Access submitted its 2011-2013 proposed tariff.

[52] In January 2012, Access concluded licences with the University of Toronto and the University of Western Ontario at the rate of \$27.50 per FTE, applicable from January 1, 2011, to December 31, 2013. These licences covered digital copies as well as paper copies.

dans la présente section des motifs, et ferons une brève analyse de l'évolution qui s'est opérée à cet égard dans les dernières années. Certaines des ententes en question constituent le fondement du projet de tarif d'Access. Par ailleurs, nous examinerons les ententes conclues avant et après 2015, car c'est à partir de ce moment-là qu'Access a pour la première fois accordé des licences à un prix inférieur à celui qu'elle estimait équitable.

Avant 2015

[49] En 1994, Access et l'AUCC ont conclu leur première entente de licence type pour les universités. Une entente de licence type a ensuite été conclue avec l'ACCC pour les collèges. Les licences types ont été renouvelées plusieurs fois par la suite. Aux termes de ces licences, les établissements d'enseignement ont versé des redevances à Access jusqu'au 31 décembre 2010.

[50] Les licences ne couvraient initialement que les reproductions sur papier. Elles prévoyaient généralement un taux fixe par ETP et un taux par page pour les reproductions faisant partie des recueils de cours. Aux fins de la distribution des redevances, les établissements d'enseignement fournissaient à Access des rapports de copie qui contenaient la liste des copies effectuées pour leurs recueils de cours. Aux termes des licences types qui sont arrivées à expiration en décembre 2010, les établissements payaient 3,38 \$ par ETP et 0,10 \$ par page incluse dans un recueil de cours.¹²

[51] En 2010, après des négociations infructueuses, certains établissements ont informé Access de leur intention de ne pas renouveler leurs licences. La même année, Access a présenté son projet de tarif pour 2011-2013.

[52] En janvier 2012, Access a conclu des ententes de licence avec les universités de Toronto et de Western Ontario au taux de 27,50 \$ par ETP, qui seraient applicables du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013. Ces licences visaient les copies numériques et les

The parties could not agree on conditions of renewal and, after their expiry, the agreements were not renewed.

[53] During the spring of 2012, Access concluded a model licence with AUCC, and then with ACCC, which these associations encouraged their respective member universities or colleges to sign. A certain number of institutions did so, and we will address that development later. The rates provided in these model licences were \$26 per FTE for universities and \$10 for colleges. The agreements applied retroactively to January 1, 2011, and expired on December 31, 2015. They covered both paper and digital copies and provided that copies to be included in course packs had to be reported. Following the conclusion of the model agreement between Access and AUCC, the rates provided for in the University of Toronto and the University of Western Ontario licences were reduced to \$26, pursuant to a clause in those agreements.

[54] Having agreed to a model licence, AUCC withdrew from the proceedings on April 24, 2012. AUCC correctly noted that, in accordance with section 70.191 (as it then was) of the *Act*, the *Access Interim Tariff (2011-2013)* and the final tariff that would potentially be certified would not apply to the educational institutions that had concluded an agreement with Access.

[55] In the fall of 2012, however, something else occurred that is an important step in the narrative. Relying on the case law of the Supreme Court referred to above, AUCC and ACCC adopted a fair dealing policy in the form of Guidelines.¹³ Under these policies, copies of “short excerpts” which are made for one of the purposes listed in section 29 of the *Act*, and which involve reproducing an article in a newspaper or periodical, a chapter of a book or 10 per cent or less of a book, are considered to be fair and thus not compensable. Those limits are virtually identical to those prescribed in Access’ model licences or those provided for in Access’ proposed tariffs.¹⁴

copies papier. Les parties n’ont pas réussi à s’entendre sur les conditions du renouvellement, et les ententes n’ont pas été reconduites après leur expiration.

[53] Au printemps 2012, Access a conclu une entente de licence type avec l’AUCC, puis avec l’ACCC, qui ont à leur tour invité leurs universités et collèges membres respectifs à signer l’entente. Un certain nombre d’établissements l’ont fait, ce sur quoi nous reviendrons plus loin. Aux termes de ces licences types, le taux par ETP était de 26 \$ pour les universités et de 10 \$ pour les collèges. Les ententes prenaient effet de façon rétroactive pour la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2015. Elles visaient les copies papier et les copies numériques et prévoyaient la production de rapports sur les copies incluses dans les recueils de cours. Après la conclusion de l’entente de licence type entre Access et l’AUCC, les taux prévus dans les licences des universités de Toronto et de Western Ontario ont été abaissés à 26 \$, conformément à une clause contenue dans ces ententes.

[54] Après avoir conclu l’entente de licence type, l’AUCC s’est retirée de l’instance le 24 avril 2012. L’AUCC a fait observer à juste titre que, en vertu de l’article 70.191 (tel qu’il existait alors) de la *Loi*, le *Tarif provisoire d’Access (2011-2013)* et le tarif final qui serait éventuellement homologué ne s’appliqueraient pas aux établissements d’enseignement qui avaient conclu une entente avec Access.

[55] À l’automne 2012, cependant, un autre fait important s’est produit. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour suprême susmentionnée, l’AUCC et l’ACCC ont adopté des politiques sur l’utilisation équitable prenant la forme de lignes directrices.¹³ Aux termes de ces politiques, les copies de « courts extraits » produites à une des fins énumérées à l’article 29 de la *Loi*, et comprenant la reproduction d’un article de journal ou de périodique, d’un chapitre de livre ou de 10 pour cent ou moins du contenu d’un livre, sont considérées comme équitables et ne donnent donc pas droit à rémunération. Ces limites sont pratiquement identiques à celles prévues dans les licences

types d'Access ou prévues dans les projets de tarif d'Access.¹⁴

After 2015

[56] In 2014, most of the educational institutions that had concluded a licence with Access informed Access of their intention not to renew their licence when it expired on December 31, 2015. To meet this challenge, Access began offering educational institutions new licences towards the end of 2014, at rates lower than \$26 for universities and \$10 for colleges provided in the model licences in effect at the time.

[57] Access offered two types of licences: a Premium Licence,¹⁵ which is a blanket licence with a flat rate per FTE; and a Choice Licence,¹⁶ which combines a flat rate per FTE with a rate per page for course packs and digital copies. The latter was offered only to institutions with a centralized copyright management structure. Those licences were to apply as of July 1, 2015. The licences that some institutions had concluded under the auspices of AUCC and ACCC were expiring in December 2015, and institutions did not agree to renew them at the same rates. In this context, Access offered to replace them before they expired with new ones at reduced rates.

[58] The Premium and Choice Licences offer sliding-scale rates. For the Premium Licence, the rates per FTE for universities are \$18, \$15 or \$12 for a one-year, three-year or five-year licence respectively. For college-level institutions, the rates are \$8 and \$7 for a one- or three-year licence. With respect to the Choice Licence, the rates per FTE for universities and colleges are \$6 and \$5 respectively for a one- or three-year licence, plus \$0.12 per page for digital copies or those included in course packs. In addition, the licences provide for copy limits that are higher than those in the old licences.

Après 2015

[56] En 2014, la plupart des établissements d'enseignement qui avaient conclu une entente de licence avec Access ont informé celle-ci de leur intention de ne pas renouveler l'entente après son expiration le 31 décembre 2015. En conséquence, Access s'est mise à offrir de nouvelles licences aux établissements d'enseignement vers la fin de 2014, à des taux inférieurs à ceux qui étaient prévus dans les licences types alors en vigueur, à savoir 26 \$ pour les universités et 10 \$ pour les collèges.

[57] Access offrait deux types de licences : la licence Premium,¹⁵ une licence générale à taux fixe par ETP, et la licence Choice,¹⁶ qui combine un taux fixe par ETP avec un taux par page pour les recueils de cours et les copies numériques. Cette dernière n'était offerte qu'aux établissements disposant d'une structure centralisée de gestion des droits d'auteur. Ces licences étaient applicables à compter du 1^{er} juillet 2015. Les ententes de licence que certains établissements avaient conclues sous l'égide de l'AUCC et de l'ACCC arrivaient à expiration en décembre 2015, et les établissements ne voulaient pas les renouveler aux mêmes taux. Dans ce contexte, Access a offert de les remplacer avant leur expiration par de nouvelles ententes de licence à taux réduits.

[58] Les licences Premium et Choice offrent des taux variables. Dans le cas de la licence Premium, les taux par ETP pour les universités sont de 18 \$, de 15 \$ ou de 12 \$ pour une licence d'un an, de trois ans ou de cinq ans, respectivement. Les taux par ETP pour les collèges sont de 8 \$ et de 7 \$ pour une licence d'un an ou de trois ans. Dans le cas de la licence Choice, les taux par ETP pour les universités et les collèges sont de 6 \$ et de 5 \$ respectivement pour une licence d'un an ou de trois ans, plus 0,12 \$ par page pour les copies numériques ou les copies incluses dans des recueils de cours. En outre, ces licences prévoient des limites de reproduction permise plus élevées que celles autorisées par les anciennes licences.

[59] We turn now to a more thorough review of the evidence as presented by the various witnesses.

B. Evidence

Access

[60] Access called six witnesses who testified, generally, as to the licensing practices and repertoire of Access, and its proposed tariffs and the impact on the Canadian publishing industry of the current resort to digital technology in the education sector. It also called four expert witnesses who gave evidence outlining the use of digital platforms in the education sector and providing their opinions respecting trends in the quantity and methods of copying by institutions, the effect of digital technology on creators' incomes and production, and value. A summary of this evidence follows.

Fact Witnesses

Roanie Levy and Jennifer Lamantia

[61] Access' Chief Executive Officer Roanie Levy and Manager of Education Licensing Development Jennifer Lamantia described the corporate structure of Access, the composition of its Board of Directors, its mandate, the type of works it represents, the types of licences it grants and the principles governing royalty collection and distribution.

[62] They also outlined the history of licences held in the post-secondary education field from 1994 until the filing of the proposed tariffs. They then described the licences entered into by the University of Toronto and the University of Western Ontario as well as the model licences entered into in 2012 by AUCC and ACCC. They explained that there were three categories of users: those who paid royalties under a licence with Access, those who paid royalties

[59] Nous procéderons maintenant à un examen approfondi des éléments de preuve présentés par les divers témoins.

B. Éléments de preuve

Access

[60] Access a appelé six témoins qui ont témoigné de façon générale sur les pratiques en matière d'octroi de licences et le répertoire d'Access, ses projets de tarif et les conséquences que l'actuel recours à la technologie numérique dans le milieu de l'éducation a sur l'industrie canadienne de l'édition. Elle a aussi appelé quatre témoins experts qui ont présenté un aperçu de l'utilisation des plateformes numériques dans le milieu de l'éducation et donné leur point de vue sur les tendances observées dans les établissements quant aux volumes de copies et aux méthodes de reproduction, l'effet de la technologie numérique sur les revenus et la production des créateurs, et la valeur. Voici le résumé de ces témoignages.

Témoins de faits

Roanie Levy et Jennifer Lamantia

[61] La directrice générale d'Access, Roanie Levy, et la directrice de l'élaboration de licences éducatives, Jennifer Lamantia, ont décrit la structure d'Access, la composition de son conseil d'administration, son mandat, le type d'œuvres qu'elle représente, les types de licences qu'elle accorde et les principes régissant la perception et la distribution des redevances.

[62] Elles ont également brossé un historique des licences octroyées dans le secteur de l'enseignement postsecondaire depuis 1994 jusqu'au moment du dépôt des projets de tarif. Elles ont ensuite décrit les ententes de licence conclues par les universités de Toronto et de Western Ontario, ainsi que les ententes de licence type conclues en 2012 par l'AUCC et l'ACCC. Elles ont expliqué qu'il y avait trois catégories d'utilisateurs : ceux qui payaient des redevances aux termes d'une licence octroyée

under the proposed tariff from 2011 to 2013,¹⁷ and those who paid no royalties.

[63] They then explained that in 2012, a few months after the model licences were entered into, several institutions adopted a fair dealing policy. Ms. Levy and Ms. Lamantia attribute the non-renewal of model licences after they expired in December 2015 to those policies as well as to other factors, such as the fact that universities enter into licences for the reproduction of periodicals directly with rights holders, that more and more institutions are moving toward open-access content, that the legislative changes and Supreme Court decisions in 2012 have created uncertainty regarding the boundaries of fair dealing, and that the digital environment makes it more difficult for rights holders to detect cases of copyright infringement.

[64] According to them, Access resigned itself to offering licences at a discounted rate to prevent the cessation of royalty payments. Despite these rates, the proportion of institutions having signed those “discounted” licences was lower than the proportion of those that had signed the model licences. They stressed that Access expected its revenues to drop considerably from 2015 to 2016.¹⁸

[65] In addition, they explained that Access had conducted a repertoire analysis based on the data provided by the institutions in response to interrogatories aimed at a sample of ACCC member colleges. In that regard, they gave examples of cases where course packs that had previously been subject to a payment to Access, either under a licence or an interim tariff, had been reproduced again the following year, but without paying royalties to Access. They also gave examples of reproductions where institutions had exceeded the limits that they themselves had adopted in their fair dealing policies.

par Access, ceux qui payaient des redevances aux termes du projet de tarif de 2011-2013,¹⁷ et ceux qui ne payaient aucune redevance.

[63] Elles ont ensuite expliqué qu'en 2012, quelques mois après l'octroi des licences types, plusieurs établissements avaient adopté une politique sur l'utilisation équitable. M^{me} Levy et M^{me} Lamantia attribuent le non-renouvellement des licences types après leur expiration en décembre 2015 à ces politiques, mais aussi à d'autres facteurs, comme le fait que les universités concluent des ententes de licence pour la reproduction de périodiques directement avec les titulaires de droits, que les établissements se tournent de plus en plus vers le contenu en libre accès, que les modifications législatives et les arrêts rendus par la Cour suprême en 2012 ont créé de l'incertitude quant aux limites de l'utilisation équitable, et qu'il est plus difficile pour les titulaires de droits de déceler les cas de violation du droit d'auteur dans un environnement numérique.

[64] D'après elles, Access s'est résignée à offrir des licences à taux réduit pour éviter la cessation des paiements de redevances. Malgré les taux proposés, la proportion d'établissements ayant signé ces ententes de licence « au rabais » était inférieure à celle des établissements ayant signé les ententes de licence type. Elles ont souligné qu'Access s'attendait à voir ses revenus chuter considérablement de 2015 à 2016.¹⁸

[65] Elles ont en outre expliqué qu'Access avait effectué une analyse du répertoire en utilisant les données fournies par les établissements en réponse aux demandes de renseignements adressées à un échantillon de collèges membres de l'ACCC. Sur ce point, elles ont mentionné des cas où des recueils de cours dont les redevances avaient d'abord été acquittées auprès d'Access, selon les modalités d'une licence ou d'un tarif provisoire, avaient été reproduits l'année d'après, mais sans paiement de redevances cette fois-là. Elles ont aussi donné des exemples de cas où les établissements avaient dépassé les limites de reproduction qu'elles avaient elles-mêmes

[66] With respect to Access' repertoire, Ms. Levy and Ms. Lamantia explained that Access collected royalties for works of rights holders who had signed an affiliate agreement with Access, as well as for works of members of foreign collectives with which it had concluded reciprocity agreements.

[67] They explained that Access also collected royalties for works of rights holders who had not signed an affiliate agreement, but who had authorized Access to act on their behalf through an implied agency. This would happen if Access, noting that such works have been reproduced, pays royalties to the non-affiliates, who accept the payments, which is almost always the case.

[68] Ms. Levy and Ms. Lamantia explained that Access' repertoire was therefore made up of works of both affiliates and non-affiliates, except for those who had expressly requested that Access not represent them. In consideration of the fact that Access claims to represent non-affiliates, it includes in its licences an indemnity clause through which it undertakes to defend users who could be sued for copyright infringement by a non-affiliate.

[69] Regarding the tariff provision stipulating that copies must be destroyed once an educational institution is no longer covered by the tariff, they stressed that this was a condition set out in its previous affiliate agreements. Access had, however, obtained from its members a retroactive written waiver of that clause so that this condition could be removed from the tariff. Then, starting in 2015, Access had asked its members to sign new affiliate agreements which no longer contained that condition.

prévues dans leurs politiques sur l'utilisation équitable.

[66] En ce qui concerne le répertoire d'Access, M^{me} Levy et M^{me} Lamantia ont expliqué qu'Access percevait des redevances pour les œuvres de titulaires de droits avec qui elle avait signé une entente d'affiliation, et pour les œuvres de membres de sociétés de gestion étrangères avec lesquelles elle avait conclu des ententes de réciprocité.

[67] Elles ont expliqué qu'Access percevait également des redevances pour les œuvres de titulaires de droits qui n'avaient pas conclu d'entente d'affiliation, mais qui avaient autorisé Access à agir pour leur compte par voie de mandat tacite. Cette situation survient lorsque Access remarque que ces œuvres ont été reproduites, verse les redevances aux non-affiliés et que ceux-ci les acceptent, ce qu'ils font presque toujours.

[68] M^{me} Levy et M^{me} Lamantia ont expliqué que le répertoire d'Access est ainsi constitué d'œuvres d'affiliés et de non-affiliés, mais qu'il exclut les œuvres de ceux qui ont expressément demandé de ne pas être représentés par Access. Compte tenu du fait qu'Access affirme représenter des non-affiliés, elle prévoit dans ses licences une clause d'indemnité selon laquelle elle s'engage à défendre les utilisateurs qui pourraient être poursuivis pour violation du droit d'auteur par un non-affilié.

[69] Au sujet de la disposition du tarif stipulant que l'établissement d'enseignement doit détruire les copies à l'expiration de la période d'application du tarif, elles ont expliqué que cette condition figurait dans leurs précédentes ententes d'affiliation. Access avait toutefois obtenu de ses membres une renonciation écrite rétroactive à cette clause, de sorte que la condition pouvait être retirée du tarif. Ainsi, dès 2015, Access avait demandé à ses membres de signer de nouvelles ententes d'affiliation où cette condition ne figurait plus.

Michael Andrews

[70] Michael Andrews¹⁹ is the Vice-President of Finance at Nelson Education Inc.

Mr. Andrews explained that Nelson is the largest educational publisher in Canada. Nelson publishes textbooks, including at the post-secondary level, in paper and digital formats. Nelson also provides *à la carte* digital publishing services, whereby it is possible to purchase only the desired chapters and whereby a teacher can create a unique textbook made up of content created by Nelson and content developed by the teacher him- or herself. Nelson also distributes in Canada textbooks published in the United States.

[71] Mr. Andrews described Nelson's revenue from the primary market, textbook sales, as well as from the secondary market, royalties received from Access for the licences granted to users and those resulting from the authorizations it grants directly to users. He testified that textbook sales have been dropping for the last few years and attributes this to various factors including the second-hand book market, textbook rentals, illegal distribution on the Internet and unauthorized reproduction by educational institutions. With respect to secondary revenue, he also explained that both the royalties from Access and those relative to the authorizations requested directly from Nelson have dropped dramatically since 2011, that is, since the non-renewal of Access' licences by educational institutions and the adoption of fair dealing policies. The policies enable teachers to reproduce textbooks within limits such that the reproductions enter into competition with Nelson's primary market.

[72] Regarding the fact that revenue related to reproduction requests made directly to Nelson has decreased, Mr. Andrews stated that this is counter-intuitive. Logically, as institutions decided to no longer be subject to an Access

Michael Andrews

[70] Michael Andrews¹⁹ est le vice-président aux finances de *Nelson Education Inc.*

M. Andrews a expliqué que Nelson est le plus important éditeur d'ouvrages pédagogiques au Canada. Nelson publie des manuels scolaires, entre autres pour l'enseignement postsecondaire, sur support papier et sous forme numérique. Nelson offre aussi des services d'édition numérique à la carte, qui permettent aux enseignants de n'acheter que les chapitres désirés et de créer un manuel unique combinant le contenu créé par Nelson et le contenu élaboré par eux-mêmes. Nelson distribue aussi au Canada des manuels scolaires publiés aux États-Unis.

[71] M. Andrews a décrit les revenus que Nelson tirait de sa source principale, la vente de manuels scolaires, et de sa source secondaire, les redevances perçues par Access auprès des utilisateurs ayant souscrit une licence et celles payées par les utilisateurs ayant obtenu des autorisations directement auprès de Nelson. Il a affirmé que les ventes de manuels scolaires reculent depuis quelques années, ce qu'il attribue à plusieurs facteurs, dont le marché des livres d'occasion, la location de manuels scolaires, la distribution illégale sur Internet et la reproduction non autorisée par les établissements d'enseignement. En ce qui concerne la source secondaire de revenus, il a expliqué que les redevances versées par Access et par les utilisateurs ayant obtenu des autorisations directement auprès de Nelson chutent depuis 2011, soit depuis que les établissements d'enseignement ont décidé de ne pas renouveler les licences d'Access et d'adopter des politiques sur l'utilisation équitable. Ces politiques permettent aux enseignants de reproduire des manuels scolaires à l'intérieur de limites telles que les reproductions entrent en concurrence avec la principale source de revenus de Nelson.

[72] Selon M. Andrews, la baisse des revenus tirés des demandes de reproduction adressées directement à Nelson est contraire à la logique. En effet, comme les établissements ne voulaient plus d'entente de licence avec Access, les

licence, reproduction requests made directly to Nelson should have increased.²⁰ Finally, he described how a repertoire study based on ACCC's answers to interrogatories by Access²¹ made it possible to demonstrate that several of the titles published by Nelson were reproduced by educational institutions when they were not subject to any licence and paid no royalties.

David Swail

[73] David Swail was the President and Chief Executive Officer of McGraw-Hill Ryerson Ltd. (MHR) until 2014. Since 2015, he has been the Executive Director of the Canadian Publishers' Council. He described the changes to MHR's corporate structure that took place in 2014 and the fact that the parent company, McGraw-Hill Education, based in the United States, reduced the scope of MHR's Canadian activities. MHR mostly publishes textbooks for the educational sector, at the primary and secondary levels, as well as at the post-secondary level, in both paper and digital formats. Although most of MHR's revenue comes from print publications, revenue from digital publications is climbing steadily.

[74] Mr. Swail explained that developing digital resources is expensive and described the variety of digital products on offer, including the possibility of creating personalized textbooks. He also explained the significance of the royalties paid by Access and described how these amounts have decreased from 2011 to 2014, for various reasons, but mainly because of the fair dealing policies and of the uncertainty surrounding the status of copyright in Canada. According to him, since Canada is a relatively small market, in time, the drop-in revenue associated with the educational institutions' fair dealing policies may result in reduced investment in the creation of Canadian content by publishers such as MHR, thus eroding the diversity of textbooks available.

demandes de reproduction adressées directement à Nelson auraient dû augmenter.²⁰ Enfin, il a décrit comment une étude du répertoire fondée sur les réponses de l'ACCC aux demandes de renseignements d'Access²¹ avait permis de démontrer que plusieurs des titres publiés par Nelson avaient été reproduits par des établissements d'enseignement qui n'étaient assujettis à aucune licence et ne versaient aucune redevance.

David Swail

[73] David Swail a été président et directeur général de *McGraw-Hill Ryerson Ltd.* (MHR) jusqu'en 2014. En 2015, il a été nommé directeur général du Canadian Publishers' Council. Il a décrit les changements apportés à la structure de MHR en 2014 et expliqué que la société mère établie aux États-Unis, *McGraw-Hill Education*, avait restreint l'étendue des activités de MHR au Canada. MHR publie essentiellement des manuels scolaires destinés au milieu de l'éducation, pour les niveaux primaire, secondaire et postsecondaire, sur support papier et sous forme électronique. Même si MHR tire l'essentiel de ses revenus des publications imprimées, les revenus tirés des publications numériques augmentent constamment.

[74] M. Swail a expliqué que l'élaboration de ressources numériques coûte cher et décrit l'éventail de produits numériques offerts, notamment la possibilité de créer des manuels scolaires personnalisés. Il a aussi expliqué l'importance que revêtaient les redevances versées par Access et décrit à quel point elles avaient diminué de 2011 à 2014, pour diverses raisons, mais surtout à cause des politiques sur l'utilisation équitable et de l'incertitude entourant le statut du droit d'auteur au Canada. Selon lui, dans un marché relativement petit comme le Canada, la baisse des revenus attribuable aux politiques sur l'utilisation équitable des établissements d'enseignement risque tôt ou tard d'entraîner une diminution des investissements dans la création de contenu canadien par les éditeurs comme MHR, ce qui nuirait à la diversité de l'offre de manuels scolaires.

Don LePan

[75] Don LePan is the Founder, President and Chief Executive Officer of Broadview Press, a Canadian publisher that mostly publishes poetry, anthologies and fictional works mainly targeting literature students at the post-secondary level. Mr. LePan described the significance of royalties received from Access, which for a small independent publisher can make the difference between making a profit and reporting losses.

[76] Mr. LePan also compared the revenues from the sales of nine titles published by Broadview Press from 2011 to 2015. During that period, revenues dropped steadily and considerably. He attributed the drop to the fair dealing policies adopted in 2012 by several educational institutions. By allowing poems to be reproduced in their entirety and included in a course pack, these policies make it possible to create poetry anthologies without paying royalties, thus competing with Broadview Press's niche market. In addition, Mr. LePan gave examples of specific cases where reproducing 10 per cent of a work, as permitted by these policies, is sufficient to reproduce dozens of poems or an entire introduction to an anthology, which is undoubtedly the most important part of an anthology.

John Degen

[77] John Degen is the Executive Director of The Writers' Union of Canada (TWUC). Mr. Degen described the findings of a study carried out in 2015 on the revenues of its approximately 2,000 members. According to that study, the average annual revenue of its members was \$12,879. In addition, half of the respondents indicated that their revenues had decreased in the last few years by about 25 per cent. The TWUC also conducted a survey in 2013 regarding its members' perceptions of the fair dealing policies adopted by several educational institutions. According to Mr. Degen, the study showed that almost all

Don LePan

[75] Don LePan est le fondateur, président et directeur général de *Broadview Press*, une maison d'édition canadienne spécialisée dans la publication de recueils de poésie, d'anthologies et d'œuvres de fiction qui s'adressent surtout aux étudiants en littérature de niveau postsecondaire. M. LePan a expliqué l'importance des redevances versées par Access, lesquelles peuvent faire la différence entre réaliser des gains ou essayer des pertes pour un petit éditeur indépendant.

[76] M. LePan a également comparé les revenus tirés des ventes de neuf titres publiés par *Broadview Press* entre 2011 et 2015. Au cours de la période, les revenus ont diminué de façon constante et importante, baisse qu'il attribue aux politiques sur l'utilisation équitable adoptées en 2012 par plusieurs établissements d'enseignement. En autorisant la reproduction de poèmes en entier et leur inclusion dans des recueils de cours, ces politiques permettent de créer des anthologies de poésie sans verser de redevances, ce qui revient à concurrencer *Broadview Press* dans son propre créneau. M. LePan a même donné des exemples précis de cas où la reproduction de 10 pour cent du contenu d'une œuvre, comme le permettent ces politiques, donne la possibilité de reproduire des douzaines de poèmes ou l'introduction complète d'une anthologie, qui est sans contredit la partie la plus importante d'un tel ouvrage.

John Degen

[77] John Degen est le directeur général de *The Writers' Union of Canada* (TWUC). M. Degen a fait état des conclusions d'une étude menée en 2015 sur les revenus de ses quelque 2 000 membres. L'étude a révélé que le revenu annuel moyen de ses membres était de 12 879 \$. De plus, la moitié des répondants ont affirmé que leurs revenus avaient diminué d'environ 25 pour cent au cours des dernières années. En 2013, la TWUC avait aussi sondé ses membres pour connaître leur point de vue au sujet des politiques sur l'utilisation équitable adoptées par plusieurs établissements d'enseignement. Selon M. Degen, l'exercice

of its members, although in favour of fair dealing, consider the policies to be an erroneous and unfair interpretation of this concept and anticipate that it will cause a drop in their revenues, which are already low.

Expert Witnesses

Benoît Gauthier

[78] Benoît Gauthier, President of Circum Network Inc., presented the findings of several analyses he had conducted at Access' request.

[79] He first described the results of an analysis of answers to questions provided by a random sample of 16 ACCC member institutions not party to a licence with Access, as ordered by the Board in connection with the interrogatory process.²² The institutions had to provide, among other things, a list of all the works reproduced for a selection of courses in the 2011-2012 school year. Mr. Gauthier explained that, based on these data, he estimated that 986 compensable copies had been made per FTE per year. He also explained that the institutions had made five times more digital copies than copies for inclusion in a paper course pack.

[80] In addition, Mr. Gauthier presented the results of an analysis of reproductions made by post-secondary institutions in relation to paper course packs for the period from 2005 to 2014.²³

[81] According to his findings, the volume of reproductions of works in Access' repertoire made for inclusion in course packs is 168.7 pages per FTE per year for AUCC member institutions, 36.2 pages for ACCC members and 43.7 pages for proprietary colleges. Mr. Gauthier also explained that he used only the data for 2005 to 2010 to calculate the

avait montré que près de la totalité des membres, qui appuyaient pourtant la notion d'utilisation équitable, estimaient que ces politiques constituaient une interprétation erronée et inéquitable de cette notion et s'attendaient à ce qu'elles fassent baisser leurs revenus, déjà faibles.

Témoins experts

Benoît Gauthier

[78] Benoît Gauthier, président de *Circum Network Inc.*, a présenté les conclusions de plusieurs analyses qu'il a réalisées à la demande d'Access.

[79] Il a tout d'abord exposé les résultats d'une analyse des réponses aux questions qui avaient été posées à un échantillon aléatoire de 16 établissements membres de l'ACCC n'ayant pas conclu d'entente de licence avec Access, comme l'avait ordonné la Commission dans le cadre du processus d'échange de renseignements.²² Les établissements devaient fournir, entre autres choses, une liste de toutes les œuvres reproduites pour certains cours durant l'année scolaire 2011-2012. M. Gauthier a expliqué que, à la lumière de ces données, il avait estimé que 986 copies donnant droit à rémunération avaient été faites par ETP par année. Il a aussi expliqué que les établissements avaient fait cinq fois plus de copies numériques que de copies à inclure dans un recueil de cours sur support papier.

[80] En outre, M. Gauthier a présenté les résultats d'une analyse portant sur les reproductions faites par les établissements postsecondaires aux fins de la préparation de recueils de cours sur support papier entre 2005 et 2014.²³

[81] D'après ses conclusions, le volume de reproductions d'œuvres du répertoire d'Access effectuées en vue d'être incluses dans des recueils de cours équivaut, par ETP par année, à 168,7 pages pour les établissements membres de l'AUCC, à 36,2 pages pour les membres de l'ACCC et à 43,7 pages pour les collèges indépendants. M. Gauthier a précisé qu'il

number of copies. According to him, the data for 2011 and later, which show a drop in the number of copies, underestimate the number of copies and should therefore not be taken into account.

[82] Initially, from 2005 to 2010, all the educational institutions had a licence with Access. The licences provided that the institutions pay royalties by page for copies inserted into course packs. Consequently, those copies were reported to Access. However, when the licences in place up to that point expired at the end of 2010, several institutions decided not to renew their licence with Access and not to operate under the interim tariff, which had the same structure as the licences in place until then, that is, a flat rate per FTE plus a per-page rate for copies in course packs. Accordingly, they stopped reporting the copies they made. This does not mean, however, that they stopped making copies. Moreover, Mr. Gauthier said that, starting in 2011, digital copies progressively replaced course pack copies.

[83] Mr. Gauthier also analyzed the number of digital and paper copies made at the University of Toronto.²⁴ With respect to digital copies, it should be noted that the data this analysis is based on were given to Access by the University of Toronto as stipulated in the licence in effect between the parties from 2011 to 2013. The University of Toronto had then unsuccessfully disputed the filing in evidence of these data as mentioned above.

[84] Based on his analysis, Mr. Gauthier concluded that, assuming that there are as many digital copies as there are students enrolled in courses, the number of reproductions on the university's digital platform was 344 copies per FTE per year, and that there were six times more digital copies than paper copies used in course packs.

n'avait utilisé que les données de 2005 à 2010 pour calculer le nombre de copies. Selon lui, les données de 2011 et des années subséquentes, qui montrent une baisse du nombre de copies, sous-estiment le nombre de copies et ne devraient donc pas être prises en compte.

[82] Initialement, de 2005 à 2010, tous les établissements d'enseignement avaient conclu un accord de licence avec Access. Selon les modalités des licences, les établissements devaient verser des redevances par page dans le cas des copies insérées dans les recueils de cours. Ils présentaient donc des rapports sur ces copies à Access. Or, lorsque les licences en vigueur sont arrivées à expiration à la fin de 2010, plusieurs établissements ont décidé de ne pas renouveler la leur avec Access et de ne pas appliquer le tarif provisoire, dont la structure était identique à celle des licences en vigueur jusque-là, c'est-à-dire un taux fixe par ETP et un taux par page pour les copies destinées aux recueils de cours. Par conséquent, ils ont cessé de déclarer les copies qu'ils effectuaient, mais n'ont pas arrêté pour autant de faire des copies. Par ailleurs, M. Gauthier a affirmé que les copies numériques ont progressivement remplacé les copies destinées aux recueils de cours à partir de 2011.

[83] M. Gauthier a également analysé le nombre de copies numériques et papier produites à l'Université de Toronto.²⁴ S'agissant des copies numériques, il convient de noter que les données sur lesquelles repose cette analyse ont été fournies à Access par l'Université de Toronto, conformément aux dispositions de la licence qui était en vigueur entre les parties de 2011 à 2013. L'Université de Toronto s'est opposée en vain à la production en preuve de ces données, comme nous l'avons vu ci-dessus.

[84] À la lumière de son analyse, M. Gauthier a conclu que, à supposer qu'il y avait autant de copies numériques que d'étudiants inscrits aux cours, le nombre de reproductions sur la plateforme numérique de l'université était de 344 copies par ETP par année, et qu'il y avait six fois plus de copies numériques que de copies papier utilisées dans les recueils de cours.

[85] Finally, Mr. Gauthier described the results of a survey he conducted with the authors who were members of Access. The goal of that study was to determine the potential impact of a decrease or elimination of revenues paid by Access in relation to the adoption of fair dealing policies by educational institutions.

[86] Mr. Gauthier first described the allocation of revenues collected by authors in relation to their literary creation activities. In that respect, 39 per cent of their revenues came from payments made by their publisher and 21 per cent from royalties paid by Access. Regarding the significance of the revenues paid by Access, 64 per cent stated that these revenues are at least moderately significant for them, and 34 per cent said that they are not very or not at all significant. Finally, regarding the authors' wish to continue creating works for the post-secondary market, half of them stated that a drop in or cessation of revenues would have no effect on them, while about a third would reduce the amount of time they spend on creating for this market.

Professor Michael Murphy

[87] Professor Michael Murphy explained what the digital platforms used in educational institutions are. He also described how they work, and in particular, how the institution uploads content onto them and how students access them, namely, by downloading the content onto a device, printing it or consulting it. Finally, he explained the number of copies that these uses involve, as well as the types of copies made (permanent, temporary, and ephemeral).

Michael Dobner

[88] Mr. Michael Dobner, Partner at PricewaterhouseCoopers LLP, presented the

[85] Enfin, M. Gauthier a décrit les résultats d'une enquête qu'il avait menée auprès des auteurs membres d'Access. L'enquête visait à déterminer quelle incidence pourrait avoir une diminution ou une élimination des redevances versées par Access dans la foulée de l'adoption des politiques sur l'utilisation équitable par les établissements d'enseignement.

[86] M. Gauthier a d'abord décrit la provenance des revenus que les auteurs tiraient de leurs activités de création littéraire. Il a ainsi expliqué que 39 pour cent de leurs revenus provenaient des paiements versés par leur éditeur, et 21 pour cent, des redevances versées par Access. Interrogés sur l'importance des revenus provenant d'Access, 64 pour cent des auteurs ont affirmé que ces revenus étaient au moins modérément importants pour eux, et 34 pour cent, qu'ils n'étaient pas très importants ou ne l'étaient pas du tout. Enfin, en ce qui concerne leur motivation à continuer de créer des œuvres destinées au marché de l'enseignement postsecondaire, la moitié des auteurs ont répondu que leur motivation resterait la même advenant une diminution ou une élimination de leurs revenus, tandis que près du tiers ont dit qu'ils passeraient moins de temps à créer des œuvres pour ce marché.

Professeur Michael Murphy

[87] Le professeur Michael Murphy a décrit la nature des plateformes numériques utilisées dans les établissements d'enseignement. Il a aussi expliqué leur fonctionnement, en s'attardant sur la façon dont les établissements y téléversaient du contenu et sur les modes d'accès offerts aux étudiants, qui peuvent télécharger le contenu sur un appareil, l'imprimer ou le consulter directement sur la plateforme. Enfin, il a donné des éclaircissements sur le nombre de copies que requièrent ces utilisations, et sur les types de copies effectuées (permanentes, temporaires et éphémères).

Michael Dobner

[88] M. Michael Dobner, associé chez PricewaterhouseCoopers LLP, a présenté les

findings of his analysis of impacts that the implementation of fair dealing policies adopted by the majority of educational institutions in 2012 would have on the market.

[89] He explained that adopting these policies risks an almost total elimination of secondary revenues, that is, the royalties paid to the rights holders by Access and the revenues from the licences granted directly by publishers to the educational institutions. These royalties represent a significant portion of the authors' and publishers' revenues. He also testified that adopting these policies would cause a drop in textbook sales; as these policies make it possible to reproduce works without authorization, with similar limits to those that existed under Access' licences, royalty-free copying will supplant textbook sales.

[90] In Mr. Dobner's opinion, the drop in authors' revenues will reduce their interest in creating works and will in the end result in a drop in the number of works created by them. As for publishers, these decreases in revenue will result in a decrease in investment, especially with respect to the costly transition from paper to digital. This will particularly affect small publishers, which will likely have to close down, lay off employees or direct their efforts somewhere other than the post-secondary education market. Finally, a drop in the publication of specifically Canadian titles will follow, as well as a decrease in the quality and diversity of titles published.

Bradley Heys

[91] Finally, Access asked Mr. Bradley Heys, Vice-President of NERA Economic Consulting Inc., to provide an estimate of the value of the authorizations granted by each of the two proposed tariffs.

conclusions de son analyse des répercussions que la mise en œuvre des politiques sur l'utilisation équitable adoptées par la majorité des établissements d'enseignement en 2012 aurait sur le marché.

[89] Il a expliqué que l'adoption de ces politiques risque d'entraîner l'élimination quasi complète des revenus secondaires, c'est-à-dire les redevances versées par Access aux titulaires de droits et les revenus tirés des licences accordées directement par les éditeurs aux établissements d'enseignement. Ces redevances représentent une part importante des revenus des auteurs et des éditeurs. Il a également affirmé que l'adoption de ces politiques ferait baisser les ventes de manuels : en effet, puisque ces politiques permettent la reproduction d'œuvres sans autorisation, selon des limites semblables à celles prévues dans les licences d'Access, la pratique de la copie libre de redevances l'emportera sur les ventes de manuels.

[90] De l'avis de M. Dobner, les auteurs seront moins désireux de produire des œuvres en raison des baisses de revenus, et le nombre d'œuvres qu'ils produiront diminuera à long terme. Quant aux éditeurs, ces baisses de revenus les contraindront à réduire leurs investissements, notamment ceux nécessaires pour opérer la coûteuse transition du support papier à la forme numérique. Les petits éditeurs seront les plus touchés et risquent de devoir fermer leurs portes, licencier du personnel ou réorienter leurs activités vers un marché autre que celui de l'enseignement postsecondaire. S'ensuivront finalement une diminution de la publication de titres spécifiquement canadiens, et une détérioration de la qualité et de la diversité des titres publiés.

Bradley Heys

[91] Enfin, Access a demandé à M. Bradley Heys, vice-président de *NERA Economic Consulting Inc.*, de fournir une estimation de la valeur des autorisations accordées dans le cadre de chacun des deux projets de tarif.

[92] Mr. Heys explained that the best way to assess the value of these licences was to use benchmark licences, that is, the model licences concluded in 2012 with AUCC, ACCC and proprietary colleges, as well as licences concluded in 2012 with the University of Toronto and University of Western Ontario. According to him, those licences represent an appropriate benchmark since they are based on rates that were freely negotiated by the parties for granting authorizations similar to those granted by the proposed tariffs. For these reasons, the rates provided in the benchmark licences, namely, \$26 for universities and \$10 for other institutions, represent the fair market value of the copies made during the 2011-2013 period.

[93] Mr. Heys submits that those licences also constitute the appropriate benchmark with respect to the 2014-2017 period and that the rates of \$26 for universities and \$10 for other institutions represent the fair market value of the copies made during that period. He states that the lower fees provided in the Premium and Choice licences do not represent the fair market value of the copies made during the 2014-2017 period.

[94] Indeed, those rates were offered by Access in a context where many educational institutions decided that they had no need for a licence; institutions began interpreting the concept of fair dealing very liberally, and a majority had adopted fair dealing policies providing for very generous limits for copies not subject to payments. In addition, institutions were apparently informed that the Board's tariffs were voluntary and that damages for copyright violations were, in any event, rather low.²⁵ Added to this is the withdrawal of AUCC and ACCC, and the fact that it is becoming more and more difficult for rights holders to enforce their rights in a context of digital copies where copies are now found on servers more often than in course packs. Finally, there is nothing to suggest that there has been a drop in the number of copies made in educational institutions – quite the contrary, in fact – or that

[92] M. Heys a expliqué que la meilleure façon d'évaluer la valeur de ces licences était de se servir de licences de référence, à savoir les ententes de licence type conclues en 2012 avec l'AUCC, l'ACCC et les collèges indépendants, ainsi que les ententes de licence conclues en 2012 avec les universités de Toronto et de Western Ontario. Selon lui, ces licences constituent un point de référence approprié, car elles reposent sur des taux qui ont été librement négociés par les parties aux fins d'autorisations semblables à celles prévues dans les projets de tarif. Pour ces raisons, les taux prévus dans les licences de référence, soit 26 \$ pour les universités et 10 \$ pour les autres établissements, représentent la juste valeur marchande des copies faites pendant la période de 2011 à 2013.

[93] M. Heys soutient que ces licences constituent aussi le point de référence approprié pour la période de 2014 à 2017, et que les taux de 26 \$ pour les universités et de 10 \$ pour les autres établissements représentent la juste valeur marchande des copies faites durant cette période. Il affirme que les taux moindres prévus dans les licences Premium et Choice ne représentent pas la juste valeur marchande des copies faites de 2014 à 2017.

[94] En effet, Access a offert ces taux dans un contexte où bon nombre d'établissements postsecondaires avaient décidé qu'ils n'avaient pas besoin de licence; les établissements se sont mis à interpréter très librement la notion d'utilisation équitable, et une majorité d'entre eux ont adopté des politiques sur l'utilisation équitable autorisant de généreuses limites de production de copies ne donnant pas droit à rémunération. De plus, les établissements auraient été informés du fait que l'application des tarifs de la Commission était volontaire et que les dommages-intérêts en cas de violation du droit d'auteur étaient de toute façon plutôt bas.²⁵ À cela s'ajoute le désistement de l'AUCC et de l'ACCC, et le fait qu'il est de plus en plus difficile pour les titulaires de droits de faire valoir leurs droits à l'ère de la reproduction numérique, où les copies se retrouvent désormais plus souvent sur des serveurs que dans des recueils de cours. Enfin, rien ne permet

more licences are concluded with third parties other than Access.

Conclusions Respecting Access' Evidence

[95] Because of the absence of objecting parties, none of the foregoing fact evidence was contested or contradicted. We accept the facts as set out in the testimony of the fact witnesses and the exhibits presented through them. With one caveat, we generally accept the opinion evidence of the expert witnesses.

[96] The caveat is with respect to the testimony of Mr. Heys. While we accept his evidence that the model licences provide suitable proxies for assessing value, we do not accept his opinion that the Premium Licences and the Choice Licences are not a reflection of the market. For the reasons outlined below, we conclude that the Premium Licence is an appropriate proxy for the 2015-2017 period because it considers the reality of the current uncertainty in the market with respect to the boundaries of the fair dealing exception in the education sector.

Sean Maguire

[97] Mr. Maguire did not present any evidence or call any witnesses.

III. PARTIES' POSITIONS AND PROPOSED TARIFFS

A. Access

[98] For 2011-2013, Access proposed a rate of \$45 per FTE for universities and \$35 per FTE for other educational institutions ("other institutions" or "college-level institutions"). For 2014-2017, it proposed a rate of \$35 per FTE for universities and \$25 per FTE for other educational institutions.

de croire qu'il y ait eu une baisse du nombre de copies faites dans les établissements d'enseignement – ce serait plutôt le contraire – ou une hausse du nombre d'ententes de licence conclues avec des tiers autres qu'Access.

Conclusions concernant les éléments de preuve d'Access

[95] Comme il n'y a pas de partie qui s'oppose, aucun des éléments de preuve factuels susmentionnés n'a été contesté ou contredit. Nous retenons les faits exposés dans les témoignages des témoins de faits et les pièces connexes déposées en preuve. À une exception près, nous retenons en général les témoignages d'opinion des témoins experts.

[96] L'exception concerne le témoignage de M. Heys. Si nous retenons son témoignage selon lequel les licences types peuvent servir de référence fiable pour évaluer la valeur, nous ne souscrivons pas à son point de vue selon lequel les licences Premium et Choice ne reflètent pas le marché. Pour les raisons énoncées ci-après, nous concluons que la licence Premium est un point de référence adéquat pour la période de 2015 à 2017 parce qu'elle prend en considération la réalité de l'incertitude qui règne actuellement dans le marché à l'égard des limites de l'exception au titre de l'utilisation équitable dans le milieu de l'éducation.

Sean Maguire

[97] M. Maguire n'a présenté aucun élément de preuve ni appelé de témoins.

III. POSITIONS DES PARTIES ET PROJETS DE TARIF

A. Access

[98] Pour 2011-2013, Access a proposé un taux de 45 \$ par ETP pour les universités et de 35 \$ par ETP pour les autres établissements d'enseignement (les « autres établissements » ou les « établissements de niveau collégial »). Pour 2014-2017, elle a proposé un taux de 35 \$ par ETP pour les universités et de 25 \$ par ETP pour les autres établissements d'enseignement.

[99] In response to a question from the Board on September 30, 2016, Access explained that the requested rate in its proposed tariff for 2014-2017 was lower than the one requested for 2011-2013 because, by the time the second proposed tariff was filed, Access had entered into model agreements with AUCC and AUCC at lower rates. It therefore wanted to move closer to the negotiated rates in those agreements (\$26 and \$10).

[100] The two proposed tariffs are similar. Both cover digital as well as paper copies. The restrictions are also identical: both proposed tariffs permit the copying of up to 10 per cent of a work, or 20 per cent in the case of chapters. They both cover reproductions made in connection with posting “a link or hyperlink” to a digital copy.

[101] The proposed tariffs also contain a provision to the effect that copies cannot be “stored or indexed with the intention or result of creating a library of published works.”²⁶ Finally, they provide that when an educational institution is no longer covered by this tariff, the institution and authorized persons must cease to use the copies made under the tariff and delete them from the hard drives, servers and networks used in the institutions.²⁷

[102] There are some differences between the two proposed tariffs. For example, the 2014-2017 proposed tariff adds a reference to the making available right, unlike the 2011-2013 proposed tariff. Access explains that although the making available right and the reproduction right are actually two distinct rights, the fact that it represents these two rights and bundles them in the licences it grants means that the Board does not have to attribute a distinct price to each of them.

[103] In its statement of case, Access reduced its rates to \$26 per FTE for universities and \$10 per FTE for college-level institutions, for both proposed tariffs. These rates match those of the

[99] En réponse à une question posée par la Commission le 30 septembre 2016, Access a expliqué que le taux demandé dans son projet de tarif de 2014-2017 était inférieur au taux demandé pour 2011-2013, car au moment du dépôt du second projet de tarif, Access avait conclu des ententes de licence type avec l’AUCC et l’ACCC à des taux inférieurs. Elle avait donc voulu se rapprocher des taux négociés dans le cadre de ces ententes (26 \$ et 10 \$).

[100] Les deux projets de tarif sont similaires. Tous deux visent les copies papier et les copies numériques. Les restrictions sont aussi identiques : les deux projets de tarif permettent de copier jusqu’à 10 pour cent du contenu d’une œuvre, ou 20 pour cent dans le cas des chapitres. Ils visent tous deux les reproductions réalisées à la suite de l’affichage « d’un lien ou d’un hyperlien » menant vers une copie numérique.

[101] Les projets de tarif renferment aussi une disposition selon laquelle les copies ne doivent pas être « stockées ou indexées avec l’intention ou le but de créer une bibliothèque des œuvres publiées ». ²⁶ Enfin, ils prévoient que lorsqu’un établissement d’enseignement n’est plus couvert par le tarif, l’établissement et les personnes autorisées doivent cesser d’utiliser les copies visées par le tarif et les effacer des lecteurs de disques durs, des serveurs et réseaux utilisés par l’établissement. ²⁷

[102] Les deux projets de tarif présentent certaines différences. Par exemple, le projet de tarif de 2014-2017 contient une référence au droit de mise à disposition qui ne figurait pas dans le projet de tarif de 2011-2013. Access explique que même si le droit de mise à disposition et le droit de reproduction sont en réalité deux droits distincts, le fait qu’elle représente ces deux droits et les regroupe dans ses licences signifie que la Commission n’a pas à attribuer un prix distinct à chacun d’eux.

[103] Dans son énoncé de cause, Access a abaissé ses taux à 26 \$ par ETP pour les universités et à 10 \$ par ETP pour les établissements de niveau collégial, dans les

model licences entered into with AUCC, ACCC and the proprietary colleges in 2012, and which were in force retroactively from January 1, 2011, to either December 31, 2015, in the case of the universities, or to December 31, 2013, in the case of colleges.

[104] The 2.6 to 1 ratio between the rates of \$26 and \$10 stems from the fact that before 2011, when all the institutions held a licence from Access consisting of a flat rate per FTE and a per-page rate for course packs, the royalties paid by the universities were about 2.6 times higher than those paid by the other institutions. The negotiated rates in the 2012 model licences reproduce this ratio.²⁸

[105] Access submits that these licences, the terms of which are comparable to those of the 2011-2013 proposed tariff, are an appropriate benchmark for this tariff, and that the rates set out in it reflect the fair market value²⁹ of the copies made during the 2011-2013 period.

[106] Access further submits that these licences are also the appropriate benchmark for 2014-2017, and that the rates set out in them also represent the fair market value of the copies made during that period, that is, \$26 for universities and \$10 for colleges.

[107] Indeed, even though Access began offering Premium and Choice licences at the end of 2014, at rates below the \$26 and \$10 rates in the benchmark licences (for example, under a three-year Premium Licence, the rates offered are \$15 for universities and \$7 for colleges), Access submits that these licences should not be taken into consideration, as they do not reflect the fair market value of the authorizations granted by Access to institutions for 2014-2017.

[108] According to Access, it became clear in 2014 that most of the educational institutions

deux projets de tarif. Ces taux correspondent à ceux des ententes de licence type conclues avec l'AUCC, l'ACCC et les collèges indépendants en 2012, qui étaient en vigueur de façon rétroactive du 1^{er} janvier 2011 jusqu'au 31 décembre 2015, dans le cas des universités, et jusqu'au 31 décembre 2013, dans le cas des collèges.

[104] Le ratio de 2,6 pour 1 entre les taux de 26 \$ et de 10 \$ découle du fait qu'avant 2011, lorsque tous les établissements détenaient une licence d'Access établissant un taux fixe par ETP et un taux par page pour les recueils de cours, les redevances versées par les universités étaient environ 2,6 fois plus élevées que celles versées par les autres établissements. Les taux négociés dans les licences types de 2012 reprennent le même ratio.²⁸

[105] Access soutient que ces licences, dont les modalités sont comparables à celles du projet de tarif de 2011-2013, sont un point de référence approprié pour le tarif en question, et que les taux qui y sont prévus représentent la juste valeur marchande²⁹ des copies produites de 2011 à 2013.

[106] Access fait aussi valoir que ces licences sont aussi le point de référence approprié pour 2014 à 2017, et que les taux qui y sont fixés représentent également la juste valeur marchande des copies produites au cours de cette période, soit 26 \$ pour les universités et 10 \$ pour les collèges.

[107] En fait, même si Access s'est mise à offrir les licences Premium et Choice à la fin de 2014, à des taux inférieurs à ceux de 26 \$ et de 10 \$ établis dans les licences de référence (par exemple, dans le cas d'une licence Premium de trois ans, les taux sont de 15 \$ pour les universités et de 7 \$ pour les collèges), Access estime que ces licences ne devraient pas être prises en compte, car elles ne représentent pas la juste valeur marchande des autorisations octroyées par Access aux établissements de 2014 à 2017.

[108] Selon Access, il est devenu évident en 2014 que la plupart des établissements

that had entered into licences at the \$26 or \$10 per FTE rate were not going to renew their licences when they expired on December 31, 2015. This was apparently due to the educational institutions' interpretation of the addition of the word "education" to section 29 of the *Act* and of the Supreme Court's decision in *Alberta*,³⁰ which, the educational institutions say, suggested that most of the copies made in these institutions would fall under fair dealing. It may also have been due to the educational institutions' adoption of their Fair Dealing Guidelines in 2012, according to which copying within limits similar to those provided in Access' licences are claimed to be fair dealing, and to the difficulties faced by rights holders, especially in a digital environment, in trying to detect cases of copyright infringement and enforce their rights.

[109] Access submits that in this context, where a growing number of institutions have taken the position that an Access licence is no longer necessary, it decided to offer licences at discounted rates. The purpose of these licences was to encourage institutions to enter into licences with Access, albeit at lower rates, thereby averting the loss of royalties that would have resulted from the licences not being renewed. These licences are the consequence of a market failure, Access argues, and do not reflect the fair market value of the authorizations granted by Access to educational institutions for 2014-2017.

[110] Finally, Access submits that the volume of compensable copies is such that if the rates were to be set by taking into account the volume of copying multiplied by a per-page rate, as opposed to the rates set out in the benchmark licences, the royalties would be much higher. According to Access, this shows that the proposed rates of \$26 and \$10 are reasonable.

B. Sean Maguire

[111] Mr. Maguire states that in his experience, when licences consisted of a flat rate per FTE

d'enseignement qui avaient conclu des ententes de licence au taux de 26 \$ ou de 10 \$ par ETP ne les renouvelleraient pas à leur expiration le 31 décembre 2015. Cette décision tenait vraisemblablement à leur interprétation de l'ajout de l'« éducation » à l'article 29 de la *Loi* et de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Alberta*,³⁰ qui, selon eux, permettait de penser que la majorité des copies produites dans ces établissements répondraient à la notion d'utilisation équitable. La décision des établissements d'enseignement pouvait aussi s'expliquer par leur adoption des lignes directrices sur l'utilisation équitable en 2012, selon lesquelles la reproduction à l'intérieur de limites semblables à celles prévues dans les licences d'Access relevait de l'utilisation équitable, et par la difficulté pour les titulaires de droits à détecter les cas de violation du droit d'auteur, surtout dans un environnement numérique, et à faire valoir leurs droits.

[109] Dans ce contexte, où un nombre croissant d'établissements n'estimaient plus nécessaire d'obtenir une licence d'Access, Access a décidé d'offrir des licences à taux réduits. L'objectif était d'inciter les établissements à conclure des ententes de licence avec Access, même à taux réduit, pour prévenir la perte de redevances découlant du non-renouvellement des licences. Access soutient que ces licences sont la conséquence d'une défaillance du marché et qu'elles ne représentent pas la juste valeur marchande des autorisations qu'elle a octroyées aux établissements d'enseignement de 2014 à 2017.

[110] Enfin, Access avance que le volume de copies donnant droit à rémunération est tel que si les tarifs étaient fondés sur le nombre de copies multiplié par un taux par page, plutôt que sur les taux prévus dans les licences de référence, les redevances seraient beaucoup plus élevées. Pour Access, ce facteur montre que les taux proposés de 26 \$ et de 10 \$ sont raisonnables.

B. Sean Maguire

[111] M. Maguire affirme, à la lumière de son expérience, que lorsque les licences prévoyaient

along with a per-page rate for course packs, the flat-fee portion of the royalties was borne by the educational institutions, while the portion related to the use of course packs was borne directly by students. Mr. Maguire believes that the new tariff structure proposed by Access, namely, an overall rate covering all copies, will transfer the costs of royalties directly to students, most likely in the form of fees. This would result in an increased financial burden on students.

[112] Mr. Maguire submits that the rates proposed by Access are too high. Although he did not specify what the royalty rates should be, he argues that the addition of the word “education” to section 29 of the *Act* concerning fair dealing, as well as the decision in *Alberta* likely make a significant proportion of the copies made in educational institutions fair. These changes should therefore result in a reduction in the rates. Moreover, the fact that, following these changes, the institutions chose not to renew the licences they had entered into at rates of \$26 and \$10 shows that the value of Access’ licences has fallen considerably. Not only that, but the fact that the proportion of institutions having signed Premium and Choice licences with Access is lower than the proportion of institutions that had previously entered into licences at the higher rates of \$26 and \$10 suggests that the value of Access’ licences is in fact lower than the reduced rates provided for in the Premium and Choice licences.

[113] Finally, regarding the wording of the tariff, Mr. Maguire has expressed concerns about subsection 4(3), which provides that copies “shall not be stored or indexed with the intention or result of creating a library of published works.”

[114] He asserts that any significant research done at the post-secondary level relies on multiple bibliographical sources, and that any diligent student would organize and index them

un taux fixe par ETP assorti d’un taux par page pour les recueils de cours, le paiement des redevances à taux fixe était pris en charge par les établissements d’enseignement, tandis que le paiement des redevances pour l’utilisation des recueils de cours était supporté par les étudiants directement. M. Maguire croit que, dans la nouvelle structure tarifaire proposée par Access, soit un taux global couvrant l’ensemble des copies, les coûts des redevances seront transférés directement aux étudiants, probablement sous forme de frais. Le fardeau financier des étudiants s’en trouvera alourdi.

[112] M. Maguire affirme que les taux proposés par Access sont trop élevés. Même s’il n’a pas précisé quels devraient être les taux de redevances, il estime que l’ajout de l’« éducation » à l’article 29 de la *Loi* dans le contexte de l’utilisation équitable ainsi que l’arrêt *Alberta* font probablement en sorte qu’une proportion importante des copies produites dans les établissements d’enseignement sont équitables. Ces modifications devraient donc entraîner une diminution des taux. De plus, le refus par les établissements de renouveler, à la suite de ces modifications, les ententes de licence qu’ils avaient conclues aux taux de 26 \$ et de 10 \$ montre que la valeur des licences d’Access a considérablement diminué. De surcroît, comme les établissements ayant conclu des ententes de licence Premium et Choice avec Access sont proportionnellement moins nombreux que ceux ayant antérieurement conclu des ententes de licence aux taux plus élevés de 26 \$ et de 10 \$, il y a lieu de penser que la valeur des licences d’Access est en fait inférieure aux taux réduits prévus dans les licences Premium et Choice.

[113] Enfin, en ce qui concerne le libellé du tarif, M. Maguire s’est dit préoccupé par le paragraphe 4(3) qui prévoit que les copies « ne doivent pas être stockées ou indexées avec l’intention ou le but de créer une bibliothèque des œuvres publiées ».

[114] Selon M. Maguire, tout travail de recherche poussé réalisé au niveau postsecondaire s’appuie sur une multitude de sources bibliographiques que tout étudiant

for ease of reference. He fears that this prohibition applies to this sort of activity. If such is the case, he argues that a tariff cannot prohibit an activity that is such an engrained part of post-secondary education. He therefore asks that this subsection be amended or deleted.

IV. LEGAL ANALYSIS

[115] In this section we consider a number of legal issues that must be addressed in determining these proceedings and that will be applied in conjunction with our economic analysis which follows. Most have been alluded to earlier in these reasons. We turn to them in more detail now. They include:

- a) The legal landscape respecting the notion of fair dealing as it applies to the education sector;
- b) Access' claim to represent non-affiliated rights holders through implied agency;
- c) Agency in relation to digital copies and the digital copy deletion provisions; and
- d) The implications flowing from the absence of educational institutions in the proceedings.

A. The Fair Dealing Landscape and Its Effect

[116] Access argued strenuously that the educational institutions have misinterpreted the effect of the Supreme Court of Canada's decisions in *Alberta* and *Bell*, and of the amendment to the *Act* specifically adding "education" as an allowable purpose of "fair dealing" under s. 29. They submit that the educational institutions have gone too far in their implementation of their Fair Dealing Guidelines.

minutieux se doit d'organiser et d'indexer pour en faciliter la consultation. Il craint que cette interdiction s'applique à ce type d'activité. Si tel est le cas, il soutient qu'un tarif ne peut interdire une activité aussi fortement ancrée dans l'éducation postsecondaire. Il demande donc que ce paragraphe soit modifié ou supprimé.

IV. ANALYSE JURIDIQUE

[115] Dans cette partie, nous examinerons plusieurs questions juridiques qui doivent être tranchées dans le cadre de la présente instance et qui seront également appliquées dans notre analyse économique qui suit. La plupart d'entre elles ont été évoquées plus tôt dans les présents motifs. Il convient maintenant de les examiner plus en détail. Les voici :

- a) Le paysage juridique concernant la notion d'utilisation équitable telle qu'elle s'applique dans le milieu de l'éducation;
- b) La prétention d'Access selon laquelle elle représente les titulaires de droits non affiliés par voie de mandat tacite;
- c) Le mandat à l'égard des copies numériques et les dispositions relatives à la suppression des copies numériques;
- d) Les répercussions de l'absence d'établissements d'enseignement comme parties à l'instance.

A. Le cadre de l'utilisation équitable et son effet

[116] Access soutient fermement que les établissements d'enseignement ont mal interprété l'effet des arrêts *Alberta* et *Bell* de la Cour suprême du Canada et de la modification apportée à la *Loi* ajoutant expressément l'« éducation » aux fins prévues à l'article 29 au titre de l'« utilisation équitable ». Elle soutient que les établissements d'enseignement sont allés trop loin dans leur mise en œuvre des lignes directrices sur l'utilisation équitable.

[117] In the end, we conclude that it is unnecessary for us to determine in these proceedings whether, or to what extent, the Fair Dealing Guidelines or the proposed tariffs encompass uses that are exempted from copyright protection under the fair dealing provisions of s. 29 of the *Act*. As explained in the economic analysis section of these reasons, the AUCC Model Licence and the Premium Licence provide useful proxies that permit us to set a price for the proposed tariffs. Those licences already incorporate a market-generated allowance for the current instability surrounding the fair dealing landscape and it is therefore unnecessary to conduct a fair dealing analysis in that regard.

[118] However, because the fair dealing debate underlies much of what these proceedings have been about, and has contributed to their length, a brief outline of how that current instability has evolved may be helpful.

[119] As early as 2004, in the seminal case of *CCH*,³¹ the Supreme Court of Canada began to take a more expansive view of the concept of fair dealing. It held in that case that fair dealing was to be given a large and expansive interpretation, was not confined to non-commercial or private situations, and was to be interpreted taking into consideration the perspective of the users. It set out a framework for carrying out the appropriate analysis.

[120] Eight years later, in 2012, the Court revisited the fair dealing concept in *Alberta*³² and *Bell*³³ – two decisions involving judicial review of tariffs approved by the Board. Again, it took an expansive view of “research” and “private study” – the allowable fair dealing purposes that were then permitted by s. 29 of the *Act* – and, again, the Court did so by approaching the analysis from the perspective of the user.

[117] Au final, nous concluons qu’il est inutile de déterminer en l’espèce si, ou dans quelle mesure, les lignes directrices sur l’utilisation équitable ou les projets de tarif englobent les utilisations qui sont soustraites à la protection du droit d’auteur conformément aux dispositions sur l’utilisation équitable figurant à l’article 29 de la *Loi*. Comme il est expliqué dans la partie portant sur l’analyse économique des présents motifs, la licence type de l’AUCC et la licence Premium fournissent des points de référence utiles nous permettant de fixer un prix pour les projets de tarif. Ces licences prévoient déjà une déduction créée par le marché pour l’instabilité actuelle entourant le cadre de l’utilisation équitable, de sorte qu’il est inutile d’analyser le caractère équitable de l’utilisation à cet égard.

[118] Toutefois, comme le débat sur l’utilisation équitable sous-tend la plupart des questions faisant l’objet de la présente instance et a contribué à sa durée, il pourrait être utile d’indiquer brièvement comment cette instabilité actuelle a évolué.

[119] Dès 2004, dans l’arrêt de principe *CCH*,³¹ la Cour suprême du Canada a commencé à donner un sens plus large à la notion d’utilisation équitable. Elle a conclu qu’il fallait interpréter l’utilisation équitable de manière large, que l’utilisation équitable ne se limitait pas à celle effectuée dans un contexte non commercial ou privé et que l’interprétation de l’utilisation équitable devait être abordée du point de vue des utilisateurs. Elle a établi le cadre à l’intérieur duquel l’analyse devait être menée.

[120] Huit ans plus tard, en 2012, la Cour a réexaminé la notion d’utilisation équitable dans les arrêts *Alberta*³² et *Bell*³³ – deux décisions visant le contrôle judiciaire de tarifs homologués par la Commission. Là encore, elle a donné un sens large aux termes « recherche » et « étude privée » – les fins qui étaient alors permises au titre de l’utilisation équitable à l’article 29 de la *Loi* – et, là aussi, la Cour l’a fait en abordant l’analyse du point de vue des utilisateurs.

[121] At approximately the same time, the *Copyright Modernization Act* came into effect, specifically adding “education” as an allowable purpose under s. 29.

[122] The *Alberta* and *Bell* decisions, together with the amendment to s. 29, signalled an increasingly broad approach to the concept of fair dealing and, as described above, have had significant effects on the use of the Access repertoire in the education sector. These included the adoption by most post-secondary educational institutions of Fair Dealing Guidelines, the refusal of many of the institutions to renew or enter into further licences with Access, and Access’ attempt to address what it refers to as the resulting “market failure” by offering its Premium and Choice licences in an effort to prevent the royalties paid by education institutions from dwindling to virtually nothing.

[123] However, the fact that institutions have adopted Fair Dealing Guidelines does not mean that the Board must rely on these. Indeed, in *Access – K-12 (2005-2009)* the Board concluded that the limited rules in place at the institutions were not sufficient to establish a general fair dealing practice.³⁴ Instead, the Board relied on information contained in logging stickers collected during a study to categorize particular copying events as fair dealing or not.³⁵

[124] In a later case involving tariffs in that field, *Access – K-12 (2010-2015)*, the Board also declined to enter into an analysis of the Fair Dealing Guidelines on the grounds that there was not a generally uniform practice that could have been evaluated in the manner contemplated by *CCH*.³⁶ Instead, the Board relied on evidence supporting a different approach to fixing the relevant royalty; the

[121] Environ au même moment, la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur* est entrée en vigueur, ajoutant précisément l’« éducation » comme fin permise à l’article 29.

[122] Par suite des arrêts *Alberta* et *Bell*, et de la modification apportée à l’article 29, la notion d’utilisation équitable a été interprétée de manière de plus en plus large et, comme nous l’avons décrit précédemment, cette situation a eu des répercussions importantes sur l’utilisation du répertoire d’Access dans le milieu de l’éducation. Par exemple, la plupart des établissements d’enseignement postsecondaire ont adopté des lignes directrices sur l’utilisation équitable, bon nombre d’établissements ont refusé de renouveler leurs licences avec Access ou de conclure de nouvelles ententes de licence avec elle, et Access a tenté de remédier à ce qu’elle appelait la « défaillance du marché » qui en résultait en offrant ses licences Premium et Choice pour éviter que les redevances versées par les établissements d’enseignement soient réduites à peu près à néant.

[123] Toutefois, le fait que les établissements ont adopté des lignes directrices sur l’utilisation équitable ne signifie pas que la Commission doit se fonder sur celles-ci. En effet, dans la décision *Access – K-12 (2005-2009)*, la Commission a conclu que le peu de règles en place dans les établissements ne suffisait pas à établir une pratique générale en matière d’utilisation équitable.³⁴ En fait, la Commission s’est fondée sur l’information que contenaient les étiquettes d’enregistrement recueillies pendant une enquête pour déterminer le caractère équitable ou non de l’utilisation de copies en particulier.³⁵

[124] Dans une décision ultérieure concernant un tarif dans ce domaine, *Access – K-12 (2010-2015)*, la Commission a également refusé d’analyser les lignes directrices sur l’utilisation équitable au motif qu’il n’existait aucune pratique généralement uniforme qui aurait pu être évaluée de la manière envisagée dans l’arrêt *CCH*.³⁶ En fait, la Commission s’est fondée sur une preuve favorisant une méthode différente pour fixer la redevance applicable; la Cour

Federal Court of Appeal upheld the Board's conclusion in that regard.³⁷

[125] Similarly, we do not examine the institutions' Fair Dealing Guidelines in these proceedings. It is unnecessary for us to do so. We rely instead on proxies which implicitly determine the amount of copying by the institutions that is fair dealing. We explain why in more detail in the economic analysis portion of these reasons.

B. Non-Affiliated Rights Holders

[126] As a collective society, Access enters into "affiliation agreements" with copyright owners in varying capacities. It also claims to represent what it refers to as non-affiliated rights holders, in the circumstances described below, and asserts that it is entitled to do so on the basis of an implied agency by ratification.

[127] This issue bears on the size of Access' repertoire for the purposes of establishing the tariffs and on Access' legitimacy in collecting royalties on the part of its non-affiliates. We examine it further now and, for the reasons that follow, reject Access' claim in relation to these proposed tariffs. There can be no implied agency by ratification when Access cannot demonstrate that monies have been paid to, and accepted by, non-affiliates for the reproduction of works within the Access repertoire. We find that to be the case here.

Affiliation Agreements and Non-Affiliates

[128] Its affiliation agreements allow Access to grant licences to users authorizing them to reproduce the works of rights holders who are Access members. Access refers to owners with whom it has signed an affiliation agreement as "affiliated rights holders" or simply "affiliates".³⁸

d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la Commission à cet égard.³⁷

[125] De même, nous n'examinerons pas les lignes directrices sur l'utilisation équitable des établissements en l'espèce. Il nous est inutile de le faire. Nous nous appuyons plutôt sur les points de référence qui permettent de déterminer implicitement le nombre de copies effectuées par les établissements qui constitue une utilisation équitable. Nous l'expliquerons plus en détail dans la partie portant sur l'analyse économique des présents motifs.

B. Titulaires de droits non affiliés

[126] À titre de société de gestion, Access conclut des « ententes d'affiliation » avec des titulaires de droits d'auteur de divers domaines. Elle affirme également représenter ceux qu'elle désigne comme des titulaires de droits non affiliés, dans les circonstances décrites plus loin, et affirme qu'elle est habilitée à le faire sur le fondement d'un mandat tacite par ratification.

[127] Cette question influe sur la taille du répertoire d'Access aux fins de l'établissement des tarifs et sur la légitimité d'Access à percevoir des redevances auprès des titulaires de droits non affiliés. Nous examinons cette question davantage et, pour les motifs qui suivent, nous rejetons la prétention d'Access relativement aux projets de tarif en l'espèce. Il ne peut y avoir de mandat tacite par ratification si Access ne peut démontrer que des sommes d'argent ont été versées à des titulaires de droits non affiliés, et acceptées par ceux-ci, pour la reproduction d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access. Nous concluons que tel est le cas en l'espèce.

Ententes d'affiliation et titulaires de droits non affiliés

[128] Ses ententes d'affiliation permettent à Access d'octroyer des licences aux utilisateurs pour les autoriser à reproduire les œuvres de titulaires de droits qui sont des membres d'Access. Access appelle les titulaires avec qui elle a signé une entente d'affiliation les

« titulaires de droits affiliés » ou simplement les « affiliés ».³⁸

[129] In practice, Access' affiliation agreements are generally entered into with publishers. Access explained that in the publishing world, publishers obtain either an assignment or a licence from authors to use the work. Because they are the copyright owners (via assignment) or hold a licence for the reproduction rights, it is from the publishers that Access obtains the right to manage the right to reproduce the works, through the affiliation agreement.³⁹

[129] En pratique, Access conclut généralement des ententes d'affiliation avec les éditeurs. Access a expliqué que, dans le monde de l'édition, les éditeurs peuvent utiliser les œuvres grâce à une cession ou à une licence de la part des auteurs. Comme les éditeurs sont les titulaires du droit d'auteur (grâce à la cession) ou détiennent une licence pour les droits de reproduction, ce sont eux qui accordent à Access le droit de gérer le droit de reproduire les œuvres, par application de l'entente d'affiliation.³⁹

[130] Access also enters into bilateral agreements with foreign collective societies, in which the latter give Access a mandate to grant licences authorizing users to reproduce the works in their repertoires.⁴⁰

[130] Access conclut également des ententes bilatérales avec des sociétés de gestion étrangères, aux termes desquelles ces sociétés accordent à Access le mandat d'octroyer des licences autorisant les utilisateurs à reproduire les œuvres faisant partie de leurs répertoires.⁴⁰

[131] Finally, Access claims to represent the works of rights holders who have not signed affiliation agreements with it or whose works are not represented by a foreign collective society with which it has entered into a bilateral agreement. Access refers to these rights holders as "non-affiliated rights holders" or "non-affiliates".

[131] Enfin, Access prétend représenter les œuvres de titulaires de droits qui n'ont pas conclu d'ententes d'affiliation avec elle ou dont les œuvres ne sont pas représentées par une société de gestion étrangère avec qui elle a conclu une entente bilatérale. Access les appelle les « titulaires de droits non affiliés » ou les « non-affiliés ».

[132] When Access has information that works published by non-affiliated publishers have been reproduced, its practice is to pay royalties to these publishers, via a cheque accompanied by an explanatory letter.⁴¹ Access does not pay non-affiliated authors directly. It is up to the publishers to pay the portion of the royalties owing to each rights holder, if applicable.⁴² When these cheques are "cashed", Access claims that this creates an agency by ratification, which Access also calls a retroactive implied agency,⁴³ authorizing Access after the fact to act as the agent of the non-affiliated rights holder for the purposes of copies made by a user with an Access licence.⁴⁴

[132] Lorsqu'Access a connaissance que des œuvres publiées par des éditeurs non affiliés ont été reproduites, elle a pour pratique de verser des redevances à ces éditeurs, au moyen d'un chèque accompagné d'une lettre explicative.⁴¹ Access ne paie pas les auteurs non affiliés directement. Il revient aux éditeurs de payer la partie des redevances qu'ils doivent à chaque titulaire de droits, le cas échéant.⁴² Access affirme que l'« encaissement » de ces chèques crée un mandat par ratification, qu'elle appelle également mandat tacite rétroactif.⁴³ Ce mandat autorise Access, après coup, à agir à titre de mandataire du titulaire de droits non affilié à l'égard de copies effectuées par un utilisateur détenant une licence d'Access.⁴⁴

[133] Access has always operated this way. Its evidence is that sometimes non-affiliates even

[133] Access a toujours fonctionné de cette façon. Selon son témoignage, il arrive que des

receive royalties from Access for years without Access ever asking them to become members. Access makes such efforts on a case-by-case basis, generally according to the size of the repertoire of a non-affiliated publisher to which it has paid royalties.⁴⁵ In response to a question from Vice-Chair Majeau, Access advised that it considers copies made in this context to be part of its repertoire.⁴⁶

[134] At the hearing, Access explained that it is through mandatory reporting of copies or bibliographic surveys that it learns about the reproductions of works of non-affiliated rights holders having been made.⁴⁷ The licences entered into between Access and the educational institutions state that certain types of copies must be itemized in detailed reports. For the purposes of these proposed tariffs, the relevant reportable copies are those in course packs or reproduced on digital networks.⁴⁸ However, copies distributed in an *ad hoc* manner, in class or by email, do not need to be reported. Access therefore has no information about the latter group of copies.

[135] With respect to copies that are not reported, and for which Access has no information, Access explained that it only pays royalties to its affiliated members. They are shared among Access' affiliates in accordance with distribution rules developed by its Board of Directors without regard for the fact that some of the royalties might relate to unreported works of non-affiliates that were actually copied. Accordingly, rights holders who have not signed an affiliation agreement with Access receive none of the royalties collected for copies about which Access holds no information.

[136] The proportionate number of copies falling into the foregoing category is quite significant in this case. In response to a Board request for information regarding the ratio of copies not included in course packs to copies made for inclusion in course packs, Access

non-affiliés reçoivent des redevances d'Access pendant des années sans même qu'elle ne leur demande de devenir membres. Access leur demande au cas par cas, généralement en fonction de la taille du répertoire de l'éditeur non affilié à qui elle a versé des redevances.⁴⁵ En réponse à une question du vice-président Majeau, Access a signalé qu'elle considère les copies effectuées dans ce contexte comme faisant partie de son répertoire.⁴⁶

[134] À l'audience, Access a expliqué que c'est grâce à la déclaration obligatoire des copies effectuées et aux sondages bibliographiques qu'elle a appris que des œuvres de titulaires de droits non affiliés avaient été reproduites.⁴⁷ Les ententes de licence conclues entre Access et les établissements d'enseignement indiquent que certains types de copies doivent être détaillés dans des rapports. Pour l'application des présents projets de tarif, les copies pertinentes qui doivent être déclarées sont celles figurant dans les recueils de cours ou reproduites sur des réseaux numériques.⁴⁸ Toutefois, il n'est pas nécessaire de déclarer les copies distribuées de manière ponctuelle, en classe ou par courriel. Par conséquent, Access ne détient aucun renseignement sur ce dernier groupe de copies.

[135] En ce qui concerne les copies qui ne sont pas déclarées, et sur lesquelles Access ne détient aucun renseignement, Access a expliqué qu'elle ne paie de redevances qu'à ses membres affiliés. Elles sont partagées entre les affiliés d'Access selon les règles de distribution établies par son conseil d'administration sans égard au fait que certaines redevances pourraient avoir trait à des œuvres de non-affiliés qui ont été copiées mais non déclarées. Par conséquent, les titulaires de droits qui n'ont pas conclu d'entente d'affiliation avec Access ne reçoivent aucune partie des redevances perçues pour les copies sur lesquelles Access ne détient aucun renseignement.

[136] La proportion de copies qui appartiennent à cette catégorie est plutôt importante en l'espèce. En réponse à une demande de renseignement de la Commission concernant le ratio de copies qui ne sont pas incluses dans les recueils de cours par rapport à celles qui le sont,

advised that the ratio was around 6.2:1, based on data from the University of Toronto.⁴⁹

Analysis

[137] We do not accept Access' theory of implied licence with retroactive ratification, in the circumstances of these proceedings.

Implied Agency

[138] A situation of implied agency or authority may arise, in a given factual context, where "one party has conducted [itself] towards another in such a way that it is reasonable for that other to infer from that conduct assent to an agency relationship."⁵⁰ In a judgment of the Ontario Court of Appeal,⁵¹ the notion was summarized as follows:

While agency is often created by an express contract, setting out the scope of the agent's authority, the creation of an agency relationship may be implied from the conduct or situation of the parties. Whether an agency relationship exists is ultimately a question of fact, to be determined in the light of the surrounding circumstances.

[139] An agency relationship may be formed retrospectively through ratification where the principal accepts and adopts the act of an agent done prior to receiving the authority to act. By adopting the agent's act, the principal ratifies the relationship and the previously unappointed agent is treated as having been authorized at the time in question. This ratification can arise through subsequent express consent or by implication through the conduct and situation of the parties.⁵²

[140] A finding of implied agency is not to be too easily made. As the Alberta Court of Appeal has put it, implied authority rests on "clear unequivocal evidence that demonstrates

Access a indiqué que le ratio tournait autour de 6,2:1, sur la foi de données provenant de l'Université de Toronto.⁴⁹

Analyse

[137] Nous n'acceptons pas la théorie de la licence tacite avec ratification rétroactive présentée par Access, dans les circonstances de l'espèce.

Mandat tacite

[138] Il peut y avoir mandat tacite ou pouvoir implicite, dans un contexte factuel donné, lorsque [TRADUCTION] « une partie s'est comportée envers une autre d'une manière telle qu'il est raisonnable pour cette autre partie d'inférer de ce comportement qu'elle consent à une relation de mandant et mandataire ». ⁵⁰ Dans un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario,⁵¹ la notion a été résumée de la manière suivante :

[TRADUCTION] Bien que le mandat soit souvent créé par un contrat exprès, qui établit la portée du pouvoir du mandataire, la création d'une relation de mandant et mandataire peut découler implicitement du comportement ou de la situation des parties. La question de savoir si une telle relation existe est en définitive une question de fait, qui sera tranchée à la lumière des circonstances.

[139] La relation de mandant et mandataire peut être formée rétrospectivement par ratification lorsque le mandant accepte et adopte l'acte qu'un mandataire a fait avant d'obtenir le pouvoir d'agir. En adoptant l'acte du mandataire, le mandant ratifie la relation, et le mandataire qui n'avait pas été nommé précédemment est réputé avoir été autorisé au moment en question. Cette ratification peut survenir subséquemment par consentement exprès ou implicitement en raison du comportement et de la situation des parties.⁵²

[140] Conclure à l'existence d'un mandat tacite n'est pas chose facile. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Alberta, le pouvoir implicite repose sur [TRADUCTION] « une preuve claire et

that a principal has in fact consented to the agent's having authority to act on his or her behalf."⁵³ The burden lies on the party asserting the implied agency claim.⁵⁴

[141] Here, Access argues that, as soon as the non-affiliated rights holders cash the royalties Access paid them, an implied agency is formed, retroactively legitimizing the fact that Access is acting as its agent and thus able to authorize users to reproduce the works of these non-affiliated rights holders. In support of its theory, Access relies on the definition of "collective society" in section 2 of the *Act*:⁵⁵

"collective society" means a society, association or corporation that carries on the business of collective administration of copyright or of the remuneration right conferred by section 19 or 81 for the benefit of those who, by assignment, grant of licence, *appointment of it as their agent* or otherwise, authorize it to act on their behalf in relation to that collective administration [...] [Our emphasis]

[142] Access explains how the agency takes form as follows:

[...] Access Copyright represents the works of rightsholders who have, by implied agency, authorized Access Copyright to act on their behalf. Such circumstances include payments to publishers for whom Access Copyright has evidence or reporting indicating that their works were copied by licensees ("Non-Affiliated. Rightsholders"). When Access Copyright is notified that a work of a Non-Affiliated Rightsholder has been copied under licence, Access Copyright distributes the associated royalties to the Non-Affiliated Rightsholder. When such Non-Affiliated Rightsholder cashes the cheque or accepts the payment, Access Copyright acts as that rightsholder's agent. The acceptance by the rightsholder of the payment from Access Copyright ratifies the transaction retroactive to the date on which Access Copyright licensed the work. Access Copyright's policy has always been to represent all rightsholders and to

sans équivoque démontrant que le mandant a consenti au fait que le mandataire a le pouvoir d'agir en son nom ». ⁵³ Le fardeau repose sur la partie qui invoque le mandat tacite. ⁵⁴

[141] En l'espèce, Access fait valoir que, dès que les titulaires de droits non affiliés encaissent les redevances qu'Access leur a versées, un mandat tacite est formé, ce qui légitime rétroactivement le fait qu'Access agit à titre de mandataire et lui permet du coup d'autoriser les utilisateurs à reproduire les œuvres de ces titulaires non affiliés. À l'appui de cette théorie, Access se fonde sur la définition du terme « société de gestion » figurant à l'article 2 de la *Loi* :⁵⁵

« société de gestion » Association, société ou personne morale autorisée — notamment *par voie de cession, licence ou mandat* — à se livrer à la gestion collective du droit d'auteur ou du droit à rémunération conféré par les articles 19 ou 81 pour l'exercice des activités suivantes [...] [Nos italiques]

[142] Access a expliqué comment le mandat prend forme :

[TRADUCTION] [...] Access Copyright représente les œuvres des titulaires de droits qui, par mandat tacite, ont autorisé Access Copyright à agir en leur nom. Le mandat tacite se forme notamment dans le cas où Access Copyright verse des redevances aux éditeurs sur la foi d'une preuve ou de rapports démontrant que leurs œuvres ont été copiées par des titulaires de licence (les « titulaires de droits non affiliés »). Lorsqu'Access Copyright est avisée qu'une œuvre d'un titulaire de droits non affilié a été copiée sous licence, elle verse les redevances qui y sont associées à ce titulaire non affilié. Lorsque ce titulaire de droits non affilié encaisse son chèque ou accepte le paiement, Access Copyright agit à titre de mandataire de ce titulaire. Le fait que le titulaire accepte le paiement d'Access Copyright a pour effet de ratifier la transaction rétroactivement à la date à laquelle Access Copyright a octroyé une

compensate all rightsholders for the reproduction of their works.⁵⁶

[143] The Board has accepted this argument in a previous decision, *Access – K-12 (2005-2009)*, finding that:

[133] Non-affiliated rights holders who cash the cheque they received as a result of the distribution of royalties based on the volume study, retroactively and implicitly grant to Access the power to act on their behalf in respect of copies captured by the study. They cannot take proceedings for infringement of copyright against the person who made the copy. [...] The existence of an implied agency relationship, arising from the cashing of the cheque and limited to only those copies that were captured in the study, is sufficient to lead us to include these copies in the calculation of remuneration.

[134] [...] Here, by cashing the royalty cheque, non-affiliated rights holders performed an act confirming that Access had the right to authorize reproduction of the rights holder's work for the sole purpose of the copy captured by the volume study.

[144] Access raises a second argument as well in support of its ratification theory. Access claims to represent all non-affiliated rights holders except those who specifically expressed that they did not want Access to represent them. It bases this claim on the fact that in almost all cases the rights holders to whom it did pay royalties cashed their payment cheques, arguing that this creates the basis for a broader state of retroactive implied agency. We return to this submission later.

Implied Agency by Ratification is Not Established

[145] The difficulty with Access' position in these proceedings is that the evidence does not

licence portant sur l'œuvre. La politique d'Access Copyright a toujours été de représenter tous les titulaires de droits et de rémunérer tous les titulaires pour la reproduction de leurs œuvres.⁵⁶

[143] La Commission a accepté cet argument dans une décision antérieure, *Access – K-12 (2005-2009)*, et a conclu ce qui suit :

[133] Le titulaire non affilié qui encaisse le chèque qu'il a reçu à l'égard de la distribution fondée sur l'enquête de volume accorde à Access, de façon rétroactive, le mandat tacite d'agir pour son compte à l'égard des copies qui ont été captées par l'enquête. Il ne pourrait poursuivre le copiste pour violation du droit d'auteur [...] L'existence d'un mandat tacite, que l'encaissement du chèque matérialise, limité aux seules copies que l'enquête a captées, suffit pour décider d'inclure ces mêmes copies dans le calcul de la rémunération.

[134] [...] En l'espèce, en encaissant le chèque de redevances, les titulaires non affiliés ont posé un geste qui confirme qu'Access avait le droit d'autoriser la reproduction de l'œuvre de l'ayant droit aux seules fins de la copie captée par l'enquête de volume.

[144] Access soulève également un deuxième argument à l'appui de sa théorie sur la ratification. Access prétend représenter tous les titulaires de droits non affiliés, sauf ceux qui ont expressément indiqué qu'ils ne voulaient pas être représentés par elle. Sa prétention est fondée sur le fait que, dans la plupart des cas, les titulaires de droits à qui elle a versé des redevances ont encaissé leurs chèques, ce qui, soutient-elle, sert de fondement à l'existence globale d'un mandat tacite rétroactif. Nous retournerons à cette observation plus tard.

Non-établissement du mandat tacite par ratification

[145] En l'espèce, le problème avec la thèse d'Access est que la preuve ne permet pas de

support a finding of either payment to or acceptance of payment by Access' principals – the non-affiliated rights holders. There can therefore be no implied agency by ratification on this record.

[146] As noted above, Access has no information about the vast bulk of copies that are the subject of this argument because the copying is not reported to it. Moreover, as Access explained, it only pays royalties respecting such copies to its affiliated members; no royalties are paid to non-affiliated rights holders whose works may have been reproduced but that are unknown to Access. There being no royalties paid to them, non-affiliates have no cheques to cash and, accordingly, there can be no ratification in favour of Access by those non-affiliates whose works were reproduced but not reported.

[147] This conclusion is consistent with earlier Board decisions regarding Access and the education sector.

[148] As noted above, the Board accepted an implied agency argument in *Access – K-12 (2005-2009)*. In that proceeding, however, the Board had clear evidence of copying – based upon a volume study prepared by the parties – and of the payment of royalties to non-affiliates and the cashing of related cheques. It limited the implied agency relationship to those copies captured by the volume study and included those copies as part of Access' repertoire for purposes of calculating compensation.

[149] In a decision with respect to copies made by governments,⁵⁷ the Board came to a different conclusion. In that proceeding, the evidence was that no payments had been made by Access for non-affiliate copies identified in the relevant volume study. It followed that there could have been no cashing or acceptance of royalty payments, and therefore no formation of an agency relationship between Access and the

conclure que les mandants d'Access – les titulaires de droits non affiliés – ont reçu un paiement ou ont accepté le paiement. Par conséquent, le mandat tacite par ratification ne peut être établi au vu du dossier.

[146] Comme nous l'avons déjà dit, Access ne détient aucun renseignement sur la vaste majorité des copies qui sous-tendent cet argument parce que ces copies ne sont pas déclarées. De plus, comme elle l'a expliqué, Access ne verse de redevances à l'égard de ces copies qu'à ses membres affiliés; aucune redevance n'est versée aux titulaires de droits non affiliés dont les œuvres ont pu être reproduites sans que les copies soient portées à la connaissance d'Access. Comme ils ne reçoivent aucune redevance, les non-affiliés n'ont aucun chèque à encaisser et ne peuvent par conséquent ratifier quoi que ce soit en faveur d'Access même si leurs œuvres ont été reproduites, puisque ces copies n'ont pas été déclarées.

[147] Cette conclusion est conforme aux décisions antérieures de la Commission concernant Access et le milieu de l'éducation.

[148] Comme nous l'avons déjà dit, la Commission a accepté l'argument du mandat tacite dans la décision *Access – K-12 (2005-2009)*. Dans cette affaire, toutefois, la Commission disposait d'une preuve claire établissant que des copies avaient été effectuées – sur le fondement d'une enquête de volume préparée par les parties – et que les non-affiliés avaient reçu des redevances et encaissé les chèques à cet égard. La Commission a limité le mandat tacite aux copies visées par l'enquête de volume et inclus ces copies dans le répertoire d'Access pour le calcul de la rémunération.

[149] Dans une décision concernant des copies effectuées par les gouvernements,⁵⁷ la Commission est parvenue à une autre conclusion. Dans cette affaire-là, la preuve indiquait qu'Access n'avait pas versé de paiements relativement aux copies d'œuvres de non-affiliés relevées dans l'enquête de volume pertinente. Ainsi, aucune redevance n'avait pu être encaissée ni acceptée, de sorte que la

non-affiliated rights holders on that basis. The record in that proceeding also demonstrated that Access' distribution model was not based on copies that had actually been made; instead, it distributed "repertoire payments" among its affiliates irrespective of the number of copies actually made and even though some of those copies were undoubtedly copies of works by non-affiliates. The Board held that the acceptance by rights holders of royalties that were not linked to actual copying events cannot serve as a basis for a finding of implied agency by ratification.⁵⁸

[150] Similarly, in *Access – K-12 (2010-2015)*, the Board declined to include copies of works of non-affiliates in Access' repertoire for purpose of calculating royalties, on the basis that implied agency had not been established. Although the Board had evidence of the same volume study it had considered in *Access – K-12 (2005-2009)*, it also had much more complete evidence regarding Access' method of distributing royalties.

[151] For example, when Access made payments in relation to non-affiliates, it made the payments to publishers and not to the authors directly, leaving it to the publishers to distribute the authors' share. The record did not show whether the publishers owned the copyright in the copied work, however, and no agency could be formed where the publisher – not being the owner of the copyright – had no power to ratify the copying act. In addition, Access could not say which works captured in the 2006 volume study had continued to be copied after 2006, and it had no information about the works of non-affiliates that had been copied but not included in the volume study.

[152] We referred earlier to Access' additional argument that it is entitled to represent all the

formation d'un mandat entre Access et les titulaires de droits non affiliés n'avait pu avoir lieu sur ce fondement. Le dossier démontrait également que le modèle de distribution d'Access n'était pas fondé sur les copies qui avaient été effectuées; Access distribuait plutôt à ses affiliés des paiements en fonction du nombre d'œuvres qu'ils apportaient à son répertoire, sans égard au nombre de copies qui avaient été effectuées, et même si certaines de ces copies étaient sans aucun doute des copies d'œuvres de non-affiliés. La Commission a conclu que l'acceptation par les titulaires de droits de redevances qui n'ont aucun lien avec les copies réelles ne peut servir de fondement pour conclure à l'existence d'un mandat tacite par ratification.⁵⁸

[150] De même, dans la décision *Access – K-12 (2010-2015)*, la Commission a refusé d'inclure les copies d'œuvres de non-affiliés dans le répertoire d'Access pour le calcul des redevances, au motif qu'aucun mandat tacite n'avait été établi. Bien que la Commission disposait de la même enquête de volume que celle dont elle disposait dans la décision *Access – K-12 (2005-2009)*, elle avait également en main une preuve bien plus complète concernant la méthode de distribution des redevances d'Access.

[151] Par exemple, en ce qui concerne les paiements faits à l'intention de non-affiliés, Access versait les paiements aux éditeurs et non aux auteurs directement, laissant aux éditeurs le soin de distribuer les parts des auteurs. Toutefois, le dossier ne montrait pas si les éditeurs étaient titulaires du droit d'auteur de l'œuvre copiée, et aucun mandat ne pouvait être formé dans le cas où l'éditeur – n'étant pas le titulaire du droit d'auteur – n'avait pas le pouvoir de ratifier l'acte de copie. En outre, Access ne pouvait dire quelles œuvres visées par l'enquête de volume de 2006 étaient toujours copiées après 2006, et elle ne détenait aucun renseignement sur les œuvres des non-affiliés qui avaient été copiées, mais non incluses dans l'enquête de volume.

[152] Nous avons fait référence plus tôt à l'autre argument d'Access selon lequel elle est

non-affiliated rights holders except those who choose to opt out and specifically express that they do not want Access to represent them. This issue arose in *Access – Governments* as well. There are two reasons why the argument must fail, however. First, it is based on the premise that in almost all cases, rights holders to whom it pays royalties cash their cheques, thereby creating a retroactive implied agency. The record does not establish any such royalty payments to non-affiliates here. Second, the theory approaches the issue from the wrong angle: the reproduction right accorded to authors under the *Act* is an exclusive right, and it is therefore the responsibility of Access to seek and obtain the authorizations required to manage reproduction rights and not the responsibility of the rights holders to advise Access they do not wish it to manage those rights.

[153] The foregoing decisions of the Board serve to illustrate how a finding of implied agency is rooted very firmly in the factual context in which it arises.

[154] We do not say, therefore, that agency can never be implied or retroactive. Nonetheless, it is well-established that a collective society must establish that it has valid authorizations regarding the rights holders it is claiming to represent.⁵⁹ In the circumstances of these proceedings, given Access' practices and distribution methodology, as described above, we are not satisfied that that a relationship of implied agency as between Access and its non-affiliates has been established to support its authorization to represent the non-affiliates for purposes of the collective administration of their works.

[155] In light of the above, we will make an adjustment in the economic analysis section below to exclude from the rate calculation the proportion of works by non-affiliated rights holders reproduced by educational institutions. We will also amend the definition of "repertoire work" as indicated in the Tariff Wording section below.

habilité à représenter tous les titulaires de droits non affiliés sauf ceux qui ont choisi de s'exclure et expressément affirmé ne pas vouloir être représentés par elle. Cette question s'est également posée dans la décision *Access – Gouvernements*. Toutefois, l'argument doit être rejeté pour deux raisons. Premièrement, il est fondé sur le principe que, dans presque tous les cas, les titulaires de droits à qui elle paie des redevances encaissent leurs chèques, ce qui forme un mandat tacite rétroactif. Le dossier n'établit pas que de telles redevances ont été versées à des non-affiliés en l'espèce.

Deuxièmement, la théorie aborde la question du mauvais angle : le droit de reproduction accordé aux auteurs en vertu de la *Loi* étant un droit exclusif, il revient donc à Access de demander et d'obtenir les autorisations requises pour gérer les droits de reproduction. Il n'incombe pas aux titulaires de droits d'aviser Access qu'ils ne souhaitent pas qu'elle gère ces droits.

[153] Les décisions précitées de la Commission démontrent que conclure à l'existence d'un mandat tacite repose essentiellement sur le contexte factuel dans lequel il survient.

[154] Par conséquent, il n'est pas dit qu'un mandat ne peut jamais être tacite ou rétroactif. Quoi qu'il en soit, il est bien établi qu'une société de gestion doit démontrer que les titulaires de droits qu'elle prétend représenter l'ont autorisée à agir en leur nom.⁵⁹ Dans les circonstances de l'espèce, compte tenu des pratiques et de la méthode de distribution d'Access, telles qu'elles ont été décrites précédemment, nous ne sommes pas convaincus qu'un mandat tacite a été établi entre Access et ses non-affiliés pour étayer son autorisation de représenter les non-affiliés aux fins de la gestion collective de leurs œuvres.

[155] Compte tenu de ce qui précède, nous ferons un rajustement dans la partie portant sur l'analyse économique ci-dessous afin d'exclure du calcul la proportion des œuvres des titulaires de droits non affiliés reproduites par les établissements d'enseignement. Nous modifierons également la définition de l'expression « œuvre du répertoire » telle

qu'elle figure dans la partie portant sur le libellé du tarif ci-dessous.

C. Agency for Digital Copies and Digital Copy Deletion Provision

Proposed Tariffs

[156] The proposed 2011-2013 and 2014-2017 tariffs submitted by Access include digital copies, just as the licences it has concluded since 2012 do. With respect to such copies, each contains a digital copy deletion provision requiring the educational institutions to delete digital copies upon expiration of the tariff.

[157] On this point, the proposed tariffs state the following at subsection 5(4), under *Additional Conditions Regarding Digital Copies of Repertoire Works*:

Where the Educational Institution is no longer covered by this tariff, the Educational Institution and all Authorized Persons shall immediately cease to use all Digital Copies of Repertoire Works, delete from their hard drives, servers and networks, and make reasonable efforts to delete from any other device or medium capable of storing Digital Copies, those Digital Copies and upon written request from Access Copyright shall certify that it has done so.

[158] On February 18, 2014, the Board asked Access to explain the reasons underlying the inclusion of a digital copy deletion provision in the proposed tariffs.

[159] In its response,⁶⁰ Access explained that it was a standard clause used in reproduction agreements in the digital publishing industry and that its purpose was to address the ease with which digital copies can be disseminated,

C. Mandat relatif aux copies numériques et disposition de suppression des copies numériques

Projets de tarif

[156] Les projets de tarif pour les années 2011-2013 et 2014-2017 présentés par Access englobent les copies numériques, tout comme le font les ententes de licence qu'elle a conclues depuis 2012. S'agissant de ces copies, les projets de tarif comportent tous deux une disposition de suppression des copies numériques, qui exige que les établissements d'enseignement effacent les copies numériques à l'expiration du tarif.

[157] À cet égard, les projets de tarif prévoient ce qui suit au paragraphe 5(4), sous la rubrique *Conditions supplémentaires concernant les Copies Numériques des Œuvres du Répertoire* :

Lorsque l'Établissement d'Enseignement n'est plus couvert par le présent tarif, l'Établissement d'Enseignement et toutes les Personnes Autorisées doivent immédiatement cesser d'utiliser toutes les Copies Numériques des Œuvres du Répertoire, les effacer de leurs lecteurs de disques durs, de leurs serveurs et réseaux, et doivent faire tous les efforts raisonnables pour les effacer de tout autre dispositif ou support capable de stocker les Copies Numériques, et ils doivent certifier avoir agi de la sorte sur demande écrite d'Access Copyright.

[158] Le 18 février 2014, la Commission a demandé à Access d'expliquer les raisons justifiant l'inclusion d'une disposition de suppression des copies numériques dans les projets de tarif.

[159] Dans sa réponse,⁶⁰ Access a expliqué qu'il s'agissait d'une clause type utilisée dans les ententes de reproduction dans l'industrie de l'édition numérique et qu'elle visait à remédier à la facilité avec laquelle les copies numériques

for example through digital platforms or email. With paper copies, this ease of dissemination would be a less-pressing concern. Access also stated that the 2012 Model Licence contained a similar clause and that this did not prevent several educational institutions from agreeing to this licence.⁶¹

[160] Moreover, Access explained that the agencies granted by its members for digital copies do not authorize it to license any digital copying of its affiliates' works without the corresponding requirement to delete such digital files upon termination of the licence.⁶²

[161] This issue is more than a question of semantics in the wording of the tariff; it involves the issue – a fundamental one – of the agency relationship Access has with its members with regard to digital reproduction.

Access – Governments

[162] The issue of the digital copy deletion provision is not new. It arose for the first time in *Access – Governments*, rendered in 2015, after the foregoing questions had been posed to Access in these proceedings.

[163] In *Access – Governments* the proposed tariff included a digital copy deletion provision identical to the ones here. After the hearing, during discussions on the administrative provisions and the wording of the tariff, the Board asked for the parties' submissions on the issue of whether the tariff should contain such a clause. In this regard, objectors opposed the inclusion of such a clause in the tariff on the ground that this condition had no basis in law: reproductions made in accordance with a licence or tariff were duly authorized, and the fact that the licence or tariff has expired does not change the fact that these are lawful copies. In this context, nothing would prevent a user from keeping the lawfully made digital copies.

peuvent être diffusées, par exemple au moyen de plateformes numériques ou par courriel. Cette facilité de diffusion ne serait pas aussi préoccupante avec des copies papier. Access a également affirmé que la licence type de 2012 contenait une clause similaire, ce qui n'a jamais empêché les établissements d'enseignement de souscrire à cette licence.⁶¹

[160] De plus, Access a expliqué que les mandats accordés par ses membres relativement aux copies numériques ne l'autorisent pas à octroyer de licence à l'égard des copies numériques des œuvres de ses affiliés sans imposer l'exigence correspondante de supprimer ces fichiers numériques à l'expiration de la licence.⁶²

[161] Ce point n'est pas une simple question de sémantique dans le libellé du tarif; il concerne la question – fondamentale – de la relation de mandant et mandataire qu'Access a avec ses membres à l'égard de la reproduction numérique.

Décision Access – Gouvernements

[162] La question de la disposition de suppression des copies numériques n'est pas nouvelle. Elle a été soulevée pour la première fois dans la décision *Access – Gouvernements*, rendue en 2015, après que les questions susmentionnées eurent été posées à Access dans la présente instance.

[163] Dans la décision *Access – Gouvernements*, le projet de tarif prévoyait une disposition de suppression des copies numériques identique à celles qui nous occupent en l'espèce. Après l'audience, au cours des discussions sur les dispositions administratives et le libellé du tarif, la Commission a demandé aux parties de présenter des observations sur la question de savoir si le tarif devrait comporter une telle clause. À cet égard, les opposants se sont opposés à l'inclusion d'une telle clause dans le tarif au motif que cette condition n'avait aucun fondement en droit : les reproductions effectuées conformément à une licence ou à un tarif étaient dûment autorisées, et le fait que la licence ou le tarif avait expiré ne changeait rien

They submitted that the *Act* protects the reproduction right, not the right to keep or read a copy.⁶³

[164] As in these proceedings, the evidence showed that the reason Access had included this clause in its proposed tariff was that its affiliates, through Access' standard affiliation agreement, would not grant Access the right to authorize digital copies unless a clause requiring the destruction of this type of copy upon termination of the licence was included in the licence between Access and all users.

[165] The Board agreed with the objectors and determined that it could not include such a clause in the tariff. It then asked the parties for their input on the effect of not including the digital copy deletion provision in the tariff.

[166] The objectors submitted that since Access could not authorize digital copies of the works of its affiliates without the requirement to destroy these files upon termination of the licence, the non-inclusion of this provision in the tariff would exclude digital copies from the application of the tariff. It followed that the copies should not be considered in the calculation of the rate.⁶⁴ For its part, Access informed the Board that it had obtained authorization from its Board of Directors to grant licences for digital copies despite the absence of a deletion provision.⁶⁵

[167] The Board ruled as follows:

It is clear from this response that Access did not, at the time it filed the proposed tariffs, and still does not, have the authorization from all – or perhaps any – of its affiliates to license the making of digital copies without such a deletion requirement. Whether the Board of Directors has authorized Access to do something or not is not sufficient. Access' authority to license

au fait que celles-ci étaient des copies légales. Dans ce contexte, rien n'empêcherait un utilisateur de conserver les copies numériques effectuées légalement. Selon eux, la *Loi* protège le droit de reproduction, et non le droit de conserver ou de lire une copie.⁶³

[164] Comme dans le cas qui nous occupe, la preuve démontrait qu'Access avait inclus cette clause dans son projet de tarif parce que ses affiliés, par application de l'entente d'affiliation type d'Access, ne voulaient pas habiliter Access à autoriser la création de copies numériques à moins qu'une clause exigeant la destruction de ce type de copies à l'expiration de la licence soit incluse dans l'entente de licence conclue entre Access et tous ses utilisateurs.

[165] La Commission était d'accord avec les opposants et a conclu qu'elle ne pouvait inclure une telle clause dans le tarif. Elle a ensuite demandé aux parties de lui donner leur avis sur les conséquences de la décision de ne pas inclure la disposition de suppression des copies numériques dans le tarif.

[166] Selon les opposants, puisqu'Access ne pouvait pas autoriser la création de copies numériques des œuvres de ses affiliés en l'absence de l'exigence de détruire ces copies à l'expiration de la licence, la non-inclusion de cette disposition dans le tarif exclurait les copies numériques du champ d'application du tarif. Ainsi, il ne faudrait pas tenir compte des copies dans le calcul du taux.⁶⁴ Pour sa part, Access avait informé la Commission que son conseil d'administration l'avait autorisée à octroyer des licences à l'égard de copies numériques malgré l'absence de disposition de suppression.⁶⁵

[167] La Commission est parvenue à la conclusion suivante :

Selon cette réponse, il ne fait aucun doute qu'Access n'avait pas, en date du dépôt des projets de tarif et n'a toujours pas obtenu l'autorisation de l'ensemble de ses affiliés, voire même d'un seul, en vue de l'octroi de licences pour la création de copies numériques en l'absence d'une exigence relative à la suppression des fichiers. La

the copying if a work flows from a licence granted by the owner of copyright; where it does not have such a licence, it has no authority to license the use itself. Access' Board of Directors cannot grant to Access rights which owners of copyright did not themselves grant to it.⁶⁶

[168] The Board therefore excluded digital copies from the calculation of royalty compensation in *Access – Governments*; this represented a significant proportion of the copies captured by the volume study.

[169] Access applied to the Federal Court of Appeal for judicial review of that decision. However, it did not request a review of the Board's findings regarding the exclusion of digital copies.⁶⁷ The Court dismissed this application for judicial review in March 2018.⁶⁸

Action Taken by Access following Access – Governments

[170] Although Access continues to maintain that the digital copy deletion provision is a standard clause in the industry and should be included in the tariffs, it now advises that it is willing to have the Board remove this provision from the tariffs. It says that it now has the authority required to allow digital copies despite the lack of a digital copy deletion provision in its licences, thereby avoiding a result similar to that in *Access – Governments*, namely, the exclusion of digital copies from the tariffs.⁶⁹

[171] In this respect, Access was able to demonstrate that it had its members sign a waiver, retroactive to January 1, 2010, regarding the removal of digital copy deletion

question de savoir si le conseil d'administration a autorisé Access à faire quelque chose ou non ne suffit pas. Le pouvoir d'Access d'octroyer une licence pour la création d'une copie d'une œuvre découle d'une licence octroyée par le titulaire du droit d'auteur; lorsque Access n'a pas une telle licence, elle n'a pas le pouvoir d'accorder elle-même une telle licence. Le conseil d'administration d'Access ne peut pas accorder à Access des droits que les titulaires du droit d'auteur ne lui ont pas eux-mêmes octroyés.⁶⁶

[168] Dans la décision *Access – Gouvernements*, la Commission a donc exclu les copies numériques du calcul des redevances; ces copies représentaient une proportion importante des copies visées par l'enquête de volume.

[169] Access a demandé le contrôle judiciaire de cette décision devant la Cour d'appel fédérale. Toutefois, elle n'a pas demandé le contrôle de la conclusion de la Commission concernant l'exclusion des copies numériques.⁶⁷ La Cour d'appel a rejeté la demande de contrôle judiciaire en mars 2018.⁶⁸

Mesures prises par Access à la suite de la décision Access – Gouvernements

[170] Bien qu'Access continue de soutenir que la disposition de suppression des copies numériques est une clause type dans l'industrie et devrait être incluse dans les tarifs, elle affirme être maintenant disposée à ce que la Commission supprime cette disposition des tarifs. Elle soutient qu'elle a désormais le pouvoir nécessaire pour permettre la création de copies numériques malgré l'absence de disposition de suppression des copies numériques dans ses licences, ce qui évite une issue similaire à celle de la décision *Access – Gouvernements*, à savoir l'exclusion des copies numériques de ses tarifs.⁶⁹

[171] À cet égard, Access a pu démontrer qu'elle avait fait signer à ses membres une renonciation, rétroactive au 1^{er} janvier 2010, concernant le retrait de la disposition de

provision that was in its 2002 standard affiliation agreement,⁷⁰ or sign a new affiliation agreement in 2015 which did not include this condition. Thus, as of December 17, 2015, a few weeks before the hearing, close to 91 per cent of publishers with Access had signed the waiver and/or the new 2015 affiliation agreement⁷¹ which did not include the clause requiring Access' agreement to include the digital copy deletion provision in the licences entered into with users.⁷²

[172] What, then, is the scope of Access' agency with regard to digital copies? And what is the impact of the fact that approximately 10 per cent of publishers with Access did not sign either the waiver of the requirement to destroy copies or the new affiliation agreement that does not contain this condition?

[173] As regards the first question, considering the actions Access took, we are of the opinion that, contrary to the situation in *Access – Governments*, Access has agency to authorize digital copies with no conditions. As for the second question, this impact is reasonably insignificant. These figures date back to December 2015.⁷³ It is reasonable to believe that after 2015, Access' rights holders continued to migrate towards the new affiliation agreement such that it is likely Access has now obtained from all of its rights holders the rights that would allow it to grant licences without the digital copy deletion provision.⁷⁴

[174] For the reasons above, we conclude that the record supports Access' position. We hold that Access may legitimately authorize digital copies, with no conditions.

[175] Lastly, Access submits that insofar as the Board deems that there are gaps in the capacity of Access to authorize digital copies without conditions, section 30.02 of the *Act* would fill these gaps as of November 7, 2012, when it

suppression des copies numériques qui figurait dans son entente d'affiliation type de 2002,⁷⁰ ou une nouvelle entente d'affiliation en 2015 qui ne prévoyait pas cette condition. Ainsi, le 17 décembre 2015, quelques semaines avant l'audience, près de 91 pour cent des éditeurs affiliés à Access avaient signé la renonciation ou la nouvelle entente d'affiliation de 2015⁷¹ qui ne prévoyait pas la clause exigeant l'inclusion de la disposition de suppression des copies numériques dans les ententes de licence qu'Access avait conclues avec les utilisateurs.⁷²

[172] Quelle est donc la portée du mandat d'Access à l'égard des copies numériques? Et quelles conséquences peut avoir le fait qu'environ 10 pour cent des éditeurs affiliés à Access n'ont pas signé la renonciation à l'exigence de détruire les copies ou la nouvelle entente d'affiliation ne contenant pas cette exigence?

[173] En ce qui concerne la première question, compte tenu des mesures prises par Access, nous sommes d'avis que, contrairement à la situation observée dans la décision *Access – Gouvernements*, Access a le mandat d'autoriser la création de copies numériques sans condition. En ce qui concerne la deuxième question, ces conséquences sont raisonnablement négligeables. Ces chiffres datent de décembre 2015.⁷³ Il est raisonnable de croire qu'après 2015, les titulaires de droits d'Access ont continué de passer à la nouvelle entente d'affiliation, de sorte qu'Access a probablement obtenu de la part de tous ses titulaires de droits le droit qui lui permettrait d'octroyer des licences ne contenant pas la disposition de suppression des copies numériques.⁷⁴

[174] Pour les motifs qui précèdent, nous concluons que le dossier étaye la thèse d'Access. Nous estimons qu'Access peut légitimement autoriser la création de copies numériques, sans condition.

[175] Enfin, Access soutient que dans la mesure où la Commission estime que la capacité d'Access d'autoriser la création de copies numériques sans condition comporte des lacunes, l'article 30.02 de la *Loi* aura pallié ces

came into force. This section, which only affects educational institutions, provides that rights holders who have authorized Access to enter into agreements with educational institutions for paper copies are deemed to have also authorized Access to enter into agreements for digital copies.

[176] Access is correct when it states that even if there were a problem with its digital agency, this problem would have been resolved as of November 7, 2012.⁷⁵ In this instance, we have found that Access has the required authority to authorize digital copies with no conditions, however; section 30.02 therefore need not apply.

D. Consequences of the Absence of Educational Institutions

[177] The absence of institutional objectors and the associations representing the educational institutions, together with their re-emergence through the means of “comment” letters after the hearing and closing arguments, have affected these proceedings. These features of the proceedings raise issues with respect to the completion of the record, the Board’s role in the absence of any institutional objectors, and the weight to be given to the comment letters. Not surprisingly, they have contributed to the length of the proceedings as well.

[178] We address those issues now.

The Record and the Role of the Board in the Absence of Educational Institutions

[179] In Access’ submission, the Board’s role is to certify a fair and equitable tariff based on the evidence before it. The fact that a user subject to a proposed tariff has decided to withdraw its objection and not participate – and as such not file evidence – has no impact whatsoever on this role.⁷⁶

lacunes en date du 7 novembre 2012, à son entrée en vigueur. Cet article, qui ne concerne que les établissements d’enseignement, prévoit que les titulaires de droits qui ont autorisé Access à conclure une entente avec des établissements d’enseignement à l’égard de copies sur support papier sont réputés avoir également autorisé Access à conclure une entente à l’égard de copies numériques.

[176] Access affirme à juste titre que même si son mandat à l’égard des copies numériques posait problème, ce problème aurait été réglé en date du 7 novembre 2012.⁷⁵ En l’espèce, toutefois, nous avons conclu qu’Access a le pouvoir nécessaire pour autoriser la création de copies numériques sans condition; par conséquent, il est inutile d’appliquer l’article 30.02.

D. Conséquences de l’absence d’établissements d’enseignement

[177] L’absence d’opposants institutionnels et d’associations représentant les établissements d’enseignement et le fait qu’ils ont ressurgi au moyen des lettres d’observations après l’audience et les conclusions finales ont eu une incidence sur la présente instance. Ces particularités de l’instance soulèvent des questions concernant l’achèvement du dossier, le rôle de la Commission en l’absence de tout opposant institutionnel et le poids à accorder aux lettres d’observations. Comme on pouvait s’y attendre, elles ont également contribué à la durée de l’instance.

[178] Nous nous pencherons maintenant sur ces questions.

Dossier et rôle de la Commission en l’absence d’établissements d’enseignement

[179] Selon Access, le rôle de la Commission consiste à homologuer un tarif juste et équitable au vu de la preuve dont elle dispose. Le fait qu’un utilisateur assujéti à un projet de tarif a décidé de retirer son opposition et de ne pas participer – et, du coup, de ne pas présenter d’éléments de preuve – n’a aucune incidence sur ce rôle.⁷⁶

[180] Accordingly, Access says, the Board's role is to assess the evidence on the record in an impartial manner, bearing in mind the public interest, of course, but without trying to mitigate the consequences of the absence of a user who has decided not to take part in the proceedings. In other words, the educational institutions must take responsibility for having chosen not to participate. In the end, only Access filed any evidence. The Board must weigh this evidence, and its decision must be based on that evidence and it alone.

[181] While there are general aspects of Access' submission with which we agree, we would describe the role the Board must play in this case more accurately as follows.

[182] Since it acts as guardian of the public interest,⁷⁷ the Board may – and sometimes must – ask questions to ensure that it has a proper understanding of the issues in a case. It has broad powers to do so and can also take steps to complement a partially defective record.⁷⁸ The Board is not restricted to the parties' submissions and may, on its own initiative, seek out evidence, subject always to questions of procedural fairness.⁷⁹

[183] Whether or not there are any objectors, the Board's role on the whole remains the same. That role is to assess the evidence before it and to base its decision on that evidence. Should the Board render a decision that is not based on the evidence, but on unsupported speculation, its decision would be, as the Federal Court of Appeal noted in *Bell*, arbitrary and unreasonable.⁸⁰ Although the Board has broad powers, these powers nonetheless do not permit the Board to stand in for an absent party, nor do they give rise to “a duty on the part of the Board to create [a record].”⁸¹

[184] Here, the lack of participation by institutional objectors has left us without the

[180] Access affirme que, par conséquent, le rôle de la Commission consiste à évaluer la preuve au dossier d'une manière impartiale, tout en tenant compte de l'intérêt du public, bien entendu, mais sans tenter d'atténuer les conséquences de l'absence d'un utilisateur qui a décidé de ne pas prendre part à l'instance. Autrement dit, les établissements d'enseignement doivent assumer la responsabilité d'avoir choisi de ne pas participer. Au final, seule Access a déposé des éléments de preuve. La Commission doit apprécier ces éléments de preuve, et sa décision doit être fondée sur ces éléments de preuve, et eux seuls.

[181] Bien que nous souscrivions à certains aspects généraux des observations d'Access, nous décrivirions le rôle que la Commission doit jouer en l'espèce plus exactement comme suit.

[182] Puisqu'elle agit comme gardien de l'intérêt public,⁷⁷ la Commission peut – et doit parfois – poser des questions pour s'assurer de bien comprendre les questions en litige dans une affaire. Elle a de vastes pouvoirs pour ce faire et peut également prendre des mesures pour compléter un dossier incomplet.⁷⁸ La Commission n'est pas restreinte aux observations des parties et peut, de sa propre initiative, demander des éléments de preuve, toujours sous réserve des questions d'équité procédurale.⁷⁹

[183] Qu'il y ait des opposants ou pas, le rôle de la Commission dans l'ensemble demeure le même. Ce rôle consiste à évaluer la preuve dont elle dispose et de fonder sa décision sur cette preuve. Si la Commission rendait une décision qui ne reposait pas sur la preuve, mais sur des hypothèses non fondées, sa décision serait, comme la Cour d'appel fédérale l'a indiqué dans l'arrêt *Bell*, arbitraire et déraisonnable.⁸⁰ Bien que la Commission ait de vastes pouvoirs, ces pouvoirs ne lui permettent pas de remplacer une partie absente et n'entraînent pas non plus pour « la Commission l'obligation de créer un dossier ». ⁸¹

[184] En l'espèce, le fait que les établissements d'enseignement n'aient pas participé à

benefit of an opposing party's evidence, analysis and arguments to counterbalance those of Access and its evidence.⁸² Because we are required to approve a tariff that is fair and equitable,⁸³ and because we also considered the public interest, we were required to examine the record with utmost care, and even to ask questions to supplement it where appropriate. This we have done. However, that is where our role ends. From a procedural standpoint, Access should not have to bear a heavier burden than it normally would have, had the educational institutions decided to participate, nor should the Board have to assume the mantle of counsel for the educational institutions. In the end, it is the institutional users that chose not to take part.

V. ECONOMIC ANALYSIS

A. Introduction

[185] Access proposed that for universities, the Board certify a royalty rate of \$26 per FTE, based on the Model Licence it signed with AUCC,⁸⁴ for all the years covered by the two proposed tariffs, i.e., 2011 to 2017. Access described the Model Licence as a “reasonable proxy”.⁸⁵

[186] Similarly, it proposed that the rate of \$10 per FTE be certified for colleges for the same years, based on the Model Licence with ACCC.⁸⁶

[187] We use the term “target” for the price (or tariff) the Board is tasked with setting. We use the term “proxy” for the price in a market related to the target. A proxy is said to be good if the proxy is determined in a pseudo-competitive market⁸⁷ and the proxy market is “similar” to the target market.⁸⁸ To the extent that these two conditions are not met, the proxy may have to be adjusted to determine a fair and equitable target tariff. The more uncertain the adjustments necessary to determine a fair and

l'instance à titre d'opposants a fait en sorte que nous n'avons pas pu bénéficier des éléments de preuve, de l'analyse et des arguments d'une partie opposante pour contrebalancer ceux d'Access.⁸² Comme nous sommes tenus d'homologuer un tarif juste et équitable⁸³ et que nous avons aussi pris en considération l'intérêt public, nous devons examiner le dossier avec le plus grand soin, et même poser des questions pour le compléter au besoin. C'est ce que nous avons fait. Toutefois, c'est là que se termine notre rôle. D'un point de vue procédural, Access ne devrait pas s'acquitter d'un fardeau plus lourd que celui auquel elle aurait normalement dû satisfaire si les établissements d'enseignement avaient décidé de participer, et la Commission ne devrait pas non plus assumer le rôle des avocats pour les établissements d'enseignement. Au final, ce sont les établissements d'enseignement qui ont choisi de ne pas prendre part à l'instance.

V. ANALYSE ÉCONOMIQUE

A. Introduction

[185] Access a proposé que la Commission homologue un taux de redevances de 26 \$ par ETP pour les universités, d'après l'entente de licence type signée avec l'AUCC,⁸⁴ pour toutes les années visées par les deux projets de tarif, c.-à-d. de 2011 à 2017. Access a qualifié la licence type de [TRADUCTION] « point de référence raisonnable ».⁸⁵

[186] De même, Access a proposé que le taux de 10 \$ par ETP soit homologué pour les collèges pour les mêmes années, d'après l'entente de licence type signée avec l'ACCC.⁸⁶

[187] Nous utilisons le terme « cible » pour désigner le prix (ou tarif) que la Commission est chargée d'établir. Nous utilisons le terme « point de référence » pour désigner le prix dans un marché lié à la cible. Le point de référence est qualifié de bon s'il est déterminé dans un marché pseudo-concurrentiel⁸⁷ et que le marché de référence est « semblable » au marché cible.⁸⁸ Dans la mesure où ces deux conditions ne sont pas réunies, il faut peut-être rajuster le point de référence en vue d'établir un tarif cible

equitable tariff are, the less the proxy is usable. If the adjustments are subject to a great deal of uncertainty, the proxy may not be usable at all.

[188] For the reasons that follow, we conclude that the AUCC Model Licence and the ACCC Model Licence are “good” proxies for purposes of setting the respective tariffs for the years 2011 to 2014. In our view, they were entered into in a market that is sufficiently competitive and similar to the target market (with some slight adjustments) to qualify for that purpose. We do not treat the Model Licences as valid proxies for the years 2015 to 2017, however. Instead, based on a similar analysis, we adopt the Premium Licence for that purpose.

[189] For purposes of simplicity, we will focus for now only on the proposed tariffs for universities and deal with the tariff for colleges later in these reasons. The analysis is similar for each.

B. The Two Proposed Tariffs

[190] When it initially filed its proposed tariffs with the Board, Access proposed different rates for two periods: \$45 per FTE for 2011-2013 and \$35 per FTE for 2014-2017. When it filed its evidence, Access revised these rates to \$26 per FTE for both periods.

[191] On June 9, 2016, the Board posed a number of questions to Access,⁸⁹ including the following:

Explain why there has been a decrease in the rates sought by Access Copyright in the proposed tariff for 2014-2017 (\$35 for universities and \$25 for other educational institutions) as compared to the proposed tariff for 2011-2013 (\$45 for universities and \$35 for other educational institutions).

juste et équitable. Plus les rajustements nécessaires en vue d'établir un tarif juste et équitable sont incertains, moins le point de référence est utilisable. Si une grande incertitude entoure les rajustements, le point de référence peut être totalement inutilisable.

[188] Pour les motifs exposés ci-dessous, nous concluons que la licence type de l'AUCC et la licence type de l'ACCC sont de « bons » points de référence aux fins de l'établissement des tarifs respectifs pour les années 2011 à 2014. À notre avis, elles ont été accordées dans un marché suffisamment concurrentiel et semblable au marché cible (sous réserve de certains rajustements légers) pour être ainsi qualifiées. Toutefois, nous ne considérons pas les licences types comme des points de référence valides pour les années 2015 à 2017. En nous fondant sur une analyse similaire, nous adoptons plutôt la licence Premium à cette fin.

[189] Par souci de simplicité, nous examinerons pour le moment les projets de tarif visant les universités seulement et traiterons ceux visant les collèges plus loin dans les présents motifs. L'analyse est semblable dans les deux cas.

B. Les deux projets de tarif

[190] Au moment du dépôt initial de ses projets de tarif auprès de la Commission, Access proposait des taux différents pour deux périodes : 45 \$ par ETP de 2011 à 2013 et 35 \$ par ETP de 2014 à 2017. Lorsqu'Access a déposé sa preuve, ces taux avaient été révisés à 26 \$ par ETP pour les deux périodes.

[191] Le 9 juin 2016, la Commission a posé certaines questions à Access,⁸⁹ dont la suivante :

[TRADUCTION] Expliquez pourquoi les taux demandés par Access Copyright dans le projet de tarif de 2014-2017 (35 \$ pour les universités et 25 \$ pour les autres établissements d'enseignement) sont inférieurs à ceux demandés dans le projet de tarif de 2011-2013 (45 \$ pour les universités 35 \$ pour les autres établissements d'enseignement).

[192] On September 30, 2016, Access responded as follows:⁹⁰

Access Copyright filed its proposed tariff for 2014-2017 at the lower rate of \$35 for universities and \$25 for other educational institutions because by the time of filing in March 2013, it had negotiated new comprehensive licences with the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC, now Universities Canada) at a rate of \$26 per FTE and the Association of Canadian Community Colleges (ACCC, now CiCan) at a rate of \$10 per FTE. Prior to that time, there were no negotiated licences in place and thus no appropriate benchmarks for the proposed valuation. Accordingly, Access Copyright adjusted the proposed rates downward from the rates it proposed for the 2011-2013 tariff to more accurately reflect the going market rate at the time of filing.

As is typical of most tariff proposals, at the time of filing, Access Copyright's valuation expert had not yet assessed the value of the Proposed Tariffs. Once Mr. Heys had the information available to him, the rates sought by Access Copyright were adjusted downward to reflect his opinion.

[193] In effect, Access contends that the tariff should reflect the market rate. However, while it is appropriate for Access to reflect the market rate at the time of filing (namely, March 31 of the year prior to the commencement of the tariff), our task is to reflect (at least to some extent) the market rate evaluated using the information available to us at the time of the decision itself.

[194] As stated above, Access began offering its new licences towards the end of 2014. We find that this corresponds to the date when the market environment changed, with lower rates

[192] Le 30 septembre 2016, Access a répondu ainsi :⁹⁰

[TRANSLATION] Access Copyright a déposé son projet de tarif de 2014-2017 au taux inférieur de 35 \$ pour les universités et de 25 \$ pour les autres établissements d'enseignement parce qu'au moment du dépôt en mars 2013, elle avait négocié de nouvelles licences exhaustives avec l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC, aujourd'hui Universités Canada) au taux de 26 \$ par ETP, et avec l'Association des collèges communautaires du Canada (ACCC, aujourd'hui CiCan) au taux de 10 \$ par ETP. Auparavant, il n'y avait pas de licences négociées en place, et donc pas de point de référence approprié aux fins de l'évaluation proposée. Par conséquent, Access Copyright a rajusté les taux proposés à la baisse par rapport aux taux qu'elle proposait aux fins du tarif de 2011-2013 de manière à tenir compte plus justement du taux du marché au moment du dépôt.

Comme c'est généralement le cas de la plupart des projets de tarif, au moment du dépôt, l'expert en évaluation d'Access Copyright n'avait pas encore évalué la valeur des projets de tarif. Quand M. Heys a eu l'information en main, Access Copyright a rajusté à la baisse les taux qu'elle demandait en fonction de l'opinion de l'expert.

[193] En fait, Access affirme que le tarif devrait correspondre au taux du marché. Toutefois, s'il est approprié qu'Access tienne compte du taux du marché au moment du dépôt (à savoir le 31 mars de l'année précédant l'entrée en vigueur du tarif), notre tâche consiste à tenir compte (du moins dans une certaine mesure) du taux du marché en nous fondant sur l'information dont nous disposons au moment de la décision même.

[194] Comme nous l'avons vu ci-dessus, Access a commencé à offrir ses nouvelles licences vers la fin de 2014, ce qui correspond selon nous à la date à laquelle le contexte du marché a changé,

characterizing such market environment. Accordingly, we will set a rate for the years 2011 to 2014, and a different rate for the years 2015 to 2017.

C. Our Proxy for 2011-2014: AUCC's Model Licence

Similarity of the Proxy to the Target

[195] Access led evidence on the question of similarity, stating that:

The Benchmark Licences are arm's-length negotiated agreements for substantially the same rights as would be granted under the terms of the Proposed Tariff and apply to the 2011 to 2013 period covered by the Proposed Tariff. In particular, each of the Benchmark Licences and the Proposed Tariff:

- a) Provide the right to make paper and digital copies of excerpts of published works contained in the Repertoire;
- b) Place essentially the same restrictions on the permitted copying;
- c) Require that each institution collect certain information about the copying of "Course Collections" and contemplate that Access Copyright might gather bibliographic and volume information about copying through surveys of institutions; and
- d) Provide that institutions will pay annual royalties based on the number of FTEs.⁹¹

[196] The four points of similarity raised by Access are accurate. They are also important parts of the terms and conditions of the Model Licence and the proposed tariffs.⁹² This supports our choice of the Model Licence as a proxy.

des taux inférieurs caractérisant ce nouveau contexte. Par conséquent, nous établirons un taux pour les années 2011 à 2014 et un taux différent pour les années 2015 à 2017.

C. Notre point de référence pour 2011-2014 : la licence type de l'AUCC

Similarité du point de référence et de la cible

[195] Access a produit des éléments de preuve sur la question de la similarité :

[TRADUCTION] Les licences de référence sont des ententes négociées en toute indépendance portant essentiellement sur les mêmes droits que ceux qui seraient accordés aux termes du projet de tarif et s'appliquent à la période allant de 2011 à 2013 visée par le projet de tarif. Plus particulièrement, tant les licences de référence que le projet de tarif :

- a) confèrent le droit de faire des copies papier et numériques d'extraits d'œuvres publiées contenues dans le répertoire;
- b) imposent exactement les mêmes restrictions sur la reproduction permise;
- c) exigent que chaque établissement recueille certains renseignements sur la reproduction d'ensembles de cours et envisagent la possibilité qu'Access Copyright réalise une enquête par sondage auprès des établissements pour recueillir des renseignements bibliographiques et des données sur les volumes de copies produites;
- d) prévoient que les établissements verseront des redevances annuelles fondées sur le nombre d'ETP.⁹¹

[196] Les quatre points de similarité soulevés par Access sont exacts. Ce sont également des éléments importants des modalités de la licence type et des projets de tarif,⁹² ce qui appuie notre choix de la licence type à titre de point de référence.

[197] The greatest area of difference among these four points relates to the survey of institutions, but this difference is largely a matter of tone. While the Model Licence provides that the survey should minimize administrative burden and comply with privacy laws and policies of the licensees,⁹³ the proposed tariff provides that “[i]f an Educational Institution unreasonably refuses to participate in the survey or otherwise does not comply with this section, the licences in sections 3 and 10 will cease to be in effect.”⁹⁴ We do not find this difference significant.

[198] There is one further point of difference between the Model Licence and the proposed tariff. The Model Licence contains an indemnity clause (Clause 13). That clause is now irrelevant, given our findings above relating to non-affiliates and the scope of Access’ repertoire.

The Question of a Competitive Market

[199] To be a valid proxy for a target tariff, the comparator need not necessarily be reflective of a perfectly competitive market.

[200] On at least two occasions, the Board has considered the question of the relationship of its mandate – the setting of fair and equitable tariffs – to the act of setting tariffs that “mimic competitive markets”. It first set out its understanding of the relationship in a 1993 decision setting various SOCAN tariffs:

The Board regulates the balance of market power between copyright owners and users; this does not mean that the royalties must be set by recourse to a freely negotiated price in a non-competitive or even a competitive market. The Federal Court [*Performing Rights Organization of Canada Ltd v CBC* (1986), 64 N.R. 330 (FCA) at para 30] has already enunciated the principle that a “market price” is only one of several possible rational bases for setting a tariff.⁹⁵

[197] La grande différence parmi ces quatre points concerne le sondage auprès des établissements, mais cette différence tient largement au ton. Si la licence type prévoit que le sondage devrait réduire le plus possible le fardeau administratif et respecter les lois et les politiques sur la protection des renseignements personnels des titulaires de licence,⁹³ le projet de tarif prévoit que « si un établissement d’enseignement refuse de façon déraisonnable de participer au sondage ou ne respecte pas le présent article, les licences des articles 3 et 10 cesseront d’être en vigueur ». ⁹⁴ Nous estimons que cette différence n’est pas importante.

[198] Une autre différence est observée entre la licence type et le projet de tarif. La licence type contient une clause d’indemnité (clause 13). Cette clause n’est plus pertinente désormais, compte tenu de nos conclusions énoncées ci-dessus concernant les titulaires de droits non affiliés et l’étendue du répertoire d’Access.

La question du marché concurrentiel

[199] Pour constituer le point de référence valide d’un tarif cible, le comparateur ne doit pas nécessairement être révélateur d’un marché parfaitement concurrentiel.

[200] La Commission a déjà examiné au moins deux fois la question de la relation de son mandat – l’établissement de tarifs justes et équitables – avec l’acte d’établir des tarifs qui imitent les marchés concurrentiels. Elle a d’abord exposé comment elle voyait la relation dans une décision rendue en 1993 dans laquelle elle établissait différents tarifs de la SOCAN :

[La Commission] assure un certain équilibre dans les marchés entre les titulaires de droits et les usagers; cela ne veut pas dire qu’elle doive nécessairement établir les droits en fonction d’un prix librement négocié, que ce soit ou non dans un marché concurrentiel. La Cour d’appel fédérale [*Performing Rights Organization of Canada Ltd c CBC* (1986), 64 N.R. 330 (CAF) au para 30] a déjà établi le principe voulant que le « prix du marché » ne constitue qu’une base rationnelle parmi d’autres.⁹⁵

[201] More recently, the Board echoed its earlier understanding of its role, particularly in comparison to the role played by rate-setters in the United States:

American rates are subject to a detailed set of statutory instructions. They are intended to reflect competitive market outcomes and to account for the promotional value of air play. In Canada, the only overreaching requirement is that the rates be fair. *A market price is but one possible rationale for setting a tariff; the Board is not bound to set tariffs only on that basis.* Also, the Board has repeatedly refused to take into account the promotional value of air play.⁹⁶ [Emphasis added]

[202] In economic terms, it is nearly impossible for agreements between a collective society and a user to be competitive in the strict sense. Collective societies exercise a certain amount of market power. This implies they charge a price that exceeds the marginal cost of reproduction, in part to cover the fixed cost of creating the work in the first place.

[203] A theoretical, perfectly competitive market has many buyers and many sellers. In the case where a market is created by a collective society offering for sale on a take-it-or-leave-it basis a bundle of rights in regards of a repertoire of works, the market is not competitive. While prices from competitive markets are *prima facie* good proxies, the price in the non-competitive market created by the collective society could still constitute a good proxy if the take-up of the offer is reasonably high.

[204] In the case of the 2012 AUCC Model Licence, we have the following data. As of September 11, 2013, 35 institutions had signed

[201] Récemment, la Commission a répété comment elle voyait son rôle, plus particulièrement par comparaison avec le rôle que jouent ceux qui établissent les taux aux États-Unis :

Les taux aux États-Unis font l'objet d'une série d'instructions prévues par la loi. Elles visent à rendre compte des résultats du marché concurrentiel et à tenir compte de la valeur promotionnelle du temps d'antenne. Au Canada, la seule exigence fondamentale est que les taux doivent être équitables. *Le prix de marché n'est qu'un des fondements possibles que nous pouvons utiliser pour fixer un tarif. La Commission n'est pas tenue d'établir des tarifs sur ce seul fondement.* En outre, la Commission a refusé maintes fois de prendre en compte la valeur promotionnelle du temps d'antenne.⁹⁶ [Nos italiques]

[202] En termes économiques, il est presque impossible que des ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur soient concurrentielles dans un sens strict. Les sociétés de gestion exercent un certain pouvoir de marché. Ainsi, elles demandent un prix qui excède le coût marginal de reproduction, en partie pour couvrir le coût fixe de la création de l'œuvre au départ.

[203] Un marché théorique, parfaitement concurrentiel, comporte de nombreux acheteurs et de nombreux vendeurs. Lorsqu'un marché est créé par une société de gestion qui offre à vendre selon le principe « à prendre ou à laisser » un ensemble de droits à l'égard d'un répertoire d'œuvres, le marché n'est pas concurrentiel. Bien que les prix pratiqués dans les marchés concurrentiels soient à première vue de bons points de référence, le prix pratiqué dans le marché non concurrentiel créé par la société de gestion pourrait quand même constituer un bon point de référence si une demande raisonnablement élevée est exprimée en réponse à l'offre.

[204] Dans le cas de la licence type de l'AUCC de 2012, nous avons les données suivantes. Au 11 septembre 2013, 35 établissements avaient

the Model Licence, the Universities of Toronto and Western Ontario has signed almost identical licences,⁹⁷ and 20 institutions that were members of AUCC had not signed a licence.⁹⁸ As of November 2, 2015, 35 institutions were licensed, of which 24 were licensed under the Model Licence and 11 had converted to the new Premium Licence (discussed in greater detail below). The remaining 22 institutions were unlicensed.

[205] There is no obvious threshold for a monopolistic market with competitive features. In this case, about 60 per cent of the market was licensed during the tariff period. In addition, this licence continued throughout 2014. In our opinion, this is a market with enough competitive features to serve as a proxy.

[206] We conclude, therefore, that the Access Model Licences are a good proxy for the tariffs: the prices from those licences are thus a good proxy for the rates in the tariffs.

Another Consideration: the Copibec Licences

[207] The Board reviewed three agreements between Copibec and universities in Quebec. Broadly speaking, these agreements have the same rates and terms, and cover identical rights and repertoire.

[208] The Board has in the past used the word “comfort” to refer to a second piece of evidence that corroborates a primary model. Having reviewed the Copibec licences, we view them in that same fashion for purposes of these proceedings. While we do not utilize them as proxies themselves, they provide us with comfort for our conclusion that the Model Licences are good proxies.

[209] This observation applies both for the 2012 Model Licence (compared to the 2007-

signé l’entente de licence type, les universités de Toronto et de Western Ontario avaient signé des ententes de licence presque identiques,⁹⁷ et 20 établissements membres de l’AUCC n’avaient pas de licence.⁹⁸ Au 2 novembre 2015, 35 établissements avaient une licence; de ces établissements, 24 avaient une licence type et 11 avaient opté pour la nouvelle licence Premium (analysée en détail ci-dessous). Les 22 autres établissements n’avaient pas de licence.

[205] Aucun seuil évident ne s’applique à un marché monopolistique présentant des caractéristiques concurrentielles. Dans le présent cas, environ 60 pour cent du marché avait une licence durant la période visée par le tarif. De plus, cette licence a été maintenue tout au long de 2014. À notre avis, il s’agit d’un marché présentant suffisamment de caractéristiques concurrentielles pour servir de point de référence.

[206] Nous concluons donc que les licences types d’Access constituent un bon point de référence pour les tarifs : les prix prévus dans ces licences sont donc un bon point de référence pour les taux tarifaires.

Autre point à prendre en considération : les licences Copibec

[207] La Commission a examiné trois ententes conclues entre Copibec et des universités au Québec. De manière générale, ces ententes comportent les mêmes taux et les mêmes modalités, et portent sur un répertoire et des droits identiques.

[208] La Commission a déjà parlé de confort en faisant allusion à un deuxième élément de preuve qui corroborait un modèle primaire. Après examen des licences Copibec, nous les considérons de la même manière aux fins de la présente instance. Nous n’utiliserons pas ces licences elles-mêmes à titre de point de référence, mais elles nous confortent dans notre conclusion selon laquelle les licences types constituent de bons points de référence.

[209] Cette observation s’applique tant à la licence type de 2012 (par comparaison avec la

2012 Copibec licence) and the 2015 Premium Licence (compared to the 2014-2017 Copibec licence).

D. Our Proxy for 2015-2017: The Premium Licence

Market “Adjustment” vs. Market “Failure”

[210] Access submits that the \$15 rate in the Premium Licence does not represent a market rate. It believes this rate reflects instead a market failure.⁹⁹ It states that it was limited to offering licences at this rate because educational institutions had deemed, following *Alberta* and legislative changes in 2012, that they no longer needed a licence. As a result, the Board should certify the \$26 rate set out in the 2012 model licences for the entire duration of the tariff; unlike the \$15 rate, this \$26 rate would result from negotiations in a level-playing field.

[211] Contrary to Access’ submission, we are of the opinion that the \$15 rate, far from constituting a market failure, is an illustration of the way in which the market adjusted in favour of the expansion of the concept of fair dealing that came about in 2012 and the uncertainty accompanying that development.

[212] What Access describes as a market failure is in fact a drop in demand that corresponds to a change in the perception of the concept of fair dealing. Whether this perception is correct or not is not relevant to the concept of market failure. Additionally, the fact that universities had purchased this Premium Licence at different prices (\$12, \$15 and \$18) is an indication there is no market failure. If there were a true market failure, no user would have purchased this licence, whatever the price Access could have offered.

[213] Since fair dealing is a qualitative concept, it is not easy to quantify it. As the Supreme Court stated in *CCH*, citing Lord Denning, “it

licence Copibec de 2007-2012) qu’à la licence Premium de 2015 (par comparaison avec la licence Copibec de 2014-2017).

D. Notre point de référence pour 2015-2017 : la licence Premium

« Adaptation » du marché ou « défaillance » du marché

[210] Access soutient que le taux de 15 \$ prévu dans la licence Premium ne représente pas un taux du marché, mais traduit plutôt une défaillance du marché.⁹⁹ Elle déclare avoir été limitée à offrir des licences à ce taux parce que les établissements d’enseignement estimaient, après l’arrêt *Alberta* et les changements législatifs survenus en 2012, n’avoir désormais plus besoin de licence. Par conséquent, la Commission devrait homologuer le taux de 26 \$ fixé dans les licences types de 2012 pour toute la durée du tarif; contrairement au taux de 15 \$, ce taux de 26 \$ résulterait de négociations menées selon des règles du jeu équitables.

[211] En dépit des observations d’Access, nous sommes d’avis que le taux de 15 \$, loin de représenter une défaillance du marché, montre comment le marché s’est adapté en faveur de l’élargissement de la notion d’utilisation équitable en 2012 et illustre l’incertitude ayant accompagné cette évolution.

[212] Ce qu’Access décrit comme une défaillance du marché est en fait une baisse de la demande qui correspond à un changement de perception à l’égard de la notion d’utilisation équitable. La question de savoir si cette perception est juste ou non n’est pas pertinente pour le concept de défaillance du marché. En outre, le fait que les universités ont acheté cette licence Premium à différents prix (12 \$, 15 \$ et 18 \$) indique l’absence de défaillance du marché. En cas de réelle défaillance du marché, aucun utilisateur n’aurait acheté cette licence, peu importe le prix auquel Access l’aurait offerte.

[213] Étant donné qu’il s’agit d’une notion qualitative, l’utilisation équitable est difficile à quantifier. Comme la Cour suprême l’a dit dans

must be a matter of impression”.¹⁰⁰ It is for this reason that its interpretation is often contentious. Each new decision results in a new position for the parties and creates some uncertainty in the licensing market. This was seen in the preamble of the licences entered into between Access and the educational institutions we referenced above. It was also seen in *Access – Governments*, where Access explained that its relationship with the federal government had changed following *CCH* in 2004.¹⁰¹

[214] Put in place following the decisions in *Alberta* and *Bell*, the Premium Licence, itself, reflects this uncertain environment:

The parties have entered into this agreement to permit the reproduction by the Licensee of Repertoire Works at a time of uncertainty, disagreement and ongoing litigation about the scope and interpretation of the rights, obligations and exceptions, including fair dealing, under the *Copyright Act*. The parties acknowledge and agree that the Royalties payable under this agreement reflect this uncertainty and are not an admission of the actual value of the rights licensed or the volume of Repertoire Works Copied for any proceeding unrelated to a breach of this agreement.¹⁰²

[215] As to the question of how Access decided on \$15, Access explained that it was simply a rate it believed the institutions would accept in light of their interpretation of fair dealing and the instability of the market as a result of the 2012 changes. It felt that this rate was low enough that the institutions would enter into an agreement.¹⁰³ This corresponds exactly to the testing process offerors must go through in a market to find a new equilibrium price when there is an initial change in the demand.

l’arrêt *CCH*, citant Lord Denning, « c’est une affaire d’impression ». ¹⁰⁰ Voilà pourquoi cette interprétation est souvent controversée. Chaque nouvelle décision donne lieu à une nouvelle position pour les parties et crée de l’incertitude sur le marché des licences. Le préambule des ententes de licence conclues entre Access et les établissements d’enseignement dont nous avons fait état ci-dessus le montre bien, tout comme la décision *Access – Gouvernements*, où Access explique que sa relation avec le gouvernement fédéral avait changé après l’arrêt *CCH* rendu en 2004.¹⁰¹

[214] Mise en place après les arrêts *Alberta* et *Bell*, l’entente de licence Premium, en soi, témoigne de ce contexte incertain :

[TRADUCTION] Les parties ont conclu la présente entente afin de permettre au licencié de reproduire des œuvres du répertoire dans une période d’incertitude, de désaccord et de litiges continus concernant la portée et l’interprétation des droits, obligations et exceptions, dont l’utilisation équitable, au titre de la *Loi sur le droit d’auteur*. Les parties reconnaissent et conviennent que les redevances payables aux termes de la présente entente reflètent cette incertitude et ne constituent aucunement une admission de la valeur réelle des droits cédés sous licence ou du volume de copies d’œuvres du répertoire à l’égard de toute instance non liée à un manquement à la présente entente.¹⁰²

[215] Pour ce qui est de savoir comment elle était arrivée à un taux de 15 \$, Access explique qu’il s’agissait simplement d’un taux que, selon elle, les établissements accepteraient, à la lumière de leur interprétation de l’utilisation équitable et de l’instabilité du marché provoquée par les changements survenus en 2012. Elle croyait que ce taux était suffisamment bas pour inciter les établissements à conclure une entente.¹⁰³ Ce calcul correspond exactement au processus d’essai que les offerants doivent exécuter dans un marché pour trouver un nouveau prix d’équilibre lorsqu’un changement initial se produit dans la demande.

[216] When Access states that it was the educational institutions' interpretation of the concept of fair dealing that expanded,¹⁰⁴ it is therefore not entirely wrong. Indeed, the educational institutions interpreted the concept of fair dealing from *Alberta* and *Bell* in a certain way. They adopted a new policy regarding fair dealing;¹⁰⁵ they did not want to renew their licence with Access at the same rate as 2012. In response, Access offered the licences at a lower rate, as did Copibec.

[217] Our concern here is not to decide whether educational institutions went too far in their interpretations of the decisions. In any event, there is no evidence to explain how their policies are applied and implemented.¹⁰⁶ Although it is not germane for our purposes, we observe that in *York*,¹⁰⁷ the Federal court raised many concerns in this regard.

[218] We conclude that an analysis of the Guideline policies in the context of fair dealing is unnecessary here, because we agree with Access that the rates should be based on agreements entered into between Access and the educational institutions using the proxy approach. The proxy agreements themselves incorporate a discount for fair dealing and the existence of the Guidelines.

[219] This approach is consistent with that taken by the Board in *Access – K-12 (2010-2015)*. In that proceeding, the opponents had presented two approaches to determine the applicable rates. The first was based on the guidelines adopted by the educational institutions, and the second, on the volume of compensable copies. Upon judicial review of this decision, both parties were critical of the Board for not having provided any detailed comments on their evidence relating to the Guidelines. However, the Federal Court of Appeal¹⁰⁸ determined that the Board, having given greater weight to the evidence on the volume of copies, was not required to rule on

[216] Access n'a donc pas entièrement tort d'affirmer que c'est l'interprétation faite par les universités de la notion d'utilisation équitable qui s'est élargie.¹⁰⁴ En effet, les établissements d'enseignement ont interprété la notion d'utilisation équitable d'une certaine façon à la suite des arrêts *Alberta* et *Bell*. Ils ont adopté une nouvelle politique concernant l'utilisation équitable,¹⁰⁵ et ne voulaient pas renouveler leur licence avec Access au même taux qu'en 2012. Access a réagi en offrant les licences à un taux inférieur, à l'instar de Copibec.

[217] Nous n'avons pas ici à décider si les établissements d'enseignement ont poussé trop loin leurs interprétations des arrêts. Quoi qu'il en soit, aucun élément de preuve n'explique comment leurs politiques sont appliquées et mises en œuvre.¹⁰⁶ Bien que ce ne soit pas pertinent pour les besoins de l'espèce, nous remarquons que la Cour fédérale a soulevé bon nombre de préoccupations à cet égard dans la décision *York*.¹⁰⁷

[218] Nous concluons qu'il est inutile de procéder ici à une analyse des politiques exposées sous forme de lignes directrices dans le contexte de l'utilisation équitable, car nous convenons avec Access que les taux devraient être fondés sur les ententes conclues entre Access et les établissements d'enseignement au moyen de la méthode du point de référence. Les ententes de référence contiennent elles-mêmes un rabais tenant compte de l'utilisation équitable et de l'existence des lignes directrices.

[219] Cette approche concorde avec celle que la Commission a suivie dans la décision *Access – K-12 (2010-2015)*. Dans cette affaire, les opposants avaient présenté deux méthodes permettant d'établir les taux applicables. La première reposait sur les lignes directrices adoptées par les établissements d'enseignement et la deuxième, sur le volume de copies donnant droit à rémunération. Lors du contrôle judiciaire de cette décision, les deux parties ont critiqué la Commission pour avoir omis de fournir des commentaires détaillés sur leurs éléments de preuve concernant les lignes directrices. La Cour d'appel fédérale¹⁰⁸ a toutefois déterminé que la Commission, ayant accordé plus de poids

the validity of the guidelines adopted by the elementary and secondary schools. In the present proceedings, there is even greater reason for dispensing with the analysis of these policies, in our view, because no evidence on this issue was presented by the educational institutions.

[220] Far from showing a market failure, what the developments we have just described actually indicate, in our view, is that the market has adapted.

[221] In submitting why the Premium Licence rate should not be considered a valid baseline for the value of licences Access offered in 2015, Access argued that:

[...] [T]he December 2014 Licence Offers do not reflect [...] a fair and reasonably royalty for the 2014 Tariff because they were made solely as a consequence of the failure of the market, in which copying without a licence was unilaterally determined by the educational sector to be a viable preferred alternative to copying with a licence.¹⁰⁹ [Emphasis added]

[222] For this reason, Access says that it was forced to offer very low rates, which are not market rates, because the institutions had deemed that a licence was no longer necessary.¹¹⁰ However, the facts do not support this finding. While close to two thirds of universities had signed the 2012 Model Licence at the rate of \$26, another 23 per cent signed the Premium Licence, or 11 universities out of 57, representing 8 per cent of students.¹¹¹ Excluding the 20 universities that would not sign a licence at any price, the acceptance rate is around 30 per cent, or 11 universities out of 37. Yes, there was a reduction in the acceptance rate, but it was not reduced to zero. It is therefore incorrect to state that all the institutions had decided that they no longer needed a licence. To repeat, this

aux éléments de preuve concernant le volume de copies, n'était pas tenue de se prononcer sur la validité des lignes directrices adoptées par les écoles élémentaires et secondaires. Dans la présente instance, nous sommes à plus forte raison dispensés de procéder à l'analyse de ces politiques, à notre avis, parce que les établissements d'enseignement n'ont présenté aucun élément de preuve sur cette question.

[220] Selon nous, loin d'illustrer une défaillance du marché, l'évolution que nous venons de décrire indique en réalité que le marché s'est adapté.

[221] En expliquant pourquoi le taux de la licence Premium ne devrait pas être considéré comme une base de référence valable pour la valeur des licences qu'elle offrait en 2015, Access a fait valoir que :

[TRADUCTION] [...] [L]es offres de licence de décembre 2014 ne représentent pas une redevance juste et raisonnable pour le tarif de 2014 parce qu'elles ont été faites uniquement en conséquence de la défaillance du marché, où le milieu de l'éducation a unilatéralement déterminé que la reproduction sans licence était la solution de rechange viable préconisée à la reproduction avec licence.¹⁰⁹ [Notre surlignement]

[222] Pour cette raison, Access affirme avoir été forcée d'offrir de très faibles taux, qui ne constituent pas des taux du marché, parce que les établissements avaient jugé qu'une licence n'était désormais plus nécessaire.¹¹⁰ Toutefois, les faits n'appuient pas cette conclusion. Si près des deux tiers des universités avaient signé l'entente de licence type de 2012 au taux de 26 \$, 23 pour cent avaient signé l'entente de licence Premium, soit 11 universités sur 57, qui représentaient 8 pour cent des étudiants.¹¹¹ Exception faite des universités qui n'auraient pas signé d'entente de licence, peu importe le prix, le taux d'acceptation est d'environ 30 pour cent, soit 11 universités sur 37. Certes, le taux d'acceptation a baissé, mais pas jusqu'à zéro. Il est donc inexact d'affirmer que tous les établissements avaient décidé qu'ils n'avaient

demonstrates a market adjustment rather than a market failure, in our opinion.

désormais plus besoin de licence. Cette situation démontre, répétons-le, une adaptation du marché plutôt qu’une défaillance du marché, à notre avis.

[223] We turn, then, to our analysis of the Premium Licences as a valid proxy.

[223] Nous procédons alors à notre analyse des licences Premium à titre de point de référence valide.

The Premium Licence Offering

Offre de licence Premium

Preliminary Considerations

Considérations préliminaires

[224] In December 2014, Access offered two families of licences to its university customers (and prospective customers) to replace the 2012 Model Licence – Premium and Choice.¹¹² We focus our analysis on the Premium Licence, primarily for two reasons. First, the Premium Licence is expressed as a per-FTE price without a per-page supplement, just like the proposed tariffs. Second, as explained by Ms. Levy, the Choice Licence required institutions to have a centralized copyright management system that could track, report, and collect payment for use of the licence.¹¹³

[224] En décembre 2014, Access a offert deux familles de licence à ses clients des universités (et à des clients potentiels) pour remplacer la licence type de 2012 – les licences Premium et Choice.¹¹² Nous axerons notre analyse sur la licence Premium, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, la licence Premium est assortie d’un prix par ETP sans supplément par page, tout comme les projets de tarif. Deuxièmement, dans le cas de la licence Choice, les établissements doivent avoir un système centralisé de gestion des droits d’auteur qui peut suivre l’utilisation de la licence, en faire rapport et percevoir le paiement, comme l’a expliqué M^{me} Levy.¹¹³

[225] Table 2 shows the features of the Premium Licence, as presented in Access’ marketing material.¹¹⁴

[225] Le tableau 2 montre les caractéristiques de la licence Premium, présentées dans les documents promotionnels d’Access.¹¹⁴

Table 2: Features of the Premium Licence

Item	Information
Agreement Type	Comprehensive agreement with a flat fee per student (FTE) providing institution-wide coverage for paper and digital copying
One Year Price	\$18/FTE
Three Year Price	\$15/FTE
Five Year Price	\$12/FTE
Pay Per Use	Copying 20% to 25% of a work, \$0.12 per page
Coverage	Up to 20% of a work, and 20% to 25% on a pay-per-use basis
Reporting	Logging of all course pack uses and any use from 20% to 25% of a work
Indemnity	Paper and digital copying within licence limits

Tableau 2 : Caractéristiques de la licence Premium

Élément	Information
Type d'entente	Entente exhaustive assortie de redevances fixes par étudiant (ETP) couvrant les copies papier et numériques effectuées dans l'ensemble de l'établissement
Prix pour un an	18 \$/ETP
Prix pour trois ans	15 \$/ETP
Prix pour cinq ans	12 \$/ETP
Taux à l'utilisation	Copies représentant de 20 % à 25 % d'une œuvre, 0,12 \$ la page
Couverture	Copies représentant jusqu'à 20 % d'une œuvre; taux à l'utilisation applicable aux copies représentant de 20 % à 25 % d'une œuvre
Rapports	Enregistrement de toutes les copies effectuées aux fins de recueils de cours et de toutes les copies représentant de 20 % à 25 % d'une œuvre
Indemnité	Copies papier et numériques dans les limites prévues par la licence

[226] To simplify our analysis, we focus on the three-year licence, priced at \$15/FTE, ignoring both the longer and shorter licences, as well as the per-page costs for exceeding 20 per cent of a work. We do so because the \$15 licence is the median-priced licence. It is also the (unweighted) average-priced licence and very close to the weighted, average-priced licence, equal to \$15.54.

[226] Pour simplifier notre analyse, nous nous penchons sur la licence de trois ans, dont le taux est de 15 \$ par ETP, et ignorons les licences de durée plus courte et plus longue, de même que le prix par page pour les copies représentant plus de 20 pour cent d'une œuvre. Nous procédons ainsi parce que la licence à 15 \$ est la licence à prix médian. C'est également la licence à prix moyen (non pondéré), lequel se situe tout près du prix moyen pondéré, égal à 15,54 \$.

[227] In conducting our analysis, we have taken into account several features of the Premium Licence.

[227] Dans notre analyse, nous avons tenu compte de plusieurs caractéristiques de la licence Premium.

[228] First, the Premium Licence contains a provision for a marginal cost rate of \$0.12 per page when exceeding the copying limits. The tariff proposed by Access does not contain a marginal cost component. This is true both of the tariff originally proposed by Access for 2014-2017, at \$35/FTE, and the revised proposal, at \$26/FTE. As explained by Access, copying beyond the limits of the licence was always subject to a transactional licence with a marginal cost. The only difference for the Premium Licence is that the magnitude of such marginal cost was made explicit for copies that exceeded the licence limits by a fixed amount.¹¹⁵

[228] Premièrement, la licence Premium prévoit un coût marginal au taux de 0,12 \$ la page pour les copies excédant la limite. Le tarif proposé par Access ne contient pas de composante de coût marginal. Cette observation vaut tant pour le tarif proposé au départ par Access pour 2014-2017, à 35 \$ par ETP, que pour le tarif révisé, à 26 \$ par ETP. Comme Access l'a expliqué, les copies effectuées au-delà de la limite de la licence ont toujours été visées par une licence transactionnelle avec un coût marginal. En ce qui concerne la licence Premium, la seule différence est que l'importance de ce coût marginal est rendue explicite, sous forme d'un montant fixe, pour les copies qui excèdent la limite de la licence.¹¹⁵

[229] Second, the price per FTE is to be increased according to "all-items" inflation,

[229] Deuxièmement, le prix par ETP doit être majoré en fonction de l'indice d'ensemble des

beginning on September 1, 2017.¹¹⁶ This is not relevant here, since the Board typically sets royalties for the January to December year.

[230] Third, the Premium Licence includes reporting requirements identical to those in the 2012 Model Licence plus one additional reporting requirement: the course code and the name of the instructor associated with whom the course pack copying is being made.¹¹⁷ This is not relevant here, since this additional reporting requirement does not add additional value to the licence for Access or add any material additional cost to complying with the licence.

[231] Fourth, it may be argued that extending the copying limit to 20 per cent of a work has a considerable amount of value to the licensee and we should account for this in some way. In general, we agree. Whenever a licence is used as a proxy for a tariff, the terms of the proxy need to be compared to those of the tariff. Where they differ in a material way, the Board has two options. It can make modification to the proxy to account for differences between the proxy and the tariff. Or it can reject the proxy altogether. We adopt the first option here.

[232] Since the additional copying limit has value, there are again two possible approaches. We could modify the copying limits in the final tariff to match those in the proxy and keep the proxy price in the tariff. Or, we could adjust the proxy price to reflect the differences between the proxy and the tariff and keep the copying limits as in the proposed tariff. We prefer the former approach for the following reasons.

prix à la consommation à compter du 1^{er} septembre 2017.¹¹⁶ Cette caractéristique n'est pas pertinente ici, car la Commission établit généralement les redevances pour l'année allant de janvier à décembre.

[230] Troisièmement, la licence Premium comprend des exigences en matière de rapports identiques à celles contenues dans la licence type de 2012 et une exigence additionnelle : le code du cours et le nom du formateur pour qui les copies aux fins des recueils de cours sont faites.¹¹⁷ Ces renseignements ne sont pas pertinents en l'espèce, car cette exigence additionnelle en matière de rapports n'ajoute pas de valeur à la licence pour Access ni ne représente un coût supplémentaire important lorsqu'il s'agit de respecter les modalités de la licence.

[231] Quatrièmement, il peut être soutenu que le fait de repousser la limite de reproduction permise à 20 pour cent d'une œuvre représente une valeur considérable pour le licencié, et que nous devons en tenir compte d'une quelconque façon. En général, nous en convenons. Lorsqu'une licence sert de point de référence pour l'établissement d'un tarif, les modalités du point de référence doivent être comparées à celles du tarif. Lorsque les modalités présentent des différences non négligeables, la Commission a deux possibilités. Elle peut apporter des modifications au point de référence pour tenir compte des différences entre le point de référence et le tarif, ou rejeter le point de référence. Dans le présent cas, nous adoptons la première possibilité.

[232] Étant donné que l'extension de la limite de reproduction permise a de la valeur, deux approches sont encore possibles. Nous pourrions modifier la limite de reproduction permise dans le tarif final pour qu'elle corresponde à celle prévue dans la licence de référence et reprendre aux fins du tarif le prix établi dans cette licence de référence. Ou alors, nous pourrions rajuster le prix établi dans la licence de référence pour tenir compte des différences entre la licence de référence et le tarif, et garder la limite de reproduction permise

[233] First, the copying limits are precise – 10 per cent in the proposed tariff and 20 per cent in the Premium Licence. Any change to the price would involve a complicated calculation that necessarily introduces imprecision to the mapping between the proxy and the tariff. The first step for the calculation is to select a data set. There are several such data sets available, including course pack copying or digital copying (or both), covering different periods. All of these data sets suffer from one major flaw – they do not contain information on the number of pages in the books copied. Since that information is not easily obtained through automatic means, manual entry of the data requires selecting a sampling strategy. All of these choices introduce imprecision into the tariff.

[234] Second, preliminary and rough calculations, applied with common-sense assumptions suggest that a price adjustment would likely be small. The amount of effort that would need to be expended to get a more precise calculation might not be justified, given that the ultimate adjustment would not likely alter the royalties collected by a significant amount.

[235] The issue of the limits raises, as a collateral matter, one additional issue – the question of the years of the tariff. We dealt with that question separately earlier.

The Question of Valuation Date

[236] Mr. Heys testified in his Report, and orally, that the Premium and Choice licences were unsuitable as proxies because they were entered into after the beginning of the proposed tariff period – January 1, 2014 – and therefore did not provide an appropriate indicator of FMV royalty rates for the proposed periods.¹¹⁸

prévue dans le projet de tarif. Nous préférons la première approche pour les raisons suivantes.

[233] Tout d'abord, les limites de reproduction permise sont précises – 10 pour cent dans le projet de tarif et 20 pour cent dans la licence Premium. Tout changement de prix exigerait un calcul compliqué qui introduirait nécessairement de l'imprécision dans la mise en correspondance du point de référence et du tarif. La première étape du calcul consiste à sélectionner un ensemble de données. Plusieurs ensembles de données sont disponibles, notamment les données sur les copies effectuées aux fins des recueils de cours ou sur les copies numériques (ou les deux), visant différentes périodes. Tous ces ensembles de données comportent une importante lacune – ils ne contiennent pas d'information sur le nombre de pages de l'ouvrage copié. Comme cette information ne s'obtient pas facilement par des moyens électroniques, l'entrée manuelle des données requiert la sélection d'une stratégie d'échantillonnage. Tous ces choix amènent de l'imprécision dans le tarif.

[234] Ensuite, les calculs approximatifs et préliminaires, appliqués sur la base d'hypothèses relevant du bon sens, donnent à penser que le rajustement de prix serait vraisemblablement petit. L'effort qu'il faudrait déployer pour obtenir un calcul plus précis pourrait ne pas se justifier, étant donné que le rajustement final ne modifierait probablement pas beaucoup le montant des redevances perçues.

[235] La question des limites soulève, à titre accessoire, une autre question – celles des années d'application du tarif. Nous avons déjà traité cette question séparément.

La question de la date d'évaluation

[236] M. Heys a témoigné, dans son rapport et de vive voix, que les licences Premium et Choice ne convenaient pas à titre de point de référence parce qu'elles étaient entrées en vigueur après le début de la période visée par le projet de tarif – le 1^{er} janvier 2014 – et ne constituaient donc pas un indicateur approprié

While we agree that FMV is defined in relation to a valuation date, we do not agree that the first day of the term of the proposed tariff is necessarily the applicable valuation date. Accordingly, we do not accept Mr. Heys' approach in this respect.

[237] It is not self-evident that the valuation date for a tariff from January 1, 2014, need be the beginning date of that tariff. From an economic perspective, other possibilities include January 1, 2016 (the midpoint of the tariff period), December 31, 2017 (the endpoint of the tariff period), or even January 18, 2016 (the start of the oral hearing). Indeed, on at least one prior occasion, the Board has adopted a valuation date that did not correspond to the beginning of the proposed tariff period, choosing instead the midpoint of the tariff.¹¹⁹

[238] Accordingly, we do not view the fact that the Premium Licence was entered into after the beginning of the proposed tariff proceeding to be an impediment to its usefulness as a proxy.

The Number of Signatory Institutions is Representative

[239] In his final report, Mr. Heys gave evidence about the number of institutions that signed various licence offerings.¹²⁰ There are 57 AUCC member institutions. Of these institutions, 35 signed the 2012 model licence. By October 19, 2015, 11 institutions had transitioned to the Premium Licences and 24 remained under the 2012 model licence that expired December 31, 2015.

[240] We do not have evidence about what happened between October 19 and December 31 of 2015; there are several possibilities. Some of the 24 institutions may also have transitioned to the Premium Licence. Given the narrative as to what has happened in the market in response to the evolving fair dealing landscape, we think it more likely, however, that most, if not all of

des taux de redevances selon la juste valeur marchande (JVM) pour les périodes proposées.¹¹⁸ Nous reconnaissons que la JVM est définie en fonction d'une date d'évaluation, mais nous ne sommes pas d'accord pour dire que le premier jour de la durée du projet de tarif est nécessairement la date d'évaluation applicable. Par conséquent, nous ne retenons pas l'approche de M. Heys à cet égard.

[237] Ce n'est pas évident en soi que la date d'évaluation aux fins d'un tarif applicable à compter du 1^{er} janvier 2014 doit être la date de début de ce tarif. D'un point de vue économique, les autres possibilités comprennent le 1^{er} janvier 2016 (le point milieu de la période visée par le tarif), le 31 décembre 2017 (la fin de la période visée par le tarif) ou même le 18 janvier 2016 (la date de début de l'audience). En fait, la Commission a déjà adopté au moins une fois une date d'évaluation qui ne correspondait pas au début de la période visée par le projet de tarif et choisi plutôt le point milieu de cette période.¹¹⁹

[238] Ainsi, à notre avis, le fait que la licence Premium est entrée en vigueur après le début de l'audience portant sur le projet de tarif ne l'empêche pas de servir de point de référence.

Caractère représentatif du nombre d'établissements signataires

[239] Dans son rapport final, M. Heys a parlé du nombre d'établissements qui avaient signé les diverses ententes de licence offertes.¹²⁰ L'AUCC compte 57 établissements membres. De ce nombre, 35 avaient signé l'entente de licence type de 2012. Au 19 octobre 2015, 11 établissements étaient passés à la licence Premium et 24 avaient conservé la licence type de 2012 qui expirait le 31 décembre 2015.

[240] Nous ignorons ce qui s'est produit entre le 19 octobre et le 31 décembre 2015; plusieurs possibilités existent. Certains des 24 établissements se sont peut-être également tournés vers la licence Premium. Étant donné l'exposé des faits indiquant ce qui s'était produit sur le marché en réponse à l'évolution du cadre de l'utilisation équitable, nous

them allowed their licence to expire. Measuring the take-up of the Premium Licence requires having a view about a certain group of 20 institutions. These institutions did not pay under the interim tariff and did not sign an AUCC Model Licence. Their public statements suggest that they were not willing to be licensed by Access at any price. In our view, it is a reasonable inference that these institutions “left the market”. Accordingly, we treat the Access-AUCC market as consisting of 37 institutions, not 57. Given this analysis and the evidence in the preceding paragraph, we proceed on the basis that there are 11 licensed institutions out of 37 (or just under 30 per cent).

[241] We observed above that a market in which 60 per cent of potential participants purchase the licence at a given price is functioning well and the given price is a market price. In the case of the Premium Licence, there are about 30 per cent of potential participants purchasing the licence at the given price.¹²¹ We are satisfied, in the circumstances here, that this, too, is reflective of a functioning market and market price.

[242] Mr. Heys explained that “Whether or not a majority of the institutions have signed the model licence is not relevant to FMV.”¹²² We agree.

[243] The relevant question is whether or not the signatories to the Premium Licence are representative. These 11 institutions come from five provinces, so they can reasonably be said to be geographically representative. They are relatively small institutions, with an average enrollment of about 4,000 FTEs.¹²³ In this respect, these institutions are not representative.

[244] However, we are less concerned with size-representativeness than we might be in

estimons plus probable, toutefois, que la plupart de ces établissements, voire la totalité, ont laissé leur licence arriver à échéance. Pour mesurer le taux d’adoption de la licence Premium, il faut se faire une idée d’un certain groupe de 20 établissements, qui ne versaient pas de redevances aux termes du tarif provisoire et qui n’avaient pas signé l’entente de licence type de l’AUCC. Leurs déclarations publiques donnent à penser que ces établissements n’étaient pas disposés à obtenir une licence d’Access, peu importe le prix. À notre avis, il est raisonnable de conclure que ces établissements ont quitté le marché. Par conséquent, nous considérons que le marché Access-AUCC comporte 37 établissements, et non 57. D’après cette analyse et les éléments de preuve mentionnés au paragraphe précédent, nous tenons pour acquis que 11 établissements sur 37 (soit un peu moins de 30 pour cent) ont opté pour la licence Premium.

[241] Nous avons mentionné ci-dessus qu’un marché où 60 pour cent des participants potentiels achètent la licence à un prix donné fonctionne bien, et le prix donné est un prix du marché. Pour ce qui est de la licence Premium, environ 30 pour cent des participants potentiels ont acheté la licence au prix donné.¹²¹ Nous sommes convaincus, dans les circonstances de l’espèce, que ce résultat exprime aussi un marché qui fonctionne et un prix du marché.

[242] M. Heys a expliqué que la question de savoir si une majorité des établissements avaient signé l’entente de licence type ou non n’était pas pertinente aux fins de la JVM.¹²² Nous sommes d’accord.

[243] La question pertinente consiste à savoir si les signataires de l’entente de licence Premium sont représentatifs. Ces 11 établissements viennent de cinq provinces, de sorte qu’il est raisonnable de dire qu’ils sont géographiquement représentatifs. Ce sont des établissements relativement petits, qui comptent en moyenne 4 000 ETP inscrits.¹²³ À cet égard, ces établissements ne sont pas représentatifs.

[244] Toutefois, le caractère représentatif de la taille est moins préoccupant en l’espèce qu’il

other tariffs. Because the proposed tariff is structured as a payment per FTE, there is a natural scaling process. It may be argued that larger institutions are better able to structure their licences to avoid obtaining a licence through Access; if this is the case, these institutions would opt out of any licence offered by Access or tariff approved by the Board.

[245] We are satisfied that these 11 licensees are representative in the sense ascribed to that term by Mr. Heys.

E. The Volume-times-Value Methodology

[246] The Board has used the volume-times-value (VtV) methodology in decisions involving Access in the past. However, we are not inclined to do so in this proceeding.

[247] In *Access – Governments*, the Board described that methodology as follows:

[T]he Board established the royalty rates per FTE on the basis of the volume of compensable copies of published works, multiplied by the estimated per-page value of each genre of copied works, divided by the total number of FTE students.¹²⁴

[248] Neither Access nor Mr. Maguire asked the Board to adopt the VtV methodology. Access had requested its expert, Mr. Heys, to provide a calculation based upon it, and he did so, although he himself expressed reservations about the “substantial limitations” in the data upon which the volume estimates were based.¹²⁵

[249] Given the Board’s use of the VtV methodology in previous decisions, and Mr. Heys’ contribution on the record, we nonetheless considered this option but are not inclined to adopt it in these proceedings.

pourrait l’être dans le contexte d’autres tarifs. Comme le projet de tarif est structuré sous forme de paiement par ETP, un processus naturel de mise à l’échelle s’opère. Il est possible de soutenir que les grands établissements sont mieux en mesure de structurer leurs licences de manière à éviter d’en obtenir une en passant par Access; si tel est le cas, ces établissements renonceraient à obtenir toute licence offerte par Access ou se soustrairaient à tout tarif homologué par la Commission.

[245] Nous sommes convaincus que ces 11 licenciés sont représentatifs au sens attribué à ce terme par M. Heys.

E. Méthode du volume multiplié par la valeur

[246] La Commission a utilisé la méthodologie du volume multiplié par la valeur (VmV) dans des décisions impliquant Access dans le passé. Cependant, nous ne sommes pas enclins à le faire dans la présente instance.

[247] Dans la décision *Access – Gouvernements*, la Commission a décrit cette méthodologie en ces termes :

[L]a Commission a établi les taux par ETP en fonction du volume de copies d’œuvres publiées donnant droit à rémunération multiplié par la valeur estimative d’une page de chaque genre d’œuvre copiée, divisé par le nombre total d’élèves ETP.¹²⁴

[248] Ni Access ni M. Maguire n’ont demandé à la Commission d’adopter la méthodologie VmV. Access avait demandé à son expert, M. Heys, de fournir un calcul basé sur celle-ci, ce qu’il a fait, bien qu’il ait lui-même exprimé des réserves quant aux « limites substantielles » des données sur lesquelles reposaient les estimations de volume.¹²⁵

[249] Étant donné que la Commission a eu recours à la méthodologie du VmV dans ses décisions précédentes et la contribution de M. Heys dans le dossier, nous l’avons

néanmoins considérée mais nous ne sommes pas enclins à l'adopter dans la présente instance.

[250] We agree with Mr. Heys' reservations about the limitations in the relevant data. In addition, we have our own reservations respecting several questionable assumptions made by him in calculating the royalties for universities, ranging from \$133.18 to \$146.23 per FTE per annum.

[250] Nous sommes d'accord avec les réserves exprimées par M. Heys en ce qui a trait aux limites des données pertinentes. De plus, nous avons nos propres réserves sur plusieurs des hypothèses qui nous paraissent contestables lorsqu'il fait le calcul des redevances pour les universités, variant de 133,18 \$ à 146,23 \$ par ETP par année.

[251] First, he assumes that per-page pricing by genre of work copied can be transposed from K-12 schools to post-secondary institutions, without adjustment. Second, the data he uses for the volume portion of the calculation imply that copying at colleges exceeds that at universities, which contradicts other data filed in this proceeding (Exhibit AC-5, for example). Third, Mr. Heys assumes the same value for digital copies as for paper copies. Finally, he assumes all copies are compensable.

[251] D'abord, il présume que les prix par page, triés par le genre de l'œuvre copiée, peuvent être transposés des écoles élémentaires et secondaires aux institutions postsecondaires, sans ajustement. Ensuite, les données qu'il utilise pour la portion « volume » du calcul impliquent que les copies dans les collèges dépassent celles dans les universités – une prétention qui contredit d'autres données déposées dans l'espèce (p. ex. pièce AC-5). Troisièmement, M. Heys présume que la valeur des copies numériques est égale à celle des copies papier. Enfin, il présume que toutes les copies donnent droit à rémunération.

[252] We do not accept the soundness of these assumptions in the circumstances.

[252] Nous n'acceptons pas le bien-fondé de ces hypothèses dans les circonstances.

[253] Taking all of these factors into consideration – particularly the fact that neither party recommended it, and Mr. Heys' reservations about its application – we find that the VtV methodology, as presented by Mr. Heys, is not useful for setting a royalty rate in this matter.

[253] Compte tenu de tous ces facteurs, notamment du fait qu'aucune des parties ne l'a recommandé et des réserves émises par M. Heys quant à son application, nous estimons que la méthodologie VmV, telle que présentée par M. Heys, n'est pas utile pour fixer un taux de redevances dans la présente instance.

F. Adjustments to the Proxies

F. Rajustements des points de référence

[254] In general, the Board considers the process of choosing and adjusting a proxy as an iterative one. If the chosen proxy requires so many or such extensive adjustments as to render the original proxy unrecognizable, the chosen proxy is not reasonable and should be discarded in favour of a proxy requiring fewer adjustments, if possible. Here, three potential adjustments are relevant: fair dealing, insubstantial copying, and non-affiliate copying. We examine each in turn and, in the

[254] En règle générale, la Commission considère que le processus de sélection et de rajustement d'un point de référence est itératif. Lorsque le point de référence retenu nécessite des rajustements si importants qu'il en devient méconnaissable par rapport à ce qu'il était au départ, alors il n'est pas raisonnable et devrait être écarté au profit d'un autre point de référence nécessitant moins de rajustements, dans la mesure du possible. En l'espèce, trois rajustements sont possibles et pertinents, et ont

end, conclude that none affects our decision to use the Premium Licence as a proxy. We do adjust for non-affiliate copying, however.

Fair Dealing

[255] In its responses, Access made the following points. First, publication of a fair dealing policy without tendering evidence that the policy is enforced is insufficient to find that copies made pursuant to the policy are fair.¹²⁶ Second, the rates proposed by Access include a fair-dealing discount. As Access explains:

Access Copyright has proposed to the Board a tariff rate that incorporates a discount for fair dealing for educational purposes, as well as other exceptions under the Copyright Act. The Benchmark Licences are the result of arms' length negotiated licences for the bundle of rights licensed by the Proposed Tariff, including all exceptions available to the users of the tariff.¹²⁷

[256] We agree. Indeed, as noted above, the 2012 AUCC Model Licence and the Premium Licence confirm this to be the case.

[257] Considering the evidence and arguments tendered by Access, we see no reason to discount further the proxies on account of fair dealing.

trait à l'utilisation équitable, à la reproduction d'une partie non importante d'une œuvre et à la reproduction d'œuvres de titulaires de droits non affiliés. Nous examinons chacun tour à tour et nous concluons, en définitive, qu'aucun ne remet en question notre décision d'utiliser la licence Premium comme point de référence. Toutefois, nous apportons un rajustement pour tenir compte de la reproduction d'œuvres de titulaires de droits non affiliés.

Utilisation équitable

[255] Dans ses réponses, Access a présenté les arguments suivants. Premièrement, la publication d'une politique en matière d'utilisation équitable n'est pas suffisante pour conclure que les reproductions effectuées conformément à cette politique sont équitables, en l'absence d'éléments de preuve en étayant la mise en application.¹²⁶ Deuxièmement, les taux proposés par Access sont ceux obtenus après rajustement tenant compte de l'utilisation équitable. Comme l'explique Access :

[TRADUCTION] Access Copyright a proposé à la Commission un taux qui comprend un rajustement tenant compte de l'utilisation équitable à des fins pédagogiques ainsi que d'autres exceptions prévues par la *Loi sur le droit d'auteur*. Les licences de référence découlent de négociations menées en toute indépendance pour l'ensemble des droits faisant l'objet d'une licence dans le projet de tarif, y compris toutes les exceptions s'offrant aux utilisateurs du tarif.¹²⁷

[256] Nous sommes également de cet avis. De fait, comme il est mentionné précédemment, la licence type de 2012 de l'AUCC et la licence Premium confirment que tel est bien le cas.

[257] Au vu des éléments de preuve et des arguments présentés par Access, nous ne voyons pas de raison de réduire davantage les points de référence pour tenir compte de l'utilisation équitable.

Insubstantial Copying

[258] In the most recent case relating to copying in elementary and secondary schools, the Board used the following approximations: any copying from an article, whether from a newspaper, magazine, or journal, was presumed to be substantial; copying of one or two pages from a book (or consumable) was presumed not to be substantial; any other such copying is presumed to be substantial.¹²⁸

[259] The Federal Court of Appeal accepted this approach as not unreasonable.

In my view, in the particular circumstances of this case, and considering the mandate of the Board under the Act, it was not unreasonable for the Board to infer that the copying of one or two pages of a book did not constitute reproduction of a “substantial part of the work” within the meaning of section 3 of the Act.¹²⁹

[260] In the present matter, we have no evidence that would lead us to conclude that the prices in the Model Licence do not already reflect the amount of substantial and non-substantial copying that takes place. As such, no further adjustments are required.

Affiliate Adjustments

[261] As explained above, we need to exclude from the calculation of the rate the copying of works whose authors or publishers are not affiliated with Access Copyright.

[262] In this respect, on June 9, 2016, the Board sent a number of questions to Access.¹³⁰ One of these questions concerned a calculation of the fraction of course-pack copying that was of

Reproduction d’une partie non importante d’une œuvre

[258] Dans l’affaire la plus récente portant sur les copies faites dans les écoles primaires et secondaires, la Commission a retenu les mesures d’approximation suivantes : toute reproduction d’article, qu’il s’agisse d’un article de journal, de magazine ou de périodique, est considérée comme la reproduction d’une partie importante de l’œuvre; la reproduction d’une ou deux pages d’un livre (ou d’un document consommable) est considérée comme la reproduction d’une partie non importante de l’œuvre, et au-delà de ce seuil, la reproduction est considérée comme la reproduction d’une partie importante de l’œuvre.¹²⁸

[259] La Cour d’appel fédérale a convenu que cette façon de voir les choses n’était pas déraisonnable.

[TRADUCTION] À mon avis, dans les circonstances particulières de la présente affaire, et compte tenu du mandat de la Commission défini par la Loi, il n’était pas déraisonnable de sa part d’inférer que la reproduction d’une ou deux pages d’un livre ne concernait pas une « partie importante de l’œuvre » au sens de l’article 3 de la Loi.¹²⁹

[260] En l’espèce, nous ne disposons d’aucun élément de preuve qui nous amènerait à conclure que les prix indiqués dans la licence type ne tiennent pas déjà compte du volume de copies d’une partie importante et d’une partie non importante des œuvres dans les faits. Ainsi, il n’y a pas lieu de faire un rajustement à cet égard.

Rajustements tenant compte de l’affiliation

[261] Comme il est expliqué précédemment, la reproduction d’œuvres dont les auteurs ou éditeurs ne sont pas affiliés à Access Copyright doit être exclue de notre calcul de taux.

[262] À cet égard, le 9 juin 2016, la Commission a envoyé un certain nombre de questions à Access,¹³⁰ dont une concernait le calcul de la proportion de copies faisant partie

non-affiliated rights holders. The Board had calculations and asked Access to confirm or correct them.

[263] In its response, Access made the following points. First, the Board used the wrong dataset.¹³¹ Second, it is appropriate to analyze data from 2011-2014, since these data cover the period of the proposed tariffs.¹³² Third, the Board's calculations are incorrect.¹³³

[264] Access then filed the following calculations:

For the correct calculations of repertoire status and share of non-affiliated rights holders, please see section 2 of the Gauthier Report. Table 1 provides accurate calculations of the repertoire status of the 2011-2014 datasets. After reapportioning the volume associated with the "Unknown" category, the results are as follows:

- 44.4% of the volume is classified as "Affiliate";
- 50.9% of the volume is classified as "Bilateral";
- 3% of the volume is classified as "Agency" (i.e., the non-affiliated rights holder share);
- 1.4% of the volume is classified as "Excluded or Public Domain"; and
- 0.2% of the volume is classified as "Foreign – no bilateral".¹³⁴

[265] While we have some concerns that these figures may overstate the volume associated with the categories "affiliate" and "bilateral", thereby understating the volume associated with the three remaining categories, we accept them for the purposes of our analysis.

des recueils de cours qui étaient des reproductions d'œuvres de titulaires de droits non affiliés. La Commission avait des calculs et souhaitait qu'Access les confirme ou les rectifie.

[263] Dans sa réponse, Access a tout d'abord fait valoir que la Commission n'avait pas retenu le bon ensemble de données.¹³¹ Deuxièmement, il convient d'analyser les données de 2011 à 2014, en vue de couvrir la période du projet de tarif.¹³² Troisièmement, les calculs de la Commission sont erronés.¹³³

[264] Access a ensuite déposé les calculs suivants :

[TRADUCTION] Pour bien établir la répartition des œuvres dans le répertoire et la part des titulaires de droits non affiliés, voir la section 2 du rapport de M. Gauthier. Le tableau 1 fait état des calculs exacts de la répartition des œuvres dans le répertoire, à la lumière des ensembles de données de la période allant de 2011 à 2014. Après redistribution du volume des œuvres classées dans la catégorie « Inconnu », les résultats sont les suivants :

- 44,4 % du volume est classé dans la catégorie « Titulaire de droits affilié »;
- 50,9 % du volume est classé dans la catégorie « Entente bilatérale »;
- 3 % du volume est classé dans la catégorie « Mandataire » (c.-à-d. la part des titulaires de droits non affiliés);
- 1,4 % du volume est classé dans la catégorie « Exclu ou appartenant au domaine public »;
- 0,2 % du volume est classé dans la catégorie « Titulaire de droits d'un pays étranger – sans entente bilatérale ». ¹³⁴

[265] Nous retenons ces chiffres aux fins de notre analyse, bien que nous craignons qu'ils puissent surestimer les volumes associés aux catégories « Titulaire de droits affilié » et « Entente bilatérale », et donc sous-estimer les volumes correspondant aux trois autres catégories.

[266] Access' repertoire is comprised of the "affiliate" and "bilateral" categories. The remaining three categories are not part of Access' repertoire. We have explained earlier in these reasons why Access' non-affiliates are not included in its repertoire or relevant for the calculation of royalties. Works classified as "Excluded or Public Domain" or as "Foreign – no bilateral" fall into the same category.

[267] The sum of the percentages for the latter three categories is 4.6 per cent. Accordingly, the proxies are adjusted downwards by 4.6 per cent, to account for the difference between Access' repertoire as it thought it was when it offered the 2012 Model Licence and the 2015 Premium Licence and Access' repertoire as it actually is.

G. Final Rates

[268] Given the absence of a true competitive market that the Board could consider in fixing royalties, we are of the view that the adjusted proxies are reasonably indicative of the prices that would have been agreed upon between a willing buyer and a willing seller acting in a competitive market with all relevant information, at arm's length and free of external constraints. The rate we thus set for universities for the years 2011 to 2014 is \$24.80 per FTE per year. This rate was obtained by applying a deduction of 4.6 per cent to the rate of \$26 to account for the copying of works by non-affiliates. Similarly, the rate we set for the years 2015 to 2017 is \$14.31, resulting from a 4.6 per cent deduction of the rate of \$15.

H. The College Licence

[269] To this point, the Decision has focused only on the royalty rates for universities, for

[266] Les œuvres du répertoire d'Access appartiennent aux catégories « Titulaire de droits affilié » et « Entente bilatérale », et à aucune des trois autres catégories. Nous avons exposé précédemment les raisons pour lesquelles les titulaires de droits non affiliés ne sont pas inclus dans le répertoire d'Access, ni utiles pour le calcul des redevances. Il en va de même pour les œuvres classées « Exclu ou appartenant au domaine public » ou « Titulaire de droits d'un pays étranger – sans entente bilatérale ».

[267] La somme des pourcentages correspondant aux trois dernières catégories est de 4,6 pour cent. Par conséquent, nous rajustons les points de référence à la baisse de 4,6 pour cent afin de tenir compte de la différence entre le répertoire d'Access tel qu'il était perçu lorsque la licence type de 2012 et la licence Premium de 2015 ont été proposées, d'une part, et le répertoire d'Access tel qu'il est véritablement.

G. Taux définitifs

[268] Compte tenu de l'absence d'un véritable marché concurrentiel que la Commission pourrait envisager pour fixer les redevances, nous sommes d'avis que les points de référence ajustés donnent au moins une indication raisonnable des prix qui auraient été convenus entre un acheteur et un vendeur consentants agissant dans un marché concurrentiel avec tous les renseignements pertinents, sans lien de dépendance ni contrainte externe. Ainsi, le taux que nous retenons dans le cas des universités pour les années 2011 à 2014 est de 24,80 \$ par ETP par année. Nous obtenons ce taux en réduisant de 4,6 pour cent le taux de 26 \$, afin de tenir compte de la reproduction d'œuvres de titulaires de droits non affiliés. De même, le taux que nous retenons pour les années 2015 à 2017 est de 14,31 \$, que nous obtenons en appliquant une réduction de 4,6 pour cent au taux de 15 \$.

H. Licence des collègues

[269] Jusqu'ici, la décision n'a porté que sur les taux de redevances qui concernent les

one main reason. The evidence shows that there is much more copying occurring at universities than at colleges. We find it more appropriate, then, to set the college rates as a function of the university rates than vice-versa. It remains to do so.

[270] We consider the rates we set for universities to be the best proxy for the college tariff. The evidence shows that the amount paid in 2005-2010 for copying at universities was about 2.6 times as much as was paid for copying at colleges in the same period. It was on that basis that Access set the rates at \$26 and \$10, respectively. As such, we simply divide the university royalty rate by 2.6 to obtain the college rate. We have no reason to expect that this ratio is different for the two tariff periods. We also see no reason to believe that the adjustment of 4.6 per cent for non-affiliates is different between colleges and universities.

[271] Accordingly, the (before-adjustment) rates we fix for colleges are \$10 for the years 2011 to 2014 and \$5.77 for the years 2015 to 2017. After adjustment, the rates we set for colleges are \$9.54 per FTE per year for 2011-2014 and \$5.50 for 2015-2017.

I. Transactional Licences

Contents of Letters Received After Hearing

[272] On February 9, 2016, after the hearing, York University wrote to the Board to inform it that it was party to many licences with third parties other than Access for the reproduction of copyrighted works, be it individually or as part of a group of university libraries.

universités, principalement parce que les éléments de preuve montrent que le volume de reproduction d'œuvres est beaucoup plus important dans les universités que dans les collèges. Ainsi, nous sommes d'avis qu'il est préférable d'établir les taux applicables aux collèges en nous fondant sur ceux qui concernent les universités, plutôt que l'inverse. C'est ce que nous ferons.

[270] À notre avis, les taux que nous avons établis pour les universités constituent le meilleur point de référence pour les taux applicables aux collèges. Les éléments de preuve montrent qu'au cours de la période allant de 2005 à 2010, la somme versée pour les copies d'œuvres effectuées dans les universités était 2,6 fois plus élevée que celle versée pour les copies d'œuvres faites dans les collèges. C'est en se fondant sur ce chiffre qu'Access a fixé des taux de 26 \$ et de 10 \$ pour les universités et les collèges, respectivement. Ainsi, nous divisons tout simplement par 2,6 le taux de redevances des universités afin d'obtenir le taux applicable aux collèges. Rien ne nous permet de penser que le ratio n'est pas le même pour les deux périodes visées par le tarif. Par ailleurs, nous ne voyons pas de raison de croire que le rajustement retenu pour tenir compte des titulaires de droits non affiliés puisse ne pas être le même pour les collèges et pour les universités, à savoir 4,6 pour cent.

[271] Par conséquent, les taux (avant rajustement) que nous fixons pour les collèges sont de 10 \$ pour les années 2011 à 2014 et de 5,77 \$ pour les années 2015 à 2017. Après rajustement, les taux sont de 9,54 \$ par ETP par année pour la période allant de 2011 à 2014, et de 5,50 \$ pour la période allant de 2015 à 2017.

I. Licences transactionnelles

Contenu des lettres reçues après l'audience

[272] Le 9 février 2016, après l'audience, l'Université York a écrit à la Commission pour l'informer qu'elle était partie à différentes ententes de licence de reproduction d'œuvres protégées avec des tiers autres qu'Access, que

ce soit individuellement ou à titre de membre d'un groupe de bibliothèques universitaires.

[273] It submitted that, for this reason, the tariff to be certified by the Board should, in addition to the flat-rate blanket licence, include a transactional component that would allow it to pay per use. This would reflect the fact that most of its needs are covered by the licences concluded with third parties. With a transactional licence, it would avoid having to pay twice for the reproduction of literary works, which it would inevitably have to do if the institutions had to pay royalties according to a flat rate (blanket licence) even though reproduction of the work is already authorized by a licence concluded with a third party.

[273] Selon York, pour cette raison, le tarif devant être homologué par la Commission devrait prévoir, en plus d'une licence générale assortie d'un taux fixe, un volet transactionnel qui lui permettrait de payer à l'utilisation. Cette mesure permettrait de tenir compte du fait que la majeure partie de ses besoins sont comblés par des ententes de licence conclues avec des tiers. Une licence transactionnelle lui éviterait d'avoir à payer deux fois pour la reproduction d'œuvres littéraires, une situation dans laquelle elle se retrouverait inévitablement si les établissements étaient tenus de verser des redevances en fonction d'un taux fixe (licence générale) même dans les cas où la reproduction d'une œuvre est déjà autorisée par une entente de licence conclue avec un tiers.

[274] York stated that it was making these comments because it felt that Access had not sufficiently addressed this issue:

[274] York a dit formuler ces observations parce qu'elle avait le sentiment qu'Access n'avait pas suffisamment tenu compte de cet aspect :

We note that Access Copyright's evidence and oral submissions at the hearing did not address in any meaningful way [...] alternate licensing arrangements [...]

[TRADUCTION] Au vu des éléments de preuve qu'elle a déposés et des plaidoiries orales qu'elle a faites à l'audience, Access Copyright ne s'est pas penchée sérieusement sur les [...] autres ententes de licence [...]

[...]

[...]

One way to structure the tariff to address the concerns noted above is to include a pay-per-use licensing option and York requests that the Board do so.¹³⁵

Pour remédier aux préoccupations susmentionnées, on pourrait notamment prévoir une option de paiement à l'utilisation, et c'est ce que York demande à la Commission de faire.¹³⁵

[275] York also noted that it did not intend to file any evidence to support its statements:

[275] York a également dit ne pas avoir l'intention de déposer d'éléments de preuve pour étayer ses affirmations :

In these comments, York makes reference to certain evidence and materials in the record before the Board, but does not seek to introduce evidence.¹³⁶

[TRADUCTION] Dans ces observations, York mentionne certains éléments de preuve et documents figurant au dossier dont dispose la Commission, mais elle ne souhaite pas déposer d'éléments de preuve.¹³⁶

[276] In support of its request, York stated that the Board had recognized the existence of the licences entered into with third parties in its reasons of March 16, 2011, in respect of *Access Interim Tariff (2011-2013)*, in which it allowed Access' application for an interim tariff for 2011-2013. York cites the following excerpts from the decision:

[45] [...] A tariff applies only to those who need the licence; those who do not, need not pay. Under the general regime, which applies in this instance, users whose consumption patterns justify different rates remain free to secure, from Access or from others, transactional or other licences that will trump the tariff.

[...]

[84] Some Objectors did offer indications of possible shifts in compensable uses. New approaches are emerging to making published works available within Institutions. Significant amounts are being spent in acquiring the licences needed to use those approaches. Some of these expenses may well duplicate what was paid until now to Access. Were the Objectors to offer some evidence of the existence and extent of some forms of double-dipping, we may consider reviewing the FTE rate.

[277] York mentioned that the Board also recognized the existence of such licences in its *Access Interim Tariff – Transactional Licence* decision, in which it had refused the educational institutions' request that Access be compelled to enter into transactional licences:

[29] Furthermore, if more competitive and vibrant models for lawfully accessing works are thriving and growing, then all the institutions have to do is to avail themselves of these models and ignore the Access repertoire altogether.

[276] À l'appui de sa demande, York a fait valoir que la Commission avait reconnu l'existence d'ententes de licence conclues avec des tiers dans les motifs rendus dans l'affaire *Tarif provisoire d'Access (2011-2013)*, le 16 mars 2011. Dans ses motifs, la Commission accueillait la demande de tarif provisoire d'Access pour la période allant de 2011 à 2013. York a cité les extraits suivants de la décision :

[45] [...] Un tarif ne s'applique qu'à ceux qui ont besoin de la licence; les autres n'ont pas à payer. Sous le régime général, lequel s'applique en l'espèce, les utilisateurs dont les habitudes de consommation justifient l'imposition de différents taux demeurent libres de se procurer, auprès d'Access ou d'autres sources, une licence transactionnelle ou autre qui aura préséance sur le tarif.

[...]

[84] Certains opposants ont fourni des indices tendant à établir que les utilisations donnant droit à rémunération pourraient changer. On s'y prend différemment pour rendre les œuvres publiées disponibles dans les établissements. On paie cher les licences nécessaires pour adopter ces méthodes. Certaines de ces dépenses pourraient bien concerner des utilisations pour lesquelles Access était compensée jusqu'à maintenant. Si les opposants fournissaient une preuve de l'existence et de l'étendue de certaines formes de double rémunération, nous réexaminerions peut-être le taux ETP.

[277] York a mentionné que la Commission avait en outre reconnu l'existence de telles licences dans la décision *Tarif provisoire d'Access – Licence transactionnelle*, refusant de contraindre Access à conclure des ententes de licence transactionnelle comme le lui demandaient les établissements d'enseignement :

[29] Qui plus est, si des modèles plus concurrentiels et dynamiques d'accès légal aux œuvres se développent et fleurissent, les établissements n'ont qu'à se prévaloir de ces

modèles et à ignorer purement et simplement le répertoire d'Access.

[278] Following the letter from York, as mentioned above, the Board received a letter co-signed by the following universities and Boards of Governors: University of British Columbia, University of Winnipeg, University of Lethbridge, University of Calgary, Thompson Rivers University and University of the Fraser Valley, as well as the Governing Council of the University of Toronto and the Governors of the University of Alberta (“Consortium’s letter”).

[278] Après avoir reçu la lettre de York, tel qu’il est mentionné précédemment, la Commission a reçu une lettre signée par les universités et conseils d’administration suivants : l’Université de la Colombie-Britannique, l’Université de Winnipeg, l’Université de Lethbridge, l’Université de Calgary, l’Université Thompson Rivers et l’Université Fraser Valley, de même que le conseil d’administration de l’Université de Toronto et le conseil d’administration de l’Université de l’Alberta (« lettre du consortium »).

[279] The Consortium’s letter essentially makes the same arguments as York, namely that the Board has to offer a variety of licensing options, including a transactional licence, in order to account for the many licences entered into by these universities with third parties. It also states that:

[279] Pour l’essentiel, la lettre du consortium présente les mêmes arguments que ceux de York, à savoir que la Commission doit prévoir différentes options de licence, y compris une licence transactionnelle, afin de tenir compte de la multitude d’ententes de licence conclues par les universités avec des tiers. Le consortium affirme également ce qui suit :

The undersigned have adopted copyright policies and practices that [...] give effect to fair dealing, transactional and other licences, and other forms of permitted use of materials subject to copyright [...] Therefore, a range of licensing arrangements must be considered by the Board.

[TRADUCTION] Les soussignés ont adopté des politiques et pratiques en matière de droits d’auteur qui [...] ouvrent la voie à une utilisation équitable, aux licences transactionnelles et autres licences, ainsi qu’à d’autres formes d’utilisation permise de documents protégés par des droits d’auteur [...] Par conséquent, la Commission doit prendre en considération un éventail d’ententes de licence.

[280] Finally, and also as mentioned before, Brock University, the University of Manitoba, Athabasca University and Mount Royal University also wrote to the Board to express their support for the observations made in the Consortium’s and York’s letters.

[280] Enfin, comme il est également mentionné précédemment, l’Université Brock, l’Université du Manitoba, l’Université d’Athabasca et l’Université Mount Royal ont également écrit à la Commission pour faire savoir qu’elles souscrivaient aux observations que le consortium et York avaient formulées dans leurs lettres.

Access’ Reply

Réponse d’Access

[281] The Board afforded Access the opportunity to reply to the universities’ letters of comment. Unsurprisingly, it objected to the

[281] La Commission a donné à Access l’occasion de répondre aux lettres d’observations des universités. Sans surprise,

Board giving any weight to the letters on the ground that the claims in the letters were unsupported by any evidence:

The comments recently received from the Universities, after the close of the hearing, amount to little more than recycled claims that relate to issues that were in play since Access Copyright filed its first tariff. Those claims are wholly unsupported by any evidence of record before the Board.

[282] Access reiterated, among other things, the difficulties it had had at the interrogatories stage in getting the universities to reply to questions, some of which specifically concerned the licences entered into with third parties, despite the Board's repeated orders.¹³⁷ An interlocutory decision by the Board on this issue had even been the subject of an application for judicial review by AUCC before the Federal Court of Appeal, which the Court had dismissed.¹³⁸

[283] The lack of evidence Access refers to concerns as much the licences entered into with third parties as the alleged double payments and the institutions' ability to set up a transactional licensing regime and enforce it.

[284] In this regard, Access points out that, in *Access Interim Tariff – Transactional Licence*, on AUCC's application for a transactional licence, the Board had noted the difficulties posed by a transactional licensing regime. While such a regime implies the existence of measures (audits, detailed reporting of copies, monitoring, etc.) to ensure that rights holders are properly paid, the Board concluded that the educational institutions had not established that these conditions were met; hence its refusal to implement a pay-per-use licence.¹³⁹ There being no evidence showing that the institutions' situation has changed since this decision, Access alleges that the same outcome is

Access s'est opposée à l'idée que la Commission puisse accorder un quelconque poids à ces lettres, étant donné que les observations qu'elles contenaient n'étaient étayées d'aucun élément de preuve :

[TRADUCTION] Les observations reçues de la part des universités récemment, après la clôture de l'audience, ne sont guère plus que des affirmations recyclées concernant des questions qui se sont présentées depuis qu'Access Copyright a déposé son premier tarif. Ces affirmations sont non étayées par la preuve au dossier dont dispose la Commission.

[282] Access a notamment rappelé qu'à l'étape de l'échange de renseignements, elle avait eu du mal à obtenir des universités qu'elles répondent aux questions, dont certaines concernaient expressément les licences convenues avec des tiers, en dépit des multiples ordonnances rendues par la Commission.¹³⁷ L'AUCC avait même présenté à la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire rendue par la Commission à cet égard, demande que la Cour a rejetée.¹³⁸

[283] Le manque d'éléments de preuve auquel Access fait référence concerne aussi bien les ententes de licence conclues avec des tiers que les paiements en double allégués et la capacité des établissements d'instaurer et de faire respecter un régime de licences transactionnelles.

[284] À ce sujet, Access fait remarquer que, dans la décision *Tarif provisoire d'Access – Licence transactionnelle*, concernant la demande de licence transactionnelle de l'AUCC, la Commission a souligné les difficultés posées par un régime de licences transactionnelles. Un tel régime suppose l'existence de mesures (p. ex. des vérifications, des rapports détaillés des copies effectuées, de la surveillance) permettant de s'assurer que les titulaires de droits sont dédommagés comme il se doit. Or, la Commission a conclu que les établissements d'enseignement n'avaient pas démontré que ces conditions étaient réunies, d'où son refus de mettre en œuvre une licence

inevitable: the transactional licence should be denied.

[285] Indeed, Access finds it ironic that these universities are requesting a pay-per-use licence given that most of them did not pay any royalties for all or part of the period covered by the interim tariff despite its structure being that of a transactional licence, at least in part, since copies for course packs were subject to a per-page rate. The same applies to the Choice Licence offered by Access as of 2015, which also includes a transactional component. None of the universities chose this type of licence.¹⁴⁰ How then can the application for a transactional licence be considered to be credible when several universities felt in 2011 that they did not make any reproductions requiring a licence from Access?

[286] Lastly, regarding the statement made in the Consortium's letter according to which the universities had adopted fair dealing policies, Access repeats its submission that there is nothing in the record concerning the fair nature of these policies or their implementation.

Analysis

[287] Section A.2 of the Board's Directive on Procedure provides as follows:

Comments

Anyone may comment in writing on any aspect of the proceedings. As a general rule, comments received later than the date by which participants must present or file oral or written arguments, will not be considered. In due course, the Board will forward these comments to participants.

fondée sur un taux à l'utilisation.¹³⁹ Étant donné l'absence d'éléments de preuve montrant que la situation des établissements d'enseignement a changé depuis cette décision, Access fait valoir que l'issue ne saurait être différente : la licence transactionnelle devrait être refusée.

[285] En effet, Access trouve ironique le fait que les universités demandent une licence fondée sur un taux à l'utilisation, sachant que la plupart d'entre elles n'ont versé aucune redevance au cours de la totalité ou d'une partie de la période visée par le tarif provisoire, bien que la structure du tarif ait été celle d'une licence transactionnelle, du moins en partie, car un taux par page s'appliquait aux copies faisant partie de recueils de cours. La même logique s'applique à la licence Choice proposée par Access depuis 2015, laquelle comprend également un volet transactionnel. Aucune université n'a choisi ce type de licence.¹⁴⁰ Comment, alors, la demande de licence transactionnelle peut-elle être considérée comme étant crédible, sachant que plusieurs universités ont eu l'impression, en 2011, de n'avoir fait aucune copie nécessitant une licence d'Access?

[286] En dernier lieu, en ce qui a trait à l'affirmation faite dans la lettre du consortium selon laquelle les universités ont adopté des politiques en matière d'utilisation équitable, Access réitère que rien au dossier ne concerne le caractère équitable ou la mise en œuvre de ces politiques.

Analyse

[287] La section A.2 de la Directive sur la procédure de la Commission prévoit ce qui suit :

Observations

Toute personne peut formuler par écrit des observations relativement à la présente affaire. En principe, la Commission ne tient pas compte des observations reçues après la date fixée pour la présentation des plaidoiries orales ou le dépôt des argumentations écrites des participants. En

temps utile, la Commission transmet ces observations aux participants.

[288] As a procedural matter, we could have decided not to consider the universities' letters of comment given that they were sent after the hearing had ended. We have chosen to consider them nonetheless, given the particular circumstances of these proceedings.

[288] D'un point de vue procédural, nous aurions pu décider de ne pas tenir compte des lettres d'observations rédigées par les universités, car celles-ci ont été envoyées après la fin de l'audience. Tenant compte des caractéristiques particulières de cette instance, nous avons néanmoins décidé de les prendre en considération.

[289] Since there are no institutional objectors in this instance and because these tariffs are of general application, the letters of comment assist us in considering the public interest by permitting us to take into account the views of those who are not before us but who will be affected by our decision.

[289] Vu l'absence d'opposant institutionnel en l'espèce et puisque ces tarifs sont d'application générale, les lettres de commentaires nous aident à considérer l'intérêt public en nous permettant de prendre en compte les points de vue de ceux qui ne sont pas devant nous et qui seront touchés par notre décision.

[290] The Federal Court of Appeal addressed a related issue in *Netflix v. SOCAN*:

[290] La Cour d'appel fédérale a abordé une question semblable dans l'arrêt *Netflix c. SOCAN* :

Since tariffs certified by the Board are of general application, the interests that must be considered are those of an industry as opposed to those of an individual or an entity.¹⁴¹

Étant donné que les tarifs homologués par la Commission sont d'application générale, les intérêts qui doivent être pris en considération sont ceux d'une industrie, par opposition à ceux d'un particulier ou d'une entité.¹⁴¹

[291] Even though this statement was made in relation to the issue of whether the parties asking the Board to approve a particular tariff represented the interests of all prospective users, it is nevertheless instructive here. We will therefore examine the arguments made by the universities that submitted requests to the Board.

[291] Même si cette affirmation concernait la question de savoir si les parties qui demandaient à la Commission d'homologuer un tarif particulier représentaient les intérêts de l'ensemble des utilisateurs intéressés éventuels, elle demeure malgré tout utile en l'espèce. Nous nous pencherons donc sur les observations faites par les universités ayant présenté des demandes à la Commission.

[292] Access submits that the Board cannot grant the universities' requests to certify a pay-per-use licence on the ground that the universities did not submit any evidence regarding the licences entered into with third parties. We agree.

[292] Access soutient que la Commission ne peut valider une licence prévoyant un taux à l'utilisation comme le demandent les universités, au motif que ces dernières n'ont pas déposé d'éléments de preuve concernant les ententes de licence conclues avec des tiers. Nous sommes également de cet avis.

[293] Based on the record before us, there is good reason for the Board to believe that the

[293] À la lumière du dossier dont elle dispose, la Commission a de bonnes raisons de croire

market for the reproduction of literary works in post-secondary institutions is probably different from what it was several years ago. Access does not disagree, and has never denied the existence of these licences, but points out that it has no way of knowing how to measure the size and conditions of these licences.¹⁴²

[294] As we noted above, the universities chose not to participate in the proceeding. Had they chosen to participate, they would have had to file evidence in support of their arguments. In the absence of evidence, it is not possible for the Board to approve a tariff with a transactional licence, as requested by the universities, or to calculate an arbitrary reduction in royalties to address the licences entered into with third parties (as requested by the University of Toronto in 2014).¹⁴³

[295] The lack of evidence is fatal to the universities' comment that the Board should incorporate a transactional licence provision into the tariffs. The Board has to make a decision on the basis of the record before it. Consequently, the Board rejects the request of the above-mentioned universities to approve a tariff with a transactional licence.

J. Who Pays the Tariff?

[296] One of the important points raised by Mr. Maguire relates to the question of who pays the tariff. Mr. Maguire submitted that, according to his experience, most institutions paid the \$3.38 per-FTE fee out of general revenues and charged the per-page fee to the purchasers of the course pack. Now that there is no per-page fee, the entire per-FTE fee is paid by students as part of their ancillary fees.¹⁴⁴ Access disputed this claim. Ms. Levy explained that some institutions paid the per-FTE fee out of library budgets or ancillary fees, and some augmented

que le marché de la reproduction d'œuvres littéraires dans les établissements postsecondaires est vraisemblablement différent de ce qu'il était il y a plusieurs années. Access ne le conteste pas, et n'a jamais nié l'existence des ententes de licence conclues avec des tiers, mais souligne qu'il lui est impossible de savoir comment mesurer l'ampleur et les modalités de ces ententes.¹⁴²

[294] Comme nous l'avons souligné précédemment, les universités ont décidé de ne pas participer à l'instance. Si elles avaient décidé de le faire, elles auraient eu à déposer des éléments de preuve à l'appui de leurs arguments. En l'absence d'éléments de preuve, il n'est pas possible pour la Commission d'homologuer un tarif avec une licence transactionnelle, comme le demandent les universités, ni de calculer de façon arbitraire une réduction de redevances pour tenir compte des ententes de licence conclues avec des tiers (comme l'a demandé l'Université de Toronto en 2014).¹⁴³

[295] L'absence d'éléments de preuve est fatale à l'observation des universités voulant que la Commission devrait ajouter une disposition relative aux licences transactionnelles dans les tarifs. La Commission doit rendre une décision en se fondant sur le dossier dont elle dispose. Par conséquent, la Commission rejette la demande d'homologation d'un tarif avec une licence transactionnelle qui a été présentée par les universités susmentionnées.

J. Qui paie pour le tarif?

[296] Un des points importants soulevés par M. Maguire concerne la question de savoir qui paie pour le tarif. M. Maguire a mentionné que, selon son expérience, la plupart des établissements payaient les frais de 3,38 \$ par ETP à même leurs revenus généraux et qu'ils facturaient les frais par page aux acheteurs des recueils de cours. Maintenant qu'il n'y a pas de frais par page, l'ensemble des frais par ETP sont inclus dans les frais accessoires obligatoires des étudiants.¹⁴⁴ Access a contesté cette allégation. M^{me} Levy a expliqué que certains établissements payaient les frais par ETP à

the cost of course packs to cover the per-FTE fee.¹⁴⁵

[297] We acknowledge Mr. Maguire's point that, if AUCC negotiates a Model Licence with Access, and an institution signs that model licence, ultimately charging the royalties back to the students as a special levy, AUCC is far removed from the ultimate payer of the tariff. Two points bear mention respecting this, however. First, even if AUCC is far removed, AUCC, the institutions, and the students have common objectives: to minimize costs and maximize access to works in Access' repertoire. Incentives are thus aligned. Second, while the arrangement between the students and the institutions is somewhat different than those which prevail in other tariffs approved by the Board, it has the desirable feature that the user and the payer are often the same person.

[298] Ultimately, the choice of how to fund the tariff does not bear significantly on these proceedings, in our view. An institution with 50,000 FTEs and 2,000 faculty members could choose to charge each student the per-FTE amount of the tariff or each faculty member 25 times that amount, or however they choose to apportion the amount, if that is what they choose to do. Or, it could use funds from general revenues. Neither affects the appropriateness of the tariff.

VI. ROYALTY RATES

[299] In accordance with the preceding analysis, we fix the following royalty rates:

même le budget des bibliothèques ou en facturant des frais accessoires obligatoires, et que certains avaient augmenté le prix des recueils de cours pour couvrir les frais par ETP.¹⁴⁵

[297] Nous prenons acte de l'argument de M. Maguire voulant que si l'AUCC négocie une licence type avec Access, et qu'un établissement adopte cette licence type pour ensuite facturer les redevances aux élèves au moyen d'un droit spécial, alors l'AUCC se trouve bien loin de ceux qui paient pour le tarif en définitive. Deux points doivent toutefois être mentionnés à cet égard. Premièrement, même si l'AUCC se trouve éloignée, il n'en demeure pas moins qu'elle-même, les établissements et les étudiants ont ce point commun qu'ils cherchent à réduire le plus possible les coûts et à maximiser l'accès aux œuvres du répertoire d'Access. Les motivations sont ainsi alignées. Deuxièmement, même si les arrangements pris entre les établissements et les étudiants diffèrent de ce qu'ils étaient dans le cadre des autres tarifs homologués par la Commission, la situation a ceci de souhaitable que l'utilisateur et le payeur sont bien souvent la même personne.

[298] Tout bien considéré, le mode de financement du tarif est sans grande importance en l'espèce, selon nous. Un établissement comptant 50 000 ETP et un corps enseignant de 2 000 membres pourrait décider de facturer à chaque étudiant les frais par ETP correspondant au tarif, ou à chaque membre du corps enseignant une somme 25 fois plus grande, ou facturer les frais en fonction d'une autre répartition, si tel est son choix. Il pourrait aussi puiser dans ses revenus généraux. Dans un cas comme dans l'autre, le caractère approprié du tarif ne s'en trouve pas affecté.

VI. TAUX DE REDEVANCES

[299] Conformément à l'analyse qui précède, nous fixons les taux de redevances suivants :

Table 3: Rates Fixed, per FTE per year

Educational Institution	Rates for the years 2011-2014	Rates for the years 2015-2017
Colleges	\$9.54	\$5.50
Universities	\$24.80	\$14.31

Tableau 3 : Taux fixés, par ETP par année

Établissement d'enseignement	Taux pour les années 2011 à 2014	Taux pour les années 2015 à 2017
Collèges	9,54 \$	5,50 \$
Universités	24,80 \$	14,31 \$

VII. TARIFF WORDING

[300] Because we set the royalty rates by using the 2012 Model Licence and 2015 (Three-Year) Premium Licence as proxies, we also use these licences as the starting point for the terms and conditions of the 2011-2014 Tariff and 2015-2017 Tariff, respectively.

[301] Notably, this includes using the grant of rights (and copying limits) of the Proxy Licences, as opposed to those set out in the Proposed Tariffs, since the proxy prices reflect these rights and limits. We have no reliable means of adjusting the proxy prices to reflect the differences between those proxies and the Proposed Tariffs. It is considerably easier to use the provisions of the Proxy Licences than to try to estimate new prices resulting from such differences.

[302] Starting with these Proxy Licences, we made several alterations to the terms and conditions (dealing primarily with retroactive effects and transitional provisions), and provided these as Draft Tariffs to the parties on February 6, 2019, in Notice 2019-007 for their comments on the feasibility and clarity of the terms of the tariffs.

VII. LIBELLÉ DU TARIF

[300] Étant donné que nous avons établi les taux de redevances en utilisant la licence type de 2012 et la licence Premium (trois ans) de 2015 en tant que points de référence, nous utilisons également ces licences comme point de départ pour les modalités des tarifs de 2011-2014 et de 2015-2017, respectivement.

[301] Notamment, nous avons repris les modalités d'octroi de droits (et de limites de copies) des licences de référence, plutôt que les modalités énoncées dans les tarifs proposés, puisque les prix des licences de référence ont été établis en fonction de ces droits et de ces limites. Nous ne disposons d'aucun moyen fiable d'ajuster les prix des licences de référence pour tenir compte des différences entre ces licences et les tarifs proposés. Il est beaucoup plus facile d'utiliser les dispositions des licences de référence que d'essayer d'estimer de nouveaux prix découlant de ces différences.

[302] En partant des licences de référence, nous avons apporté plusieurs modifications aux modalités (portant principalement sur les effets rétroactifs et les dispositions transitoires). Le 6 février 2019, dans l'avis 2019-007, nous avons communiqué ces modalités modifiées aux parties sous forme de projets de tarif pour qu'elles formulent des commentaires sur leur applicabilité et leur clarté.

[303] Following comments from the parties, the Board permitted affected persons to comment on the feasibility and clarity of the terms of the Draft Tariffs (Notice 2019-013, March 6, 2019). The parties were subsequently provided with an opportunity to respond to comments from affected persons (Notice 2019-021, April 24, 2019).

[304] We have considered the parties' submissions, as well as the comments of the affected persons, and have amended the Tariffs accordingly. We address below some of the more substantial issues.

A. Definitions

“Copy” – definition

[305] The definition of “copy” for 2015-2017 in the Draft Tariffs is problematic. The term is defined as both an object (a reproduction) and an act (making available). “Copying” being defined as the making of a “copy”, therefore resolves to the convoluted “making of a making available to the public.” Later uses of the term “copy” may also be difficult to interpret because of this definition.

[306] That being said, this language is present in the 2015 Premium Licence, and no Party or affected person commented on this aspect of the Draft Tariff. It is therefore likely that despite the theoretical interpretative difficulties, it has not caused a problem in practice.

[307] As such, we do not disturb this language but caution that the Board, in a future tariff, may not approve this language as a matter of course.

“Copy” – whether activities result in a copy

[308] Some affected persons submitted that some of the activities enumerated in the definition of “copy” do not result in copies. It is

[303] Après avoir reçu les commentaires des parties, la Commission a permis aux personnes concernées de formuler des commentaires sur l'applicabilité et la clarté des modalités des projets de tarif (avis 2019-013, 6 mars 2019). Les parties ont par la suite eu l'occasion de répondre aux commentaires des personnes concernées (avis 2019-021, 24 avril 2019).

[304] Nous avons pris connaissance des observations des parties, ainsi que des commentaires des personnes concernées, et nous avons modifié les projets de tarif en conséquence. Nous abordons ci-dessous certains des enjeux les plus importants.

A. Définitions

« Copie » – définition

[305] La définition de « copie » dans le projet de tarif de 2015-2017 pose problème. Le terme est défini comme englobant à la fois un objet (une reproduction) et un acte (mettre à la disposition). Comme la définition donnée au terme « copier » est la réalisation d'une « copie », elle équivaut au concept alambiqué de « réalisation de la mise à la disposition du public ». Cette définition peut aussi entraîner des difficultés d'interprétation du terme « copie » dans ses utilisations ultérieures.

[306] Cela dit, ce libellé est utilisé dans la licence Premium de 2015, et aucune partie ni personne concernée n'a commenté cet aspect du projet de tarif. On peut donc supposer que, malgré les difficultés d'interprétation théoriques, cela n'a pas causé de problème dans la pratique.

[307] Par conséquent, nous ne modifions pas ce libellé, mais il n'est pas dit que la Commission approuvera ce libellé dans de futurs tarifs.

« Copie » – déterminer si les activités donnent lieu à une copie

[308] Certaines personnes concernées ont fait valoir que certaines des activités énumérées dans la définition de « copie » ne donnent pas

important to note that the definition defines “copy” as a reproduction that is made “by, as a consequence of, or for the purpose of” those activities.

[309] For example, if the “projecting an image using a computer or other device” does not result in a copy, and no copy was made for that purpose, then there is no “copy” for the purpose of the Tariffs. Furthermore, even if a reproduction is made, but does not require authorization, or has been authorized, then there will still be no “copy” for the purpose of the Tariffs. As such, we conclude that no modification is required in this respect.

“Course collection”

[310] Certain affected persons submit that this term, as defined in the 2011-2014 Draft Tariff should not refer to “digital copies [...] that are emailed, linked or hyperlinked.”

[311] Access does not object to this change, and we make this adjustment in the 2011-2014 Tariff.

“Course of study”

[312] Access supports the submission of certain affected persons that the definition of this term be clarified to make clear that each section of the same course is a separate “course of study”. This would ensure that different sections of a course are not caught by the same copying limit (e.g., Fall section and then Winter section).

[313] We make this adjustment, referring to it as a “course section.”

“Repertoire work”

[314] Access submitted that the definition of “repertoire work” be modified to reflect the

lieu à la production de copies. Il est important de noter que « copie » désigne toute reproduction destinée aux activités énoncées ou réalisée à la suite ou en conséquence d’une de ces activités.

[309] Par exemple, si « la projection d’une image en utilisant un ordinateur ou quelconque autre dispositif » ne donne pas lieu à la création d’une copie et qu’aucune copie n’a été faite à cette fin, alors il n’y a pas de « copie » au sens des tarifs. De plus, même si une reproduction est réalisée, mais n’exige pas d’autorisation ou a été autorisée, il n’y aura toujours pas de « copie » au sens des tarifs. Par conséquent, nous concluons qu’aucune modification n’est requise à cet égard.

« Recueil de cours »

[310] Certaines personnes concernées font valoir que ce terme, tel qu’il est défini dans le projet de tarif de 2011-2014, ne devrait pas faire référence aux « copies numériques [...] envoyées par courrier électronique ou qui font l’objet d’un lien ou d’un hyperlien ».

[311] Access ne s’oppose pas à ce changement, et nous ajustons le tarif de 2011-2014 en conséquence.

« Cours »

[312] Access appuie les observations de certaines personnes concernées selon lesquelles la définition de ce terme doit être clarifiée pour indiquer clairement que chaque section d’un même cours constitue un « cours » distinct. Cela garantirait que différentes sections d’un cours ne soient pas capturées par la même limite de copies (par exemple, la section automne, puis la section hiver).

[313] Nous apportons cet ajustement, en désignant ce concept comme une « section de cours ».

« Œuvre du répertoire »

[314] Access propose que la définition d’ « œuvre du répertoire » soit modifiée pour

definition of “collective society” in the *Act*. In particular, it proposes the addition of the phrase “by assignment, grant of licence, appointment of it as their agent or otherwise authorize it [...]”

[315] This does not appear to be a necessary change. The definition of repertoire in the Draft Tariffs is – if anything – less restricted than that being proposed by Access. Furthermore, the definition in the Draft Tariffs avoids the suggestion that Access has, in fact, obtained authorization through all of the listed methods; something on which, given the manner in which royalties in this matter are determined, we do not need to make a conclusive determination.

[316] For the same reason, we also remove the phrase “or by another collective management organization.” We agree with Mr. Katz that this is a redundancy.

“Secure network”

[317] Access supports Universities Canada’s submission that the definition of “secure network” in the 2015-2017 Tariff include the qualifier that these are “operated by” or “for and subject to the control of” educational institutions.

[318] We make this adjustment and harmonize the definition for the two tariff periods.

B. Grant of Rights

[319] Mr. Katz submits that the Draft Tariffs, as formulated, appear to permit copying of works which may not be in Access’ repertoire. In particular, the Draft Tariffs appeared to authorize the “copying” of works contained in other works (such as an essay in a compilation) even though the second work is not explicitly required to be in Access’ repertoire.

[320] We agree. We include a clarification to the wording of the Tariffs to ensure that they

refléter la définition de « société de gestion » dans la *Loi*. En particulier, elle propose l’ajout du libellé « [...] autorisée – notamment par voie de cession, licence ou mandat [...] »

[315] Il ne semble pas s’agir d’un changement nécessaire. La définition de repertoire dans les projets de tarif est, à tout prendre, moins restrictive que celle proposée par Access. De plus, la définition donnée dans les projets de tarif évite de donner l’impression qu’Access a, de fait, été autorisée par toutes les méthodes énumérées. Étant donné la façon dont les redevances sont déterminées dans ce dossier, il ne nous est pas nécessaire de trancher cette question.

[316] Pour la même raison, nous supprimons également les mots « [...] ou d’une autre organisation de gestion collective ». Nous sommes d’accord avec M. Katz qu’il s’agit d’une formulation redondante.

« Réseau sécurisé »

[317] Access appuie la proposition d’Universités Canada visant à préciser dans la définition de « réseau sécurisé » du tarif de 2015-2017 qu’il s’agit d’un réseau « exploité par l’établissement » ou « pour l’établissement d’enseignement et sous son contrôle ».

[318] Nous effectuons cet ajustement et nous harmonisons la définition pour les deux périodes de tarifs.

B. Octroi de droits

[319] M. Katz observe que les projets de tarif, tels qu’ils sont formulés, semblent autoriser la copie d’œuvres qui ne font peut-être pas partie du repertoire d’Access. En particulier, les projets de tarif semblent autoriser de « copier » des œuvres contenues dans d’autres œuvres (comme un essai dans un recueil), même si la seconde œuvre n’est pas explicitement tenue de faire partie du repertoire d’Access.

[320] Nous sommes d’accord. Nous apportons des éclaircissements au libellé des tarifs pour

only authorize the “copying” of works within Access’ repertoire.

C. Conditions on “copying”

[321] Access submits that the Board should include conditions that i) require that reproductions are faithful and accurate, and ii) credits are included where reasonable. Access argues that these conditions “are important to respect the moral rights of our author affiliates.”

[322] First, we observe that it is not possible for users to comply retroactively with these conditions. For all acts in the past, either these provisions have been complied with, or they have not. To the extent they have not, the inclusion of such a condition would suggest that copies made that do not meet those conditions do not benefit from the licence of the Tariffs. This would, in turn, suggest that the royalties payable should be adjusted for the decrease in the Tariffs’ effective scope.

[323] In this case, the most practical solution is not to include the condition for copies made prior to the approval of the Tariffs. We have no evidence before us on the extent to which these provisions have been met, we have not adjusted royalties on this basis, and we therefore do not include these conditions for copies made in the past.

[324] Second, we observe that the Tariffs do not impact the moral rights of the author: they remain unwaived. As such, an infringement of the moral right of an author committed while performing an act permitted by these Tariffs remains an infringement of those moral rights. Moreover, Access’ authority comes from the owner of copyright (as opposed to the author), and given that the moral right remains with the author, the appropriateness of such provisions is questionable.

nous assurer qu’ils n’autorisent que « copier » des œuvres faisant partie du répertoire d’Access.

C. Conditions de « copier »

[321] Access soutient que la Commission devrait prévoir des conditions exigeant i) que les reproductions soient fidèles et exactes; ii) que les sources soient mentionnées dans la mesure du raisonnable. Access soutient que ces conditions [TRADUCTION] « sont importantes pour le respect des droits moraux de nos auteurs affiliés ».

[322] Premièrement, nous constatons qu’il n’est pas possible pour les utilisateurs de se conformer rétroactivement à ces conditions. Pour toutes les actions passées, soit ces dispositions ont été respectées, soit elles ne l’ont pas été. Dans la mesure où elles ne l’ont pas été, l’inclusion d’une telle condition donnerait à penser que les copies effectuées qui ne respectent pas ces conditions ne bénéficient pas de la licence des tarifs. Il faudrait donc que les redevances payables soient ajustées en fonction de la diminution de la portée effective des tarifs.

[323] Dans ce cas, la solution la plus pratique est de ne pas inclure la condition pour les copies réalisées avant l’homologation des tarifs. Nous n’avons aucune preuve tangible indiquant la mesure dans laquelle ces dispositions ont été respectées, nous n’avons pas ajusté les redevances en conséquence, et nous n’incluons donc pas ces conditions pour les copies effectuées dans le passé.

[324] Deuxièmement, nous observons que les tarifs n’ont pas d’incidence sur les droits moraux de l’auteur : ils demeurent intacts. Par conséquent, une atteinte au droit moral d’un auteur commise dans le cadre d’un acte autorisé par ces tarifs demeure une atteinte à ce droit moral. De plus, le pouvoir d’Access lui est conféré par le titulaire du droit d’auteur (et non par l’auteur). Or, comme le droit moral appartient à l’auteur, la pertinence de pareilles dispositions est contestable.

[325] For these two reasons, we do not include such conditions.

D. Non-Authorization of Circumvention of a Technological Measure

[326] Access seeks the inclusion of a statement that the Tariffs do not authorize the circumvention of a technological measure. We decline to do so.

[327] The Board avoids restating the law in a tariff where it is not necessary to do so for the understanding of a tariff.¹⁴⁶ We agree with this approach. Since there is nothing in the Tariffs that suggests that such acts would be authorized thereby, we conclude that such a clarification is not appropriate.

E. Academic or Calendar Year

[328] Access submits that royalties should be calculated and paid on a calendar-year basis, as opposed to an academic-year basis. It argues that this would make the Tariffs “simpler and streamlined and there will be no need to adjust the rate for portions of Academic Years that fall outside the tariff periods and it will also make the interest calculations simpler.”

[329] Those affected persons that commented on this issue submitted that “paying royalties on a calendar-year basis rather than an academic year is inconsistent with the practices of academic institutions.”

[330] FTEs are calculated across an academic year. Applying a royalty rate based on FTEs for an entire calendar year would almost certainly result in overpayments or underpayments with respect to the “Fall/Winter” session. While it may be possible to introduce various adjustment mechanisms, we prefer to avoid more complex back-and-forth mechanisms. We therefore set royalties on an academic-year basis.

[325] Pour ces deux motifs, nous n’incluons pas de telles conditions.

D. Non-autorisation de contournement d’une mesure technologique

[326] Access souhaite l’inclusion d’une mention selon laquelle les tarifs n’autorisent pas le contournement d’une mesure technologique. Nous déclinons cette proposition.

[327] La Commission évite de répéter le droit dans un tarif lorsqu’il n’est pas nécessaire de le faire pour la compréhension de celui-ci.¹⁴⁶ Nous appuyons ce principe. Comme rien dans les tarifs ne laisse entendre qu’ils autorisent de tels actes, nous concluons que cet éclaircissement n’est pas approprié.

E. Année scolaire ou civile

[328] Access soutient que les redevances devraient être calculées et payées en fonction de l’année civile, plutôt qu’en fonction de l’année scolaire. Elle fait valoir que les tarifs en seraient [TRADUCTION] « simplifiés, qu’il ne sera pas nécessaire d’ajuster le taux pour les portions d’années scolaires qui se trouvent en dehors des périodes couvertes par les tarifs et que cela simplifiera également le calcul des intérêts ».

[329] Selon les personnes concernées qui ont évoqué cette question, [TRADUCTION] « le paiement de redevances réparties sur l’année civile plutôt que sur l’année scolaire est incompatible avec les pratiques des établissements d’enseignement ».

[330] Les ETP sont calculés sur une année scolaire. L’application d’un taux de redevances fondé sur les ETP pour toute une année civile entraînerait très certainement des paiements en trop ou en moins pour la session « automne/hiver ». Bien qu’on puisse envisager de mettre en place divers mécanismes d’ajustement, nous préférons éviter des mécanismes de va-et-vient complexes. Nous établissons donc les redevances en fonction de l’année scolaire.

F. Date of Payment and Report

[331] Access submits that under the Draft Tariffs “royalties for copying (and the corresponding FTE reporting) are not due until eleven and a half months into a calendar year licensed by the tariff. [...] Since the purpose of the tariff is to provide a licence to users prior to their usage, it should operate prospectively, and the royalties and FTE reporting should be due at the beginning of the calendar year.”

[332] On the other hand, educational institutions such as Simon Fraser University argue that “it would be completely impossible [...] to know [the educational institution’s] approximate FTE numbers until well into July of the academic year, and final numbers would not be readily available until the Fall for the previous academic year.”

[333] Where the royalty structure requires the measurement of some quantity, such as the number of downloads sold, or the number of students enrolled, it is more practical that payment be made once the quantity on which royalties are based is known. For example, in *Online Music Services Tariff (2010-2013)*,¹⁴⁷ a person who operates a permanent download service only makes payments in relation to those downloads after the end of the quarter in which those downloads occurred.

[334] While it may be possible to create a mechanism whereby educational institutions attempt to forecast their FTEs, make payments accordingly, and adjustments (additional payment or reimbursement) occur once final FTE counts are obtained, we prefer not to introduce such a back-and-forth mechanism. Instead, we fix the reporting of FTEs for an academic year, and the associated payment, for November 15 of the subsequent academic year.

F. Date de paiement et déclaration

[331] Access soutient qu’en vertu des projets de tarif, [TRADUCTION] « les redevances pour copier (et la déclaration des ETP correspondants) ne sont pas exigibles avant onze mois et demi dans une année civile couverte par le tarif. [...] Sachant que l’objectif premier du tarif est de faire en sorte que les utilisateurs soient couverts par une licence au moment de leur utilisation, il devrait s’appliquer de façon prospective, et les redevances et la déclaration des ETP devraient être exigibles au début de l’année civile ».

[332] Par ailleurs, des établissements d’enseignement comme l’Université Simon Fraser soutiennent qu’il [TRADUCTION] « serait tout à fait impossible [...] de connaître le nombre approximatif d’ETP [de l’établissement d’enseignement] avant la fin du mois de juillet de l’année scolaire et que les chiffres définitifs pour l’année scolaire échue ne seraient pas facilement disponibles avant l’automne pour l’année scolaire précédente ».

[333] Lorsque la structure des redevances exige de mesurer certaines quantités, comme le nombre de téléchargements vendus ou le nombre d’étudiants inscrits, il est plus pratique d’effectuer le paiement une fois les données déterminant les redevances connues. Par exemple, dans le *Tarif des services de musique en ligne (2010-2013)*,¹⁴⁷ une personne qui exploite un service de téléchargement permanent effectue des paiements liés aux téléchargements seulement après la fin du trimestre où ces téléchargements ont eu lieu.

[334] Bien qu’on puisse envisager de créer un mécanisme selon lequel les établissements d’enseignement tenteraient d’estimer leurs ETP et effectueraient les paiements en conséquence, puis des rectifications (paiements supplémentaires ou remboursements) auraient lieu une fois les chiffres définitifs sur les ETP connus, nous préférons ne pas mettre en place un tel mécanisme de va-et-vient. Nous fixons plutôt la déclaration des ETP pour une année scolaire et le paiement connexe au 15 novembre de l’année scolaire suivante.

G. Reporting

[335] Certain affected persons argue that reporting requirements be limited to the reporting of FTEs, as this is the only data required to determine royalties payable.

[336] It is correct that the royalties payable under these Tariffs are calculated on the basis of FTEs – and are not at all affected by the presence or absence of the additional information sought. This does not mean, however, that requiring the collection and reporting of “copying” information will automatically be inappropriate. Rather, we consider the practicality and proportionality of the collection and reporting of that information, and how necessary that information is to achieve the goal of distribution of royalties. This is in-line with previous decisions of the Board.

[337] A survey of previous decisions of the Board shows that – in general – for-profit entities whose main activities relate directly to the copyrighted subject matter at question typically have more extensive reporting requirements than non-commercial entities, or commercial entities whose main activities are not so directly related to the copyrighted subject matter. The more central the subject matter was to an entity’s activity, and the greater its capacity to carry out that reporting (either financial, technical, or otherwise) the more extensive such requirements tend to be. However, where a collective society could not demonstrate how certain usage information was to be used for distribution, the Board has declined to include reporting for that information in the approved tariff.

[338] In this case, the users in question are not for-profit, nor do their main activities relate directly to the copyrighted matter in issue in these Tariffs.

G. Présentation de rapports

[335] Certaines personnes concernées soutiennent que les exigences en matière de déclaration devraient se limiter aux ETP, car il s’agit des seules données requises pour déterminer les redevances à payer.

[336] Il est exact que les redevances payables en vertu des tarifs sont calculées sur la base des ETP – et ne sont pas du tout touchées par la présence ou l’absence de l’information supplémentaire recherchée. Cela ne signifie toutefois pas automatiquement qu’il n’est pas pertinent d’exiger la collecte et la déclaration de renseignements sur la « copie ». Nous tenons plutôt compte de l’aspect pratique et de la proportionnalité de la collecte et de la déclaration des renseignements visés, ainsi que de la mesure dans laquelle ils sont nécessaires pour atteindre l’objectif de répartition des redevances. Cela est conforme aux décisions antérieures de la Commission.

[337] On constate en survolant les décisions antérieures de la Commission que, règle générale, les entités à but lucratif dont l’activité principale concerne directement l’objet du droit d’auteur en question sont généralement assujetties à des exigences de déclaration plus rigoureuses que les entités non commerciales ou les entités commerciales dont l’activité principale ne concerne pas aussi directement l’objet du droit d’auteur. Plus l’objet du droit d’auteur est au cœur de l’activité d’une entité et plus la capacité de cette entité à produire des rapports (financiers, techniques ou autres) est importante, plus les exigences ont tendance à être exhaustives. Toutefois, dans les cas où une société de gestion collective n’était pas en mesure de démontrer comment certains renseignements sur l’utilisation devaient servir à la répartition, la Commission a refusé d’inclure la déclaration de ces renseignements dans le tarif homologué.

[338] En l’espèce, les utilisateurs ne sont pas des organismes à but lucratif et leur activité principale ne concerne pas directement l’objet du droit d’auteur visé par les tarifs.

[339] Furthermore, according to the Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic (CIPPIC), the lack of transparency as to the content of Access Copyright's Repertoire makes compliance with such a provision difficult, if not impossible. This lack of clarity places educational institutions in a difficult position, walking a fine line between over-reporting and under-reporting, without knowing where the line might be.

[340] It is true that there is no definitive, readily-available source that would provide users with a list of works in Access' repertoire, as that term has been described in this decision as well as in *Access – Governments* and *Access – K-12 (2010-2015)*.

[341] We are also aware that lack of this information may reduce Access' ability to distribute royalties to the appropriate rights holders. However, there are two mitigating factors to this. First, Access does not base its distributions solely on the copying information received from such institutions. Second, to the extent such reporting requirements are feasible, Access will have received this class of information from educational institutions with whom it has entered into a licensing agreement. As such, there would be readily-available sources from which to proxy the copying behaviour of educational institutions subject to this Tariff.

[342] We do not include a requirement that "educational institutions" report bibliographic and related information for "course collections" for the following reasons:

- the royalty structure of the Tariffs does not require the reporting of "copying" to determine royalties;
- "educational institutions" do not have a readily-available and reliable manner of determining to which "copies" reporting requirements would apply;

[339] De plus, selon la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC), le manque de transparence quant au contenu du répertoire d'Access Copyright rend la conformité à une telle disposition difficile, voire impossible. Ce manque de clarté place les établissements d'enseignement dans une position difficile, traçant une fine ligne de démarcation entre la déclaration excessive et la sous-déclaration, sans que ceux-ci sachent où se situe ladite ligne de démarcation.

[340] Il est vrai qu'il n'y a pas de source définitive et facilement accessible qui fournirait aux utilisateurs une liste d'œuvres figurant au répertoire d'Access, tel que cette expression a été formulée dans la présente décision ainsi que dans *Access – Gouvernements* et *Access – K-12 (2010-2015)*.

[341] Nous sommes également conscients que l'absence de ces renseignements pourrait réduire la capacité d'Access à répartir les redevances entre les titulaires de droits concernés. Toutefois, il existe deux facteurs atténuants à cet effet. Premièrement, Access ne fonde pas entièrement la répartition sur les renseignements de reproduction fournis par les établissements. Deuxièmement, dans la mesure où des exigences de déclaration semblables sont réalistes, Access aura reçu des renseignements de ce type de la part des établissements d'enseignement avec lesquels elle a conclu un contrat de licence. Ainsi, il y aurait des sources facilement accessibles à partir desquelles extrapoler les pratiques de reproduction des établissements d'enseignement assujettis au présent tarif.

[342] Nous n'exigeons pas que les « établissements d'enseignement » déclarent les renseignements bibliographiques et connexes pour les « ensembles de cours », pour les raisons suivantes :

- la structure des redevances des tarifs n'exige pas la déclaration des « copies » pour déterminer les redevances;
- les « établissements d'enseignement » ne disposent pas d'un moyen facile d'accès et fiable pour déterminer à quelles

- Access Copyright does not distribute royalties exclusively on the basis of copying reports; and
- to the extent the reporting provisions in 2012 Model Licence and 2015 (Three-Year) Premium Licence are actually being complied with by those “educational institutions” signatories to such licences, Access Copyright will have information from which to proxy the copying behaviour of “educational institutions” subject to these Tariffs.

H. Audit

[343] Some affected persons submitted that the 5 business-days’ notice would be overly burdensome, and may not even be feasible. Access submitted that it is willing to accept a 10-day notice period. We adjust the Tariffs accordingly.

I. Subcontracting and Other Third Parties

[344] Access submits that

[u]sers may have in fact relied on the proposed tariff to authorize the subcontracting of the copying during the tariff time periods. If the Board removes these uses from the tariffs now for copying that occurred before certification, that would mean that all the copying subcontracted by Educational Institutions who were relying on the proposed tariffs, would turn into infringing uses as of certification. This would be an unfortunate result.

[345] Universities Canada agrees that for the 2011-2014 Tariff, a subcontracting provision should be added, and should also apply to copies made prior to approval.

« copies » les exigences de déclaration s’appliqueraient;

- Access Copyright ne répartit pas les redevances sur la seule base des déclarations sur les copies;
- dans la mesure où les « établissements d’enseignement » signataires de la licence type de 2012 et de la licence Premium (trois ans) de 2015 respectent leurs dispositions relatives à la production de rapports, Access Copyright disposera de renseignements à partir desquels elle pourra extrapoler les pratiques de copies des « établissements d’enseignement » assujettis à ces tarifs.

H. Vérification

[343] Certaines parties concernées ont fait valoir que le préavis de cinq jours ouvrables serait trop lourd et pourrait même être impraticable. Access a fait valoir qu’elle est disposée à accepter un préavis de 10 jours. Nous ajustons les tarifs en conséquence.

I. Sous-traitants et tiers

[344] Selon Access,

[TRADUCTION] il est de fait possible que les utilisateurs se soient fiés au tarif proposé pour autoriser la sous-traitance de la reproduction pendant les périodes couvertes par le tarif. Si la Commission exclut maintenant ces utilisations des tarifs pour la reproduction qui a eu lieu avant l’homologation, cela signifierait que toutes les copies effectuées en sous-traitance par les établissements d’enseignement qui se fiaient aux tarifs proposés se transformeraient en utilisations illicites à compter de l’homologation. Cette situation serait déplorable.

[345] Universités Canada convient qu’une disposition de sous-traitance devrait être ajoutée au tarif de 2011-2014 et devrait également s’appliquer aux copies effectuées avant l’homologation.

[346] Access agreed with this proposition, and put forward the following provision:

In the event a Subcontractor has paid royalties to Access Copyright for paper course packs on behalf of an Educational Institution, the Educational Institution is entitled to a credit for the amount of royalties paid by the Subcontractor to Access Copyright against any royalties to be paid by the Educational Institution under the tariff provided that Access Copyright is provided with a copy of the subcontracting agreement as well as full reporting and accounting to assess the credit.

[347] We generally agree with Access' proposal. We add a provision permitting subcontracting, and require that the agreement and accounting or other information that demonstrates the amount of royalties the subcontractor has previously paid be submitted in order to obtain credit.

J. Works in Access' Repertoire

[348] Many affected persons indicated that they do not have means of determining whether a work is in Access' repertoire, and the scope of authorization granted by the rights holder with respect to a work.

[349] The Canadian Association of Research Libraries (CARL), for example, asked that the Board

include a provision in the tariffs mandating that Access Copyright provide a publicly accessible list of its affiliate copyright owners, including essential bibliographic information concerning the author and publisher and ISBN or ISSN identifier of the works it purports to licence. This list should include any distinctions between its ability to authorize paper and digital copies.

[346] Access est d'accord avec cette proposition et propose la disposition suivante :

[TRADUCTION] Dans l'éventualité où le sous-traitant a déjà versé des redevances à Access Copyright pour des recueils de cours papier au nom d'un établissement d'enseignement, l'établissement d'enseignement a droit à un crédit égal au montant des redevances versées par le sous-traitant à Access Copyright, à condition qu'une copie de l'entente de sous-traitance et un rapport complet, y compris les renseignements comptables pertinents pour évaluer le crédit, soient fournis à Access Copyright. Ce crédit est applicable aux redevances que doit verser l'établissement d'enseignement à Access Copyright au titre du tarif.

[347] Nous accueillons l'essentiel de la proposition d'Access. Nous ajoutons une disposition permettant la sous-traitance, et nous exigeons que l'entente et les renseignements comptables ou autres démontrant le montant des redevances que le sous-traitant a déjà versées soient transmis afin d'obtenir un crédit.

J. Œuvres du répertoire d'Access

[348] De nombreuses personnes concernées ont indiqué qu'elles ne sont pas en mesure de déterminer si une œuvre fait partie du répertoire d'Access, ni la portée de l'autorisation accordée par le titulaire de droit relativement à une œuvre.

[349] L'Association des bibliothèques de recherche du Canada (ABRC), par exemple, a demandé que la Commission

[TRADUCTION] ajoute dans les tarifs une disposition obligeant Access Copyright à fournir une liste accessible au public de ses titulaires de droits d'auteur affiliés, y compris les renseignements bibliographiques essentiels concernant l'auteur et l'éditeur, de même que le numéro ISBN ou ISSN des œuvres pour lesquelles elle se propose d'octroyer des licences. Cette liste devrait aussi refléter la distinction entre sa capacité

d'autoriser les copies papier et les copies numériques.

[350] We are also aware of the June 2019 Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology on the Statutory Review of the *Copyright Act*, wherein it recommended that

the Copyright Board of Canada review whether provisions of the *Copyright Act* empower the Board to increase the transparency of collective rights management to the benefit of rights-holders and users through the tariff-setting process [...]

[351] In this context, we acknowledge the challenges educational institutions face in determining whether Access has been authorized to authorize a particular act with respect to a given work. However, the imposition of this, or a similar requirement, would be relatively novel in a tariff approved by the Board. We would prefer that the practicality of such a requirement, along with any benefits and disadvantages thereof, be more fully addressed before establishing such a requirement.

K. Payment and Interest

[352] While some affected persons submitted that there should be no interest payable on amounts owing, we do not agree. The interest rates we fix simply reflect the time-value of money. This is a common Board practice, and ensures that the person paid is (approximately) as well off as if she had been paid at the time the amount was initially due.

[353] Any amount owing, either by or to educational institutions, shall bear interest.

[354] Furthermore, we ensure that interest does not accrue on unpaid federal or provincial taxes.

[350] Nous avons également pris connaissance du rapport de juin 2019 du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie sur l'examen prévu par la loi de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans lequel le Comité recommande :

Que la Commission du droit d'auteur du Canada examine les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de déterminer si elles lui permettent d'exiger de hausser la transparence de la gestion collective du droit d'auteur dans l'intérêt des titulaires de droit et des utilisateurs dans le cadre du processus de tarification [...]

[351] Dans ce contexte, nous sommes conscients des difficultés avec lesquelles doivent composer les établissements d'enseignement pour déterminer si Access est habilitée à autoriser un acte particulier à l'égard d'une œuvre donnée. Toutefois, l'imposition de cette exigence, ou d'une exigence semblable, serait relativement nouvelle dans un tarif homologué par la Commission. Nous préférierions que l'aspect pratique d'une telle exigence, ses avantages et ses inconvénients soient examinés plus en profondeur avant de l'imposer.

K. Paiement et intérêts

[352] Bien que certaines personnes concernées aient soutenu qu'il ne devrait pas y avoir d'intérêts à payer sur les sommes dues, nous ne sommes pas d'accord. Les taux d'intérêt que nous fixons reflètent simplement la valeur temporelle de l'argent; il s'agit d'une pratique courante de la Commission, qui veille à ce que la personne payée le soit aussi bien (approximativement) que si elle avait été payée au moment où le montant était dû à l'origine.

[353] Tout montant dû par les établissements d'enseignement ou leur étant dû porte intérêt.

[354] De plus, nous nous assurons que les intérêts ne s'accumulent pas sur les taxes

We have no evidence to suggest that Access Copyright has already remitted these taxes on behalf of the educational institutions subject to these tariffs – particularly since it does not yet know the amounts due.

L. Other Issues

[355] On April 24, 2019, the Board asked the Parties to reply to the comments received from affected persons in response to Notice 2019-007 (Notice 2019-021). The Board noted that

[g]iven the breadth of issues raised by the comments, the Board [...] is of the view that many issues go beyond “feasibility and clarity.” The Board does not intend to rely on those comments and does not expect the Parties to respond thereto. This includes comments on issues of the mandatory nature of the tariffs, the retroactive application of the tariffs, the structure of the royalties (i.e. FTE vs transactional) and the scope of acts covered by the tariffs. It is also not the case that these issues are new: they were either explicitly made an issue by the proposed tariffs, or their possibility should have been reasonably contemplated (e.g., that a certified tariff may have retroactive effect).

[356] While we are of the view that the three frequently-raised issues we have identified below are beyond the scope of the information sought from affected persons, we nevertheless address them for the benefit of the affected persons.

The mandatory nature of the tariff

[357] The Tariffs are silent on whether compliance with a tariff is mandatory for users who do not seek to benefit from the licence offered thereby. We are aware that related issues have been raised in recent judicial proceedings¹⁴⁸ and it is not necessary for us to

fédérales ou provinciales impayées. Nous n’avons aucune preuve qu’Access Copyright a déjà remis ces taxes au nom des établissements d’enseignement assujettis aux tarifs, d’autant plus qu’elle ne connaît pas encore les montants dus.

L. Autres enjeux

[355] Le 24 avril 2019, la Commission a demandé aux parties de répondre aux observations formulées par les personnes concernées à la suite de l’avis 2019-007 (avis 2019-021). La Commission a fait l’observation suivante :

[TRADUCTION] Étant donné l’étendue des questions soulevées dans les commentaires, la Commission [...] est d’avis que de nombreuses questions dépassent le cadre de « l’applicabilité et de la clarté ». La Commission n’a pas l’intention de s’appuyer sur ces commentaires et ne s’attend pas à ce que les parties y répondent. Cela comprend des commentaires sur la nature obligatoire des tarifs, leur application rétroactive, la structure des redevances (fondée sur les ETP plutôt que sur les transactions) et la portée des actes couverts par les tarifs. De plus, ces questions ne sont pas nouvelles. Soit elles ont été explicitement évoquées dans les tarifs proposés, soit leur possibilité aurait raisonnablement dû être envisagée (p. ex. le fait qu’un tarif homologué puisse avoir un effet rétroactif).

[356] Bien que nous estimons que les trois questions fréquemment soulevées que nous avons identifiées ci-dessous dépassent le cadre des informations demandées aux parties concernées, nous les traitons néanmoins dans l’intérêt de celles-ci.

Nature obligatoire du tarif

[357] Les tarifs ne précisent pas si les utilisateurs qui ne souhaitent pas profiter de la licence offerte par le tarif ont l’obligation de se conformer aux modalités du tarif. Nous savons que des questions connexes ont été soulevées dans de récentes procédures judiciaires¹⁴⁸ et il

opine on the issue at this point.

[358] To the extent it might be appropriate for a tariff to include wording whereby its benefits and obligations would only apply on an opt-in basis, we would appreciate a more complete record before including such a provision, and invite affected persons to participate in the proceedings on the next occasion the Board considers proposed tariffs for these users.

Royalty rates that reflect non-tariffable uses

[359] Some affected persons ask the Board to fix rates that take into account uses that do not require the authorization of the Tariffs. As discussed above, the rates we set, being based on a market proxy, should incorporate the considerations to which affected parties make reference – the fact that certain acts may be otherwise licensed, or that certain acts do not require the authorization of the owner of copyright – as the parties to those market proxies understood them at the time of agreement.

Licensing fees paid during the tariff period for copying nominally covered by the Tariffs

[360] In Notice 2019-021, the Board sought responses from parties on the issue of previous payments made for the licensing of material during the tariff period. The Board stated that it

is of the preliminary view that it does not have the evidence in this proceeding necessary to establish a mechanism in the tariffs that would adjust royalties based on other licensing activities of the user.

n'est pas nécessaire pour nous de nous prononcer sur la question à l'heure actuelle.

[358] Dans la mesure où il pourrait être approprié d'insérer dans un tarif un libellé selon lequel ses avantages et obligations ne s'appliqueraient que sur une base volontaire, nous aimerions un dossier plus étoffé avant d'envisager cette insertion et invitons les personnes concernées à participer aux procédures la prochaine fois que la Commission examinera les tarifs proposés pour ces utilisateurs.

Taux de redevances tenant compte des utilisations non couvertes par le tarif

[359] Certaines personnes concernées demandent à la Commission de fixer des taux qui tiennent compte des utilisations qui n'ont pas besoin d'être autorisées par les tarifs. Comme il a été mentionné précédemment, les taux que nous fixons, fondés sur un marché de référence, devraient tenir compte des considérations évoquées par les parties concernées – le fait que certains actes peuvent avoir été autorisés d'autre manière ou ne pas avoir à être autorisés par le titulaire du droit d'auteur – selon la compréhension qu'en avaient les parties au marché de référence, au moment de conclure les ententes utilisées comme modèles.

Droits de licence payés au cours de la période du tarif pour la reproduction théoriquement couverte par les tarifs

[360] Dans l'avis 2019-021, la Commission a sollicité des réponses des parties sur la question des paiements antérieurs effectués pour l'octroi de licences à l'égard de documents pendant la période du tarif. La Commission écrit qu'à

[TRADUCTION] première vue, il n'y a pas dans cette instance les preuves nécessaires pour insérer dans les tarifs un mécanisme qui ajusterait les redevances en fonction des autres activités de licence de l'utilisateur.

[361] Access agreed with the Board's preliminary view and Mr. Maguire did not respond to the Notice.

[361] Access est d'accord avec l'avis préliminaire de la Commission et M. Maguire n'a pas répondu à l'avis.

[362] We therefore conclude that we do not have the evidence in this proceeding necessary to establish a mechanism in the tariffs that would adjust royalties based on other licensing activities of the user. We hope to have more and better evidence the next time on this question.

[362] Nous concluons donc que nous ne disposons pas dans cette instance de la preuve nécessaire pour établir dans les tarifs un mécanisme qui ajusterait les redevances en fonction des autres activités de licence de l'utilisateur. Nous espérons disposer d'une plus grande quantité d'éléments de preuve de meilleure qualité sur cette question à la prochaine occasion.

[363] We wish to thank Access' counsel for the clear and well-presented submissions on the administrative provisions of the Tariffs. We also wish to thank Mr. Maguire for his contribution to this proceeding.

[363] Nous remercions l'avocat d'Access de nous avoir fourni des exposés clairs et bien présentés sur les dispositions administratives des tarifs. Nous souhaitons également remercier M. Maguire pour sa contribution à la présente procédure.

Reasons certified by the Secretary General
Motifs certifiés par la secrétaire générale



Lara Taylor

ENDNOTES

1. Full-time equivalent student means a full-time student or the equivalent of one full-time student of an educational institution.
2. See *Alberta (Education) v Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37 [Alberta]; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Bell Canada*, 2012 SCC 36 [Bell].
3. *Copyright Modernization Act*, SC 2012, c 20 [CMA].
4. See *Canadian Copyright Licensing Agency v York University*, 2017 FC 669 [York].
5. See Appendix for a list of all initial objectors and intervenors.
6. *Access Copyright – Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2013* (23 December 2010) Copyright Board at para 4 (interim tariff decision) [Access Interim Tariff (2011-2013)].
7. What constitutes a proprietary college is not defined in the tariffs proposed by Access. In Exhibit AC-2 at para 59, Access explains that a highly diverse range of institutions falls under this heading: “In the post-secondary sector, Access Copyright also currently has a model licence for proprietary colleges, i.e., post-secondary training or vocational colleges that are not members of ACCC.” Proprietary colleges include institutions such as Stratford Chef School, Vancouver Institute of Media Arts, Alberta Bible College, Herzing College, Canadian Memorial Chiropractic College, and

NOTES

1. « Étudiant équivalent à temps plein » désigne un étudiant à temps complet ou l'équivalent d'un étudiant à temps complet d'un établissement d'enseignement.
2. Voir *Alberta (Éducation) c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37 [Alberta]; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada*, 2012 CSC 36 [Bell].
3. *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, LC 2012, ch. 20 [LMDA].
4. Voir *Canadian Copyright Licensing Agency c Université York*, 2017 CF 669 [York].
5. Se reporter à l'annexe pour voir la liste de l'ensemble des personnes et des organisations qui avaient initialement demandé le statut d'opposants et d'intervenants.
6. *Access Copyright – Établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013* (23 décembre 2010) Commission du droit d'auteur au para 4 (décision tarif provisoire) [Tarif provisoire d'Access (2011-2013)].
7. La définition de « collège indépendant » n'est pas donnée dans les projets de tarif d'Access. Au paragraphe 59 de la pièce AC-2, Access explique que cette catégorie regroupe un éventail très diversifié d'établissements : [TRADUCTION] « Pour le milieu de l'enseignement postsecondaire, Access Copyright offre aussi actuellement une licence type à l'intention des collèges indépendants, c'est-à-dire les collèges de formation postsecondaire ou d'enseignement professionnel qui ne sont pas membres de l'ACCC. » Les collèges indépendants comprennent des

- Maritime Christian College (Exhibits AC-2HH; AC-2II).
- établissements comme la Stratford Chefs School, le Vancouver Institute of Media Arts, l'Alberta Bible College, le Collège Herzing, le Canadian Memorial Chiropractic College, et le Maritime Christian College (Pièces AC-2HH; AC-2II).
8. *Access Copyright – Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2013* (23 September 2011) Copyright Board (reasons - application to vary the interim tariff: transactional licence) [*Access Interim Tariff – Transactional Licence*].
 8. *Access Copyright – Établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013* (23 septembre 2011) Commission du droit d'auteur (motifs - demande de modification du tarif provisoire : licence transactionnelle) [*Tarif provisoire d'Access – Licence transactionnelle*].
 9. *Association of Universities and Colleges of Canada v Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 96 at para 2 [AUCC].
 9. *Association des universités et collèges du Canada c Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 96 au para 2 [AUCC].
 10. *Ibid.*
 10. *Ibid.*
 11. At that time, the remaining intervenors were Sean Maguire, CAUT, CFS and Ariel Katz.
 11. À ce stade, les intervenants restants étaient Sean Maguire, l'ACPPU, la FCEE et Ariel Katz.
 12. Except for proprietary colleges, which paid \$3.58 and \$0.11 per page.
 12. À l'exception des collèges indépendants, qui devaient payer 3,58 \$ et 0,11 \$ par page.
 13. Exhibits AC-2KK and AC-2JJ (the fair dealing policies of AUCC and ACCC, respectively).
 13. Pièces AC-2KK et AC-2JJ (les politiques sur l'utilisation équitable de l'AUCC et de l'ACCC, respectivement).
 14. The policies permit the reproduction of a chapter without limitations, while both the proposed tariffs and AUCC's and ACCC's licences limit the reproduction of chapters to 20 per cent.
 14. Ces politiques autorisent la reproduction d'un chapitre sans restriction, alors que les projets de tarif et les ententes de licence conclues avec l'AUCC et l'ACCC autorisent la reproduction d'un chapitre dans une proportion ne dépassant pas 20 pour cent.
 15. Exhibit AC-23N.
 15. Pièce AC-23N.
 16. Exhibit AC-23P.
 16. Pièce AC-23P.

- | | | | |
|-----|--|-----|--|
| 17. | Access did not ask for an interim tariff for 2014-2017. | 17. | Access n'a pas demandé de tarif provisoire pour 2014 à 2017. |
| 18. | Exhibit AC-23 at para 36. | 18. | Pièce AC-23 au para 36. |
| 19. | Mr. Andrews stood in for Mr. Nordal at the hearing. | 19. | M. Andrews a remplacé M. Nordal à l'audience. |
| 20. | Statement stemming from a question of Vice-Chairman Majeau, Transcripts, Vol 1 at pp 172-173. | 20. | Déclaration découlant d'une question du vice-président, M. Majeau, transcriptions, vol 1 aux pp 172-173. |
| 21. | Repertoire analysis of responses to interrogatories in abeyance from a sample of ACCC members (Exhibit AC-2MM). | 21. | Analyse du répertoire axée sur les réponses aux demandes de renseignements en suspens obtenues auprès d'un échantillon de membres de l'ACCC (pièce AC-2MM). |
| 22. | Exhibit AC-4. | 22. | Pièce AC-4. |
| 23. | Exhibit AC-25 (update to Exhibit AC-5). | 23. | Pièce AC-25 (mise à jour de la pièce AC-5). |
| 24. | Exhibit AC-14. | 24. | Pièce AC-14. |
| 25. | Exhibit AC-46 at p 46. | 25. | Pièce AC-46 à la p 46. |
| 26. | Subsection 4(3) of the proposed tariffs. | 26. | Paragraphe 4(3) des projets de tarif. |
| 27. | Subsection 5(4) of the proposed tariffs. | 27. | Paragraphe 5(4) des projets de tarif. |
| 28. | On average, universities and colleges paid Access \$19 and \$7, respectively: Exhibit AC-18 at para 169. The licences then in force only covered paper copies. | 28. | En moyenne, les universités et les collèges ont payé à Access 19 \$ et 7 \$ respectivement; pièce AC-18 au para 169. Les licences alors en vigueur ne visaient que les copies papier. |
| 29. | Access defines "fair market value" (FMV) as the highest price available in an open and unrestricted market between informed and prudent parties, acting at arm's length and under no compulsion to act, expressed in terms of cash. See Exhibit AC-12 at para 2. | 29. | Access définit la « juste valeur marchande » (JVM) comme le prix le plus haut, exprimé en espèces, dans un marché libre et dépourvu de toute restriction dont conviennent les parties éclairées et prudentes, agissant sans lien de dépendance et sans contrainte aucune. Voir la pièce AC-12 au para 2. |
| 30. | <i>Alberta, supra</i> note 2. | 30. | <i>Alberta, supra</i> note 2. |
| 31. | <i>CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada</i> , 2004 SCC 13 [<i>CCH</i>]. | 31. | <i>CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada</i> , 2004 CSC 13 [<i>CCH</i>]. |

32. *Alberta, supra* note 2.
 33. *Bell, supra* note 2.
 34. *Access Copyright (Educational Institutions) 2005-2009* (26 June 2009) Copyright Board at para 84 [*Access – K-12 (2005-2009)*].
 35. *Ibid* at para 86.
 36. *Access Copyright (Educational Institutions) 2010-2015* (19 February 2016) Copyright Board at para 234 [*Access – K-12 (2010-2015)*].
 37. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v Canada*, 2018 FCA 58 at paras 130-147 [*Access v Canada*].
 38. Exhibits AC-49 at paras 13ff; AC-2 at paras 11ff.
 39. Exhibit AC-50 at paras 24-25. See also Exhibit AC-48 at paras 7ff.
 40. *Ibid*.
 41. Exhibit AC-2 at para 15.
 42. *Ibid* at para 80.
 43. Testimony of R. Levy, Transcripts, Vol 1 at pp 61-65.
 44. *Ibid*. See also Exhibit AC-49 at paras 16-17.
 45. Transcripts, Vol 1 at pp 64-65.
 46. Transcripts, Vol 5 at p 796. See also Exhibit AC-49 at para 13.
 47. Transcripts, Vol 1 at pp 62-64.
 48. Historically, until 2012, only copies included in course packs needed to be reported. Access subsequently
32. *Alberta, supra* note 2.
 33. *Bell, supra* note 2.
 34. *Access Copyright (Établissements d'enseignement) 2005-2009* (26 juin 2009) Commission du droit d'auteur au para 84 [*Access – K-12 (2005-2009)*].
 35. *Ibid* au para 86.
 36. *Access Copyright (Établissements d'enseignement) 2010-2015* (19 février 2016) Commission du droit d'auteur au para 234 [*Access – K-12 (2010-2015)*].
 37. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c Canada*, 2018 CAF 58 aux para 130-147 [*Access c Canada*].
 38. Pièces AC-49 aux para 13 et s; AC-2 aux para 11 et s.
 39. Pièce AC-50 aux para 24-25. Voir aussi la pièce AC-48 aux para 7 et s.
 40. *Ibid*.
 41. Pièce AC-2 au para 15.
 42. *Ibid* au para 80.
 43. Témoignage de R. Levy, transcriptions, vol 1 aux pp 61-65.
 44. *Ibid*. Voir aussi la pièce AC-49 aux para 16-17.
 45. Transcriptions, vol 1 aux pp 64-65.
 46. Transcriptions, vol 5 à la p 796. Voir aussi la pièce AC-49 au para 13.
 47. Transcriptions, vol 1 aux pp 62-64.
 48. Historiquement, jusqu'en 2012, seules les copies insérées dans les recueils de cours devaient être déclarées. Access a

- subjected digital copies to this requirement as well.
49. Exhibit AC-18 at para 13.
50. *Siemens v Howard*, 2017 BCSC 587 at para 130, aff' 2018 BCCA 197, citing Peter Watts and FMB Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 21st ed (London: Thomson Reuters, 2018) at p 62; see also GHL Fridman, *Canadian Agency Law*, 3rd ed (Toronto: Lexis Nexis, 2017) at pp 57-58 for a discussion of ratified agency by implication.
51. *1196303 Inc v Glen Grove Suites Inc*, 2015 ONCA 580 at para 71.
52. See Fridman, *supra* note 50 at pp 47, 57-58.
53. *Swift v Tomecek Roney Little & Associates Ltd*, 2014 ABCA 49 at para 22.
54. *ADAG Corporation Canada Ltd v SaskEnergy Incorporated*, 2018 SKCA 14 at para 76.
55. Exhibit AC-49 at paras 14-15.
56. Exhibit AC-2 at para 15. See also Exhibit AC-49 at paras 15-17.
57. *Access Copyright (Provincial and Territorial Governments), 2005-2014* (22 May 2015) Copyright Board [Access – Governments].
58. Access applied for judicial review of that decision, but not on the issue of the repertoire or the fact that the copies of works of non-affiliates were excluded from the calculation of the compensation. The Federal Court of Appeal dismissed the application on March 22, 2018: *Canadian Copyright*
- subséquentement imposé cette exigence dans le cas des copies numériques également.
49. Pièce AC-18 au para 13.
50. *Siemens v Howard*, 2017 BCSC 587 au para 130, conf par 2018 BCCA 197, citant Peter Watts et FMB Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 21^e éd, London, Thomson Reuters, 2018 à la p 62; voir aussi GHL Fridman, *Canadian Agency Law*, 3^e éd, Toronto, Lexis Nexis, 2017 aux pp 57-58 pour une analyse du mandat tacite ratifié.
51. *1196303 Inc v Glen Grove Suites Inc*, 2015 ONCA 580 au para 71.
52. Voir Fridman, *supra* note 50 aux pp 47, 57-58.
53. *Swift v Tomecek Roney Little & Associates Ltd*, 2014 ABCA 49 au para 22.
54. *ADAG Corporation Canada Ltd v SaskEnergy Incorporated*, 2018 SKCA 14 au para 76.
55. Pièce AC-49 aux para 14-15.
56. Pièce AC-2 au para 15. Voir aussi la pièce AC-49 aux para 15-17.
57. *Access Copyright (Gouvernements provinciaux et territoriaux), 2005-2014* (22 mai 2015) Commission du droit d'auteur [Access – Gouvernements].
58. Access a demandé le contrôle judiciaire de cette décision, mais pas sur la question du répertoire ni sur le fait que les copies d'œuvres de non-affiliés étaient exclues du calcul de la rémunération. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande le 22 mars 2018 : *Canadian Copyright*

Licensing Agency (Access Copyright) v Canada, 2018 FCA 58.

Licensing Agency (Access Copyright) c Canada, 2018 CAF 58.

- | | |
|---|---|
| 59. See <i>Re: Sound v Fitness Industry Council of Canada and Goodlife Fitness Centres Inc</i> , 2014 FCA 48 [Goodlife]. | 59. Voir <i>Ré: Sonne c Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada et Goodlife Fitness Centres Inc</i> , 2014 CAF 48 [Goodlife]. |
| 60. Exhibit AC-21 at paras 200ff; see also Exhibit AC-49 at para 20. | 60. Pièce AC-21 aux para 200 et s; voir aussi la pièce AC-49 au para 20. |
| 61. Exhibit AC-49 at para 23. | 61. Pièce AC-49 au para 23. |
| 62. Exhibit AC-21 (Responses questions of 18 February 2014) at para 204. | 62. Pièce AC-21 (Réponses aux questions du 18 février 2014) au para 204. |
| 63. <i>Access – Governments</i> , <i>supra</i> note 57 at para 158. | 63. <i>Access – Gouvernements</i> , <i>supra</i> note 57 au para 158. |
| 64. <i>Ibid</i> at para 161. | 64. <i>Ibid</i> au para 161. |
| 65. <i>Ibid</i> at para 162. | 65. <i>Ibid</i> au para 162. |
| 66. <i>Ibid</i> at para 165. | 66. <i>Ibid</i> au para 165. |
| 67. Access had included this question at the beginning but withdrew it a few days before the hearing in June 2016. | 67. Access avait soulevé cette question au début, mais l'a retirée quelques jours avant l'audience en juin 2016. |
| 68. <i>Access v Canada</i> , <i>supra</i> note 37. | 68. <i>Access c Canada</i> , <i>supra</i> note 37. |
| 69. Transcripts, Vol 5 at p 790; see also Exhibit AC-49 at paras 19ff. | 69. Transcriptions, vol 5 à la p 790; voir aussi la pièce AC-49 aux para 19 et s. |
| 70. Exhibit AC-2F. This agreement was used until it was replaced in 2015. | 70. Pièce AC-2F. Cette entente était utilisée jusqu'à ce qu'elle soit remplacée en 2015. |
| 71. Exhibit AC-23C. | 71. Pièce AC-23C. |
| 72. Exhibits AC-33 at para 2; AC-33A; Transcripts, Vol 1 at pp 54ff (R. Levy's testimony). | 72. Pièces AC-33 au para 2; AC-33A; transcriptions, vol 1 aux pp 54 et s (témoignage de R. Levy). |
| 73. Exhibit AC-33. | 73. Pièce AC-33. |
| 74. Access did not ask the authors to sign a waiver. This does not affect the case since Access has shown it was authorized to manage the reproduction right of the publishers, as they held an | 74. Access n'a pas demandé aux auteurs de signer une renonciation. Ce fait n'a aucune incidence en l'espèce car Access a démontré qu'elle était autorisée à gérer le droit de |

- assignment or licence to exploit the work, including with regard to reproduction rights. See Exhibit AC-50C.
75. Exhibit AC-49 at paras 31ff.
76. Transcripts, Vol 5 at p 835; see also Exhibit AC-22 at paras 31ff.
77. *Goodlife, supra* note 59 at para 52.
78. *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Bell Canada Inc*, 2010 FCA 139 at paras 32ff [*Bell - FCA*].
79. *Goodlife, supra* note 59 at paras 52ff.
80. *Bell - FCA, supra* note 78 at para 27.
81. *Ibid* at para 33.
82. We do not suggest that Mr. Maguire's participation was not helpful; however, it is not a substitute for institutional input.
83. The Board's duty to certify a fair and equitable tariff has been dealt with in numerous decisions; see for example *Bell - FCA, supra* note 78 at paras 32-34.
84. Exhibit AC-12 at paras 8-11.
85. Exhibit AC-12 at para 46.
86. Exhibit AC-31 at paras 11-14.
87. A market is pseudo-competitive if it is a competitive market or a market with few buyers and sellers who bargain with roughly equal bargaining power so that a competitive market outcome emerges.
- reproduction des éditeurs, puisqu'ils avaient obtenu une cession ou une licence pour exploiter l'œuvre, y compris eu égard aux droits de reproduction. Voir la pièce AC-50C.
75. Pièce AC-49 aux para 31 et s.
76. Transcriptions, vol 5 à la p 835; voir aussi la pièce AC-22 aux para 31 et s.
77. *Goodlife, supra* note 59 au para 52.
78. *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Bell Canada inc*, 2010 CAF 139 aux para 32 et s [*Bell - CAF*].
79. *Goodlife, supra* note 59 aux para 52 et s.
80. *Bell - CAF, supra* note 78 au para 27.
81. *Ibid* au para 33.
82. Nous ne voulons pas insinuer que la participation de M. Maguire n'était pas utile; toutefois, elle ne peut être un substitut à la participation des établissements.
83. L'obligation qui incombe à la Commission d'homologuer un tarif juste et équitable a été examinée dans de nombreuses décisions; voir par ex. *Bell - CAF, supra* note 78 aux para 32-34.
84. Pièce AC-12 aux para 8-11.
85. Pièce AC-12 au para 46.
86. Pièce AC-31 aux para 11-14.
87. Un marché est pseudo-concurrentiel s'il s'agit d'un marché concurrentiel ou d'un marché où négocient un petit nombre d'acheteurs et de vendeurs ayant un pouvoir de négociation à peu près égal de sorte qu'un effet concurrentiel se produit sur le marché.

88. There are two obvious versions of similarity in the copyright context. A market may be similar to another if it trades the same right for different activities. Alternatively, a market may be similar to another if it trades different rights for the same activity.
89. *Access Copyright – Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2017* (9 June 2016) CB-CDA 2016-050 (notice).
90. Exhibit AC-50 at paras 8-9.
91. Exhibit AC-12 at para 38.
92. Exhibit AC-2BB.
93. Exhibit AC-2V at s 11(d).
94. Proposed tariff, as published in the *Canada Gazette*, June 12, 2010, at s 13(3).
95. *SOCAN Various Tariffs* (6 December 1993) Copyright Board at p 18.
96. *Re: Sound Tariff 8 – Non-Interactive and Semi-Interactive Webcasts, 2009-2012* (16 May 2014) Copyright Board at para 121 [*Re: Sound 8, 2009-2012*].
97. The licences signed by the Universities of Toronto and Western Ontario were substantially similar to AUCC’s Model Licence in most of their terms and conditions. The former licences provided for a royalty of \$27.50 per FTE, with a clause saying that if Access concluded a more favourable licence in the future, these two universities could pay under those more favourable terms. In that sense, the licences of the Universities of Toronto and Western Ontario are effectively identical to the 2012 AUCC Model Licence.
88. Deux versions de la similarité sont évidentes dans le contexte du droit d’auteur. Un marché peut être semblable à un autre si on y négocie le même droit pour des activités différentes. À l’inverse, un marché peut être semblable à un autre si on y négocie des droits différents pour la même activité.
89. *Access Copyright – Établissements d’enseignement postsecondaires, 2011-2017* (9 juin 2016) CB-CDA 2016-050 (avis).
90. Pièce AC-50 aux para 8-9.
91. Pièce AC-12 au para 38.
92. Pièce AC-2BB.
93. Pièce AC-2V à l’alinéa 11d).
94. Projet de tarif publié dans la *Gazette du Canada*, 12 juin 2010 au para 13(3).
95. *SOCAN – Tarifs divers* (6 décembre 1993) Commission du droit d’auteur à la p 18.
96. *Tarif 8 de Ré: Sonne – Webdiffusions non interactives et semi-interactives, 2009-2012* (16 mai 2014) Commission du droit d’auteur au para 121 [*Ré: Sonne 8, 2009-2012*].
97. Les ententes de licence signées par les universités de Toronto et de Western Ontario étaient essentiellement semblables à l’entente de licence type de l’AUCC pour ce qui est de la plupart des modalités. Les licences des universités prévoyaient une redevance de 27,50 \$ par ETP, et comportaient une clause selon laquelle si Access concluait une entente de licence plus favorable dans l’avenir, les deux universités pourraient profiter de ces prix plus avantageux. En ce sens, les licences des universités de Toronto et

de Western Ontario sont pour ainsi dire identiques à la licence type de l'AUCC de 2012.

- | | |
|--|---|
| 98. Exhibit AC-2 at paras 47-48. | 98. Pièce AC-2 aux para 47-48. |
| 99. Exhibit AC-22 at para 15. | 99. Pièce AC-22 au para 15. |
| 100. <i>Hubbard v Vosper</i> , [1972] 1 All ER 1023 (CA) at p 1027; excerpt reproduced in <i>CCH</i> , <i>supra</i> note 31 at para 52. | 100. <i>Hubbard c Vosper</i> , [1972] 1 All ER 1023 (CA) à la p 1027; extrait reproduit dans l'arrêt <i>CCH</i> , <i>supra</i> note 31 au para 52. |
| 101. <i>Access – Governments</i> , <i>supra</i> note 57 at paras 21ff. | 101. <i>Access – Gouvernements</i> , <i>supra</i> note 57 aux para 21 et s. |
| 102. Exhibit AC-23N at s 13(b). | 102. Pièce AC-23N à l'art 13(b). |
| 103. Exhibit AC-23 at para 30; see also Access' responses to the Board's questions on June 3, 2015 (Exhibit AC-32). | 103. Pièce AC-23 au para 30; voir aussi les réponses d'Access aux questions de la Commission du 3 juin 2015 (pièce AC-32). |
| 104. Transcripts, Vol 5 at pp 851ff. | 104. Transcriptions, vol 5 aux pp 851 et s. |
| 105. Exhibit AC-49 at paras 47ff. A copy of these guidelines was submitted in evidence by Access. In the preamble, it is stated that these policies are based on CCH and Alberta, rendered in 2004 and 2012, respectively. See Exhibit AC-2KK. | 105. Pièce AC-49 aux para 47 et s. Access a produit en preuve une copie de ces lignes directrices. Dans le préambule, il est mentionné que les politiques en question sont fondées sur les arrêts <i>CCH</i> et <i>Alberta</i> , rendus en 2004 et en 2012, respectivement. Voir la pièce AC-2KK. |
| 106. Exhibit AC-49 at paras 76ff. | 106. Pièce AC-49 aux para 76 et s. |
| 107. <i>York</i> , <i>supra</i> note 4. | 107. <i>York</i> , <i>supra</i> note 4. |
| 108. <i>Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v British Columbia (Education)</i> , 2017 FCA 16 at paras 58ff [<i>Access Copyright v British Columbia</i>]. | 108. <i>Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c Colombie-Britannique (Éducation)</i> , 2017 CAF 16 aux para 58 et s [<i>Access Copyright c Colombie-Britannique</i>]. |
| 109. Exhibit AC-22 at para 15. | 109. Pièce AC-22 au para 15. |
| 110. Exhibit AC-49 at para 98. | 110. Pièce AC-49 au para 98. |
| 111. Exhibit AC-46 at pp 19, 43. See also Exhibit AC-23 at paras 32-34. | 111. Pièce AC-46 aux pp 19, 43. Voir aussi la pièce AC-23 aux para 32-34. |

- | | |
|---|---|
| 112. Exhibit AC-23 at para. 24. | 112. Pièce AC-23 au para 24. |
| 113. Transcripts, Vol 1 at pp 114-115. | 113. Transcriptions, vol 1 aux pp 114-115. |
| 114. In addition to the Premium Licence, Access also offered the Choice Licence. Both the Premium and Choice Licences were offered to the colleges as well. For brevity, we focus on the Premium Licence, university edition. Exhibit AC-23M contains the marketing material for these licences, as filed with the Board. | 114. Outre la licence Premium, Access offrait également la licence Choice. Les licences Premium et Choice étaient toutes deux offertes aussi aux collèges. Par souci de concision, nous examinons plus particulièrement la licence Premium offerte aux universités. La pièce AC-23M contient les documents promotionnels de ces licences qui ont été déposés auprès de la Commission. |
| 115. Exhibit AC-2 at para 19. | 115. Pièce AC-2 au para 19. |
| 116. Exhibit AC-23N at s 5(b). | 116. Pièce AC-23N à l'art 5(b). |
| 117. Exhibit AC-23N at s 8(a). | 117. Pièce AC-23N à l'art 8(a). |
| 118. Exhibits AC-31 at paras 2, 49, 59; AC-46 at p 48. | 118. Pièces AC-31 aux para 2, 49, 59; AC-46 à la p 48. |
| 119. <i>Re:Sound 8, 2009-2012, supra</i> note 96. | 119. <i>Ré:Sonne 8, 2009-2012, supra</i> note 96. |
| 120. Exhibit AC-31 at para 23. | 120. Pièce AC-31 au para 23. |
| 121. Of course, there are three different prices for the Premium Licence, depending on the duration thereof. | 121. Bien entendu, la licence Premium est assortie de trois prix différents, en fonction de sa durée. |
| 122. Exhibit AC-20 at p 2. | 122. Pièce AC-20 à la p 2. |
| 123. The average enrollment among the 35 institutions who were Model Licensees is greater than 11,000. See Exhibit AC-50D. | 123. Le nombre moyen d'inscriptions dans les 35 établissements ayant une licence type est supérieur à 11 000. Voir la pièce AC-50D. |
| 124. <i>Access – Governments, supra</i> note 57 at para 56. | 124. <i>Access – Gouvernements, supra</i> note 57 au para 56. |
| 125. Exhibits AC-12 at paras 51, 56; AC-31 at paras 27, 92. | 125. Pièces AC-12 aux para 51, 56; AC-31 aux para 27, 92. |
| 126. Exhibit AC-21 at para 99. | 126. Pièce AC-21 au para 99. |
| 127. Exhibit AC-21 at para 160. | 127. Pièce AC-21 au para 160. |

128. *Access – K-12 (2010-2015)*, *supra* note 36 at paras 225-226.
129. *Access Copyright v British Columbia*, *supra* note 108 at para 40.
130. *Access Copyright – Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2017* (9 June 2016) CB-CDA 2016-050 (notice).
131. Exhibit AC-50 at para 16.
132. *Ibid* at para 19.
133. *Ibid* at para 21.
134. *Ibid* at para 23.
135. Letter from Maureen Armstrong, University Secretary and General Counsel to York University (9 February 2016) at pp 3, 5.
136. *Ibid* at p 2.
137. See *Access Copyright – Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2017* (6 June 2011) Copyright Board (ruling); (18 August 2011) Copyright Board (ruling).
138. *AUCC*, *supra* note 9.
139. *Access Interim Tariff – Transactional Licence*, *supra* note 8 at paras 22-24.
140. See Letter from Erin Finlay, General Counsel to Access Copyright (4 March 2016); see also Exhibit AC-33.
141. *Netflix, Inc v Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2015 FCA 289 at para 43.
142. Transcripts, Vol 5 at p 822.
128. *Access – K-12 (2010-2015)*, *supra* note 36 aux para 225-226.
129. *Access Copyright c Colombie-Britannique*, *supra* note 108 au para 40.
130. *Access Copyright – Établissements d’enseignement postsecondaires, 2011-2017* (9 juin 2016) CB-CDA 2016-050 (avis).
131. Pièce AC-50 au para 16.
132. *Ibid* au para 19.
133. *Ibid* au para 21.
134. *Ibid* au para 23.
135. Lettre de Maureen Armstrong, secrétaire de l’Université et avocate générale de l’Université York (9 février 2016) aux pp 3, 5.
136. *Ibid* à la p 2.
137. Voir *Access Copyright – Établissements d’enseignement postsecondaires, 2011-2017* (6 juin 2011) Commission du droit d’auteur (ordonnance); (18 août 2011) Commission du droit d’auteur (ordonnance).
138. *AUCC*, *supra* note 9.
139. *Tarif provisoire d’Access – Licence transactionnelle*, *supra* note 8 aux para 22-24.
140. Voir la lettre de Erin Finlay, avocate générale d’Access Copyright (4 mars 2016); voir aussi la pièce AC-33.
141. *Netflix, Inc c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2015 CAF 289 au para 43.
142. Transcriptions, vol 5 à la p 822.

143. The University of Toronto made this request in 2013, when it objected to Access' request to file additional evidence regarding the digital copies made at this institution. It asked the Board not to admit this evidence or, in the alternative, to reduce the volume of copying from a third party in order to take into account the licences entered into with third parties. The Board admitted the evidence regarding the volume of digital copies. As for reducing the rate, the Board held that this issue was a matter of weighing the evidence and thus premature at that stage. Ultimately, the Board having decided to certify a tariff based on benchmark licences rather than one based on the volume of copying, the question of how much weight to give to these licences is no longer relevant.
144. Exhibit Maguire-1 at para 7.
145. Exhibit AC-33 at para 1.
146. *Access – Governments, supra* note 57.
147. *Online Music Services Tariff (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)* (26 August 2017) Copyright Board.
148. *Canadian Broadcasting Corp v SODRAC 2003 Inc*, 2015 SCC 57; *York, supra* note 4.
143. L'Université de Toronto a fait cette demande en 2013, quand elle s'opposait à la demande d'Access qui voulait déposer des éléments de preuve supplémentaires concernant les copies numériques faites dans l'établissement. L'Université de Toronto a demandé à la Commission de ne pas admettre ces éléments en preuve ou, à titre subsidiaire, de réduire le volume de copies d'œuvres de tiers pour tenir compte des ententes de licence conclues avec ceux-ci. La Commission a admis en preuve les éléments qui concernaient le volume de copies numériques. Pour ce qui est de la réduction de taux, la Commission était d'avis que la question devait s'inscrire dans l'appréciation de la preuve et qu'il était ainsi trop tôt pour se prononcer à ce stade. En définitive, la Commission ayant décidé d'homologuer un tarif reposant sur des licences de référence plutôt que sur le volume de copies, il n'est plus pertinent de se demander quel poids devrait être accordé à ces licences.
144. Pièce Maguire-1 au para 7.
145. Pièce AC-33 au para 1.
146. *Access – Gouvernements, supra* note 57.
147. *Tarif des services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (26 août 2017) Commission du droit d'auteur.
148. *Société Radio-Canada c SODRAC 2003 inc*, 2015 CSC 57; *York, supra* note 4.

APPENDIX / ANNEXE

List of Objectors and Intervenors / Liste des opposants et des intervenants

Objectors / Opposants

- Association of Canadian Community Colleges / Association des collèges communautaires du Canada
- Association of Universities and Colleges of Canada / Association des universités et des collèges du Canada
- Athabasca University / Université d'Athabasca
- British Columbia Association of Institutes and Universities

Intervenors / Intervenants

- Ambrose University / Université Ambrose
- Ariel Katz
- Canadian Alliance of Student Associations / Alliance canadienne des associations étudiantes
- Canadian Association of University Teachers / Association canadienne des professeures et professeurs d'université
- Canadian Federation of Students / Fédération canadienne des étudiantes et étudiants
- Government of Alberta / Gouvernement de l'Alberta
- Jay Rahn
- Mark McCutcheon
- Meera Nair
- Nancy Pardoe
- Sean Hunt
- Sean Maguire
- St-Mary's University College / Collège universitaire St-Mary's
- Yellowhead Tribal College / Collège tribal de Yellowhead