

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Canadian Recording Industry Association and CMRRA-SODRAC Inc. *Appellants*

v.

Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., TELUS Communications Inc., Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada *Respondents*

and

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Association of University Teachers, Canadian Legal Information Institute and Computer & Communications Industry Association *Intervenors*

INDEXED AS: SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. BELL CANADA

2012 SCC 36

File No.: 33800.

2011: December 6; 2012: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Online music service providers giving customers the ability to listen to free previews of musical works prior to purchase of musical works — Collective society seeking to collect royalties for use of previews — Whether the use of previews

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement et CMRRA-SODRAC Inc. *Appelantes*

c.

Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P., Société TELUS Communications, Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement *Intimées*

et

Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Association canadienne des professeures et des professeurs d'université, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Institut canadien d'information juridique et Computer & Communications Industry Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE c. BELL CANADA

2012 CSC 36

N° du greffe : 33800.

2011 : 6 décembre; 2012 : 12 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Services de musique en ligne offrant au consommateur, avant l'achat d'une œuvre musicale, la possibilité d'en écouter gratuitement un extrait — Société de gestion collective alléguant le droit de percevoir une redevance pour

constitutes “fair dealing” — *Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.*

S represents composers, authors and music publishers and administers their performing and communication rights. S filed proposed tariffs with the Copyright Board for the determination of royalties to be paid when musical works are communicated to the public over the Internet. The Board agreed that S was entitled to collect royalties for the downloading of musical works but not for previews, which consist of 30- to 90-second excerpts of musical works that can be listened to by consumers prior to purchasing the work. In the Board’s view, the use of previews was not an infringement of copyright since it was “fair dealing” for the purpose of research under s. 29 of the *Copyright Act*, and, accordingly, no royalties were required to be paid to S. The Federal Court of Appeal upheld the Board’s decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Fair dealing allows users to engage in activities that might otherwise amount to copyright infringement. The purpose of the fair dealing analysis under the *Copyright Act* is to determine whether the proper balance has been achieved between protection of the exclusive rights of authors and copyright owners and access to their works by the public.

The test for fair dealing was articulated in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, and involves two steps. The first step is to determine whether the dealing is for the purpose of either “research” or “private study”, the two allowable purposes listed under s. 29 of the *Copyright Act*. The second step assesses whether the dealing is “fair”.

The first inquiry in this case is whether the previews are provided for the allowable purpose of “research” under the first step of the fair dealing test. The purpose of “research” should be analyzed from the perspective of the consumer as the ultimate user, not the online service provider. The Board properly considered the previews from the perspective of the consumer’s purpose, namely, conducting research to identify which music to purchase.

“Research” need not be for creative purposes only. Permitting only creative purposes to qualify as “research” would ignore the fact that one of the objectives of the *Copyright Act* is the dissemination of the works themselves. Limiting “research” to creative

l’écoute préalable d’un extrait — Cette écoute constitue-t-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

S représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique et elle gère leurs droits d’exécution et de communication. Elle a demandé à la Commission du droit d’auteur de fixer les redevances exigibles lors de la communication au public d’œuvres musicales sur Internet. La Commission a convenu que S pouvait percevoir une redevance pour le téléchargement d’une œuvre musicale, mais pas pour l’écoute préalable d’un extrait de celle-ci, d’une durée de 30 à 90 secondes, avant que le consommateur ne décide d’acheter l’œuvre ou non. À son avis, l’écoute préalable ne viole pas le droit d’auteur, car elle peut être assimilée à l’« utilisation équitable » aux fins de recherche que permet l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur* et, partant, elle n’emporte pas le versement de redevances à S. La Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la Commission.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’utilisation équitable permet certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur. L’analyse y afférente fondée sur la *Loi sur le droit d’auteur* vise à déterminer si un juste équilibre a été établi entre la protection des droits exclusifs des auteurs et des titulaires du droit d’auteur et l’accès du public à leurs œuvres.

Énoncé dans l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, le critère relatif à l’utilisation équitable comporte deux volets. Dans le cadre du premier, il s’agit de savoir si l’utilisation a pour but la « recherche » ou l’« étude privée », les deux seules fins expressément prévues à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le second volet s’attache à déterminer si l’utilisation est « équitable ».

Suivant le premier volet du critère relatif à l’utilisation équitable, il faut d’abord se demander en l’espèce si les extraits sont offerts à la fin permise de « recherche ». Le bon angle d’analyse n’est alors pas celui du fournisseur de services en ligne, car il faut considérer la situation du point de vue du consommateur en tant qu’utilisateur ultime. La Commission a dûment considéré les extraits en fonction de la fin poursuivie par le consommateur, soit la recherche de pièces musicales à acquérir.

Une fin de « recherche » ne s’entend pas seulement d’une fin créative. Conclure en ce sens serait oublier que la diffusion des œuvres constitue l’un des objectifs de la *Loi sur le droit d’auteur*. Ce serait également contraire au sens ordinaire du mot « recherche » auquel

purposes would also run counter to the ordinary meaning of “research”, which includes many activities that do not require the establishment of new facts or conclusions. The fair dealing exception must not be interpreted restrictively and “research” must be given a large and liberal interpretation.

The inquiry then moves to the second step set out in *CCH*, namely, determining whether the use of previews was “fair”. The factors to be considered in determining whether a dealing is fair are the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

The Board properly concluded that previews constituted fair dealing. The guiding perspective is that of the ultimate user or consumer. The service providers facilitate the research purposes of the consumers. There are reasonable safeguards in place to ensure that the previews are being used for this purpose.

With respect to the character of the dealing, users do not keep a permanent copy of the preview, since the file is streamed and automatically deleted from the user’s computer once the preview is heard. As a result, copies cannot be duplicated or further disseminated.

The “amount of the dealing” factor should not be assessed on the basis of the aggregate number of previews that are streamed by consumers. This factor should be assessed by looking at the proportion of the preview in relation to the whole work, not the aggregate amount of music heard through previews. Streaming a preview of several seconds is a modest amount when compared to the whole work.

Under the remaining factors, there are no alternatives to the dealing that as effectively demonstrate to a consumer what a musical work sounds like. Previews are therefore reasonably necessary to help consumers research what to purchase. Unless a potential customer can locate and identify the work he or she wants to buy, the work will not be disseminated. Short, low-quality previews do not compete with, or adversely affect, the downloading of the works themselves. Instead, their effect is to increase the sale and dissemination of copyrighted musical works.

The previews therefore constitute fair dealing under the *Copyright Act*.

on associe de nombreuses activités qui n'exigent pas l'établissement de faits nouveaux ou la formulation de conclusions nouvelles. Il ne faut pas interpréter restrictivement l'utilisation équitable, et le mot « recherche » doit être interprété de manière large et généreuse.

Au deuxième volet du critère de l'arrêt *CCH*, il faut déterminer si l'écoute préalable constitue une utilisation « équitable ». Les éléments à considérer sont alors le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation; l'existence de solutions de rechange à l'utilisation; la nature de l'œuvre; et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.

La Commission a conclu avec raison que l'écoute préalable constituait une utilisation équitable. Le point de vue qu'il convient d'adopter est celui de l'utilisateur final, le consommateur. Le fournisseur de services facilite la recherche, la fin que poursuit le consommateur, et des mesures garantissent raisonnablement que l'écoute préalable a lieu à cette fin.

En ce qui a trait à la nature de l'utilisation, l'utilisateur n'obtient pas de copie permanente; le fichier transmis en continu est en effet supprimé automatiquement dans l'ordinateur de l'utilisateur une fois l'écoute terminée, ce qui exclut toute reproduction ou nouvelle diffusion.

Il ne faut pas apprécier l'élément « ampleur de l'utilisation » au regard du nombre total d'extraits écoutés par les consommateurs grâce à la transmission en continu. C'est à l'aune du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière qu'il faut apprécier cet élément, et non en fonction de la quantité globale de musique écoutée grâce aux extraits. La transmission en continu d'un extrait de quelques secondes constitue une utilisation modeste par rapport à l'œuvre en entier.

En ce qui concerne les autres éléments, aucune solution de rechange à l'utilisation ne donne au consommateur une aussi bonne idée de la teneur de l'œuvre musicale. L'écoute préalable constitue donc un moyen raisonnablement nécessaire à la recherche par le consommateur de ce qu'il souhaite acquérir. Il n'y aura diffusion d'une œuvre que si un acquéreur éventuel peut la trouver puis décider de l'acheter. Étant donné leur courte durée et leur piètre qualité, les extraits ne font pas concurrence au téléchargement des œuvres elles-mêmes et ils n'ont pas d'effet préjudiciable sur elles. En fait, ils augmentent la vente et la diffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur.

L'écoute préalable constitue donc une utilisation équitable pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Cases Cited

Referred to: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp.2d 415 (2009); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357; *Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32; *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363.

Statutes and Regulations Cited

17 U.S.C. § 107 (2006).
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 29.1, 29.2.

Authors Cited

Craig, Carys J. “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
 D’Agostino, Giuseppina. “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use” (2008), 53 *McGill L.J.* 309.
 Drassinower, Abraham. “Taking User Rights Seriously”, in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2005, 462.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier JJ.A.), 2010 FCA 123, 403 N.R. 57, 320 D.L.R. (4th) 342, 83 C.P.R. (4th) 409, [2010] F.C.J. No. 570 (QL), 2010 CarswellNat 1333, affirming a decision of the Copyright Board, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] C.B.D. No. 7 (QL), 2007 CarswellNat 3466. Appeal dismissed.

Henry Brown, Q.C., Gilles M. Daigle, Paul Spurgeon and Matthew S. Estabrooks, for the

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp.2d 415 (2009); *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994); *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357; *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32; *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363.

Lois et règlements cités

17 U.S.C. § 107 (2006).
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29, 29.1, 29.2.

Doctrine et autres documents cités

Craig, Carys J. « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
 D’Agostino, Giuseppina. « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *R.D. McGill* 309.
 Drassinower, Abraham. « Taking User Rights Seriously », in Michael Geist, ed., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto : Irwin Law, 2005, 462.
 Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2010 CAF 123, 403 N.R. 57, 320 D.L.R. (4th) 342, 83 C.P.R. (4th) 409, [2010] A.C.F. n° 570 (QL), 2010 CarswellNat 1334, qui a confirmé une décision de la Commission du droit d’auteur, www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf, (2007), 61 C.P.R. (4th) 353, [2007] D.C.D.A. n° 7 (QL), 2007 CarswellNat 3467. Pourvoi rejeté.

Henry Brown, c.r., Gilles M. Daigle, Paul Spurgeon et Matthew S. Estabrooks, pour

appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

Glen A. Bloom, for the appellant the Canadian Recording Industry Association.

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

Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas and Julia Kennedy, for the respondents Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc.

Michael Koch, for the respondent Apple Canada Inc.

No one appeared for the respondents the Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada.

David Fewer and Jeremy de Beer, for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Alexandra Peterson, for the intervenor the Canadian Association of University Teachers.

Ronald E. Dimock and Sangeetha Punniyamoorthy, for the intervenors the Federation of Law Societies of Canada and the Canadian Legal Information Institute.

Andrea Rush, for the intervenor the Computer & Communications Industry Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The purchase of musical works is increasingly carried out over the Internet. Some commercial Internet sites that sell music allow consumers to preview musical works before making a purchase. The issue in this case is whether those

l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Glen A. Bloom, pour l'appelante l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement.

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

Gerald L. Kerr-Wilson, Ariel A. Thomas et Julia Kennedy, pour les intimées Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications.

Michael Koch, pour l'intimée Apple Canada Inc.

Personne n'a comparu pour les intimées Entertainment Software Association et l'Association canadienne du logiciel de divertissement.

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

Wendy Matheson, Andrew Bernstein et Alexandra Peterson, pour l'intervenante l'Association canadienne des professeures et des professeurs d'université.

Ronald E. Dimock et Sangeetha Punniyamoorthy, pour les intervenants la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et l'Institut canadien d'information juridique.

Andrea Rush, pour l'intervenante Computer & Communications Industry Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les gens font de plus en plus l'acquisition d'œuvres musicales sur Internet. Certains sites commerciaux de vente en ligne leur permettent d'écouter un extrait d'une œuvre musicale avant de décider de se la procurer ou non. En

previews constitute “fair dealing” under s. 29 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

Background

[2] The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) represents composers, authors and music publishers and administers their performing and communication rights. Its arguments before this Court were supported by the Canadian Recording Industry Association and CMRRA-SODRAC Inc.

[3] Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc. operate online music services that sell downloads of digital files of musical works. These services provide catalogues of digital audio files that allow users to identify musical works by title, album, genre and artist. The service providers also give consumers the ability to listen to free “previews” of those works before deciding which work to purchase. SOCAN seeks compensation for the provision of those previews over and beyond what would normally be paid for a music download or a CD.

[4] A preview consists of an extract taken from the work, usually 30 to 90 seconds of a musical track. Users are able to select and listen to the preview through an online “stream”, meaning that a temporary copy of the excerpt is heard by the user in such a way that his or her computer does not store a permanent copy of the preview. The previews help users decide whether to purchase a permanent download of the work. Apple’s iTunes service, for example, allows consumers to listen to previews as many times as they want, whether or not they make a purchase or have registered with the online service provider.

[5] As noted in the companion appeal (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012]

l’espèce, la question à trancher est celle de savoir si l’« utilisation équitable » visée à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, peut s’entendre de cette écoute préalable.

Contexte

[2] La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique et elle gère par ailleurs leurs droits d’exécution et de communication. La thèse qu’elle défend devant nous reçoit l’appui de l’Association de l’industrie canadienne de l’enregistrement et de CMRRA-SODRAC Inc.

[3] Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications exploitent des services de musique en ligne qui vendent le téléchargement de fichiers audionumériques. Leurs catalogues proposent des œuvres musicales classées par titre de piste ou d’album, genre ou artiste. Le consommateur peut, avant de décider d’acheter une œuvre ou non, en écouter gratuitement un extrait. La SOCAN demande qu’une somme soit exigible pour l’écoute d’un tel extrait en sus de ce qui est normalement versé pour l’obtention d’un téléchargement ou d’un disque compact.

[4] Généralement, l’extrait de la piste musicale dure de 30 à 90 secondes. L’utilisateur peut choisir la pièce et écouter l’extrait grâce à une transmission en continu, de sorte qu’il a accès à une copie temporaire qu’il ne peut conserver de manière permanente dans son ordinateur. L’écoute préalable guide l’utilisateur dans sa décision d’acheter ou non un téléchargement permanent de l’œuvre. Par exemple, grâce au service iTunes d’Apple, le consommateur peut écouter un extrait autant de fois qu’il le veut, sans obligation d’achat de sa part ni obligation d’être inscrit auprès du fournisseur en ligne.

[5] Comme il est précisé dans le pourvoi connexe (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs*

2 S.C.R. 283), SOCAN filed proposed tariffs targeting the years 1996 to 2006 with the Copyright Board of Canada in 1995 for the determination of royalties to be paid by users when musical works are communicated to the public over the Internet.

[6] In a decision released on October 18, 2007 (61 C.P.R. (4th) 353), the Board agreed that SOCAN was entitled to collect royalties for the downloading of musical works, but not for previews. In the Board's view, the use of previews was not an infringement of copyright since their use was "fair dealing" for the purpose of research under s. 29 of the *Copyright Act* based on the factors identified by McLachlin C.J. in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339. Because the previews were not an infringement of copyright, no royalties were required to be paid to SOCAN for their use.

[7] The Federal Court of Appeal upheld the Board's decision (2010 FCA 123, 403 N.R. 57). As would I.

Analysis

[8] In *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, this Court noted that copyright requires "a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator" (para. 30).

[9] *Théberge* reflected a move away from an earlier, author-centric view which focused on the exclusive right of authors and copyright owners to control how their works were used in the marketplace: see e.g. *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, at pp. 478-79. Under this former framework, any benefit the public might derive from the copyright system was only "a fortunate by-product of private entitlement": Carys J. Craig, "Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a

de musique, [2012] 2 R.C.S. 283), en 1995, la SOCAN a demandé à la Commission du droit d'auteur du Canada de fixer les redevances exigibles des utilisateurs pour les années 1996 à 2006 lors de la communication au public d'œuvres musicales sur Internet.

[6] Dans sa décision du 18 octobre 2007 (en ligne), la Commission a convenu que la SOCAN pouvait à bon droit percevoir des redevances pour le téléchargement d'œuvres musicales, mais pas pour l'écoute préalable. À son avis, l'écoute préalable ne violait pas le droit d'auteur, car elle pouvait être assimilée à l'« utilisation équitable » aux fins de recherche que permet l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* compte tenu des éléments énoncés par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339. L'écoute d'extraits ne constituant pas une violation du droit d'auteur, elle n'emportait pas le versement de redevances à la SOCAN.

[7] La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission (2010 CAF 123 (CanLII)), et j'abonde dans le même sens.

Analyse

[8] Dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, la Cour signale que l'application du droit d'auteur commande « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur » (par. 30).

[9] Dans cet arrêt, la Cour rompt avec une conception jusque-là centrée sur l'auteur de l'œuvre ainsi que sur le droit exclusif de l'auteur et du titulaire du droit d'auteur de décider de l'usage qui peut être fait de l'œuvre sur le marché : voir p. ex. *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, p. 478-479. Pour les tenants de cette conception, tout avantage que pouvait tirer le public du régime de protection du droit d'auteur ne représentait qu'une [TRADUCTION] « conséquence heureuse mais

Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, at pp. 14-15.

[10] *Théberge* focused attention instead on the importance copyright plays in promoting the public interest, and emphasized that the dissemination of artistic works is central to developing a robustly cultured and intellectual public domain. As noted by Professor David Vaver, both protection and access must be sensitively balanced in order to achieve this goal: *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 60.

[11] *CCH* confirmed that users’ rights are an essential part of furthering the public interest objectives of the *Copyright Act*. One of the tools employed to achieve the proper balance between protection and access in the *Act* is the concept of fair dealing, which allows users to engage in some activities that might otherwise amount to copyright infringement. In order to maintain the proper balance between these interests, the fair dealing provision “must not be interpreted restrictively”: *CCH*, at para. 48.

[12] *CCH* sets out the test for fair dealing under s. 29 of the *Copyright Act*:

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

While not specifically in issue in the case before us, ss. 29.1 and 29.2 of the *Act* also permit “fair dealing” for the purposes of criticism, review or news reporting.

[13] The test for fair dealing articulated in *CCH* involves two steps. The first is to determine whether

fortuite de la reconnaissance d’un droit privé » : Carys J. Craig, « Locke, Labour and Limiting the Author’s Right : A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law » (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, p. 14-15.

[10] Dans l’arrêt *Théberge*, la Cour s’attache plutôt à l’importance du droit d’auteur lorsqu’il s’agit de promouvoir l’intérêt public et elle souligne que la diffusion des œuvres artistiques joue un rôle crucial dans l’établissement d’un domaine public vigoureux sur les plans culturel et intellectuel. Le professeur David Vaver fait observer que, à cette fin, un équilibre judicieux s’impose entre, d’une part, la protection des œuvres et, d’autre part, l’accès à ces dernières : *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 60.

[11] L’arrêt *CCH* confirme que les droits des utilisateurs sont essentiels à la réalisation des objectifs de la *Loi* sur le droit d’auteur qui sont liés à l’intérêt public. L’exception au titre de l’utilisation équitable constitue l’un des moyens retenus par le législateur pour établir un juste équilibre entre protection et accès. Certaines activités qui, sans cette exception, pourraient violer le droit d’auteur, sont ainsi permises. Dès lors, pour maintenir un juste équilibre entre ces intérêts, « il ne faut pas [. . .] interpréter [l’exception] restrictivement » (*CCH*, par. 48).

[12] Dans *CCH*, la Cour énonce le critère permettant de déterminer si une utilisation est équitable pour l’application de l’exception prévue à l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur*, dont voici le libellé :

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

Les articles 29.1 et 29.2 de la *Loi*, dont l’application n’est pas précisément en jeu en l’espèce, permettent également une « utilisation équitable » aux fins de critique, de compte rendu ou de communication de nouvelles.

[13] Le critère établi dans *CCH* relativement à l’utilisation équitable comporte deux volets.

the dealing is for the purpose of either “research” or “private study”, the two allowable purposes listed under s. 29. The second step assesses whether the dealing is “fair”. The onus is on the person invoking “fair dealing” to satisfy both aspects of the test under *CCH*.

[14] To assist in determining whether the dealing is “fair”, this Court set out the following six fairness factors for guidance: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

[15] The first inquiry in this case, therefore, is whether previews are provided for the allowable purpose of “research” under the first step of the *CCH* fair dealing test. While *CCH* did not define the word “research”, it notably concluded that “[r]esearch” must be given a large and liberal interpretation in order to ensure that users’ rights are not unduly constrained” (para. 51).

[16] The Board defined “previews” as

a marketing tool offered by online music services, among others. A preview is an excerpt (usually 30 seconds or less) of a sound recording that can be streamed so that consumers are allowed to “preview” the recording to help them decide whether to purchase a (usually permanent) download. [para. 18]

[17] Based on the evidence it heard about the purpose of previews and the way they were used by consumers, the Board concluded that previews were used “either to determine whether the track suits the user’s tastes or to verify that the track is the one the user wants to buy” (para. 101). Listening to previews helped users identify what music to purchase. Since planning the purchase of a download involved “searching [and] investigation”, the Board was of the view that previews amounted to “research” under s. 29 of the *Copyright Act* (para. 109).

[18] The Federal Court of Appeal endorsed the Board’s view that listening to previews was part

Premièrement, l’utilisation a-t-elle pour but l’« étude privée » ou la « recherche », les deux fins permises à l’art. 29? Deuxièmement, l’utilisation est-elle « équitable »? Il incombe à la personne qui invoque l’« utilisation équitable » de satisfaire aux deux volets.

[14] Selon la Cour, les six éléments suivants permettent de déterminer si une utilisation est « équitable » ou non : le but, la nature et l’ampleur de l’utilisation; l’existence de solutions de rechange à l’utilisation; la nature de l’œuvre; et l’effet de l’utilisation sur l’œuvre.

[15] En l’espèce, le premier volet du critère relatif à l’utilisation équitable que dégage la Cour dans *CCH* veut donc qu’on se demande d’abord si les extraits sont offerts à l’une des deux fins permises, la « recherche ». La Cour ne définit pas ce mot, mais elle conclut qu’« [i]l faut interpréter le mot “recherche” de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints » (par. 51).

[16] La Commission définit l’« écoute préalable » comme suit :

. . . un moyen de mise en marché utilisé entre autres par les fournisseurs de musique en ligne. Il implique la transmission sur demande d’un extrait (habituellement d’au plus 30 secondes) d’un enregistrement sonore afin de permettre à l’utilisateur de l’« essayer », de façon à décider d’acheter ou non un téléchargement (la plupart du temps permanent). [par. 18]

[17] Au vu de la preuve présentée concernant la fin poursuivie lors de l’écoute préalable et le recours à celle-ci par les consommateurs, la Commission conclut que l’écoute d’extraits sert à « établir si la piste convient [à leurs] goûts [. . .] ou à vérifier si c’est bien celle qu’il[s] souhaite[nt] acheter » (par. 101). L’écoute préalable aide l’utilisateur à déterminer quelle pièce musicale il se procurera. Puisque planifier l’achat d’un téléchargement requiert à la fois « recherche [et] effort pour trouver », elle estime que l’écoute préalable équivaut à une « recherche » pour l’application de l’art. 29 de la *Loi sur le droit d’auteur* (par. 109).

[18] La Cour d’appel fédérale adhère au point de vue de la Commission, à savoir que l’écoute

of planning the purchase of a download of a musical work and was therefore “for the purpose of research”, concluding:

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

[19] SOCAN argued that the Board and the Federal Court of Appeal misinterpreted the term “research” in two ways. It argued first that their interpretation of “research” was overly broad. Its second argument was that the purpose of “research” should have been analysed from the perspective of the online service provider and not the consumer. From this perspective, the purpose of the previews was not “research”, but to sell permanent downloads of the musical works.

[20] SOCAN offers the definition of “research” as being “the systematic investigation into and study of materials and sources in order to establish facts and reach new conclusions” (A.F., at para. 96). Moreover, SOCAN argues, the goal of the “research” must be for the purpose of making creative works, since only uses that contribute to the creative process are in the public interest. As a result, previews do not amount to “research” since their primary purpose is not to foster creativity, but to enable users to purchase music online.

[21] It is true that an important goal of fair dealing is to allow users to employ copyrighted works in a way that helps them engage in their own acts of authorship and creativity: Abraham Drassinower, “Taking User Rights Seriously”, in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, at pp. 467-72. But that does not argue for permitting only creative purposes to qualify as “research” under s. 29 of the *Copyright Act*. To do so would ignore the fact that the dissemination of works is also one of the *Act*'s

préalable intervient dans la planification de l'achat du téléchargement d'une œuvre musicale et, par conséquent, « aux fins [. . .] de recherche ». Elle arrive à la conclusion suivante :

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

[19] Selon la SOCAN, la Commission et la Cour d'appel fédérale interprètent mal le mot « recherche », et ce, sous deux rapports. Premièrement, elles optent pour une interprétation trop large. Deuxièmement, l'objet de la « recherche » aurait dû être considéré du point de vue du fournisseur de services en ligne, et non du consommateur. En effet, dans l'optique du premier, le but de l'écoute préalable n'est pas la « recherche », mais bien la vente du téléchargement permanent de l'œuvre musicale.

[20] Pour la SOCAN, la « recherche » s'entend de [TRADUCTION] « l'enquête et l'étude systématiques de documents et de sources en vue d'établir des faits et de tirer des conclusions nouvelles » (m.a., par. 96). En outre, la « recherche » devrait avoir pour but la conception d'œuvres créatives, car seule l'utilisation qui contribue au processus de création est dans l'intérêt public. Par conséquent, l'écoute préalable, dont le but principal n'est pas de favoriser la créativité mais de permettre à l'utilisateur d'acheter de la musique en ligne, ne saurait être assimilée à la « recherche ».

[21] Certes, l'un des objets importants de l'utilisation équitable des œuvres protégées est de permettre à d'autres personnes d'accomplir elles-mêmes des actes d'expression et de création : Abraham Drassinower, « Taking User Rights Seriously », dans Michael Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, p. 467-472. Pour autant, on ne saurait considérer que seule une fin créative constitue une fin de « recherche » pour l'application de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, car ce serait oublier que la diffusion

purposes, which means that dissemination too, with or without creativity, is in the public interest. It would also ignore that “private study”, a concept that has no intrinsic relationship with creativity, was also expressly included as an allowable purpose in s. 29. Since “research” and “private study” both qualify as fair dealing purposes under s. 29, we should not interpret the term “research” more restrictively than “private study”.

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

[23] In urging the Court to narrow the definition of “research” as requiring the creation of something new, SOCAN relied on American jurisprudence which looks to the requirement of a “transformative” purpose before the use is seen as fair. It cited as an example *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp.2d 415 (2009), where the New York District Court held that the use of music previews as a marketing tool to sell musical ringtones was not “transformative” in nature and therefore could not be fairly described as “criticism, comment, news reporting . . . or research” under the fair use provisions in Title 17, § 107 of the *U.S. Code*, at pp. 424-25.

[24] The American approach is called “fair use”. The U.S. Code provisions create an open set of purposes for fair use which include criticism,

des œuvres fait également partie des objets de la *Loi*; dès lors, la diffusion — avec ou sans créativité — est aussi dans l’intérêt public. Opter pour une telle interprétation restrictive serait également oublier que l’« étude privée » — une notion sans lien intrinsèque avec la créativité — constitue aussi une fin expressément permise à l’art. 29. La « recherche » et l’« étude privée » constituant deux fins de l’utilisation équitable permise par cette disposition, il ne convient pas d’interpréter la première plus étroitement que la seconde.

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

[23] À l’appui de sa prétention selon laquelle le mot « recherche » doit être interprété étroitement de façon à n’englober que la création d’un objet nouveau, la SOCAN invoque la jurisprudence américaine qui ne conclut au caractère équitable d’une utilisation que si celle-ci a une fin « transformative ». Elle cite à titre d’exemple la décision *United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers*, 599 F.Supp. 2d 415 (2009), dans laquelle la Cour de district de New York conclut que l’écoute préalable qui sert de moyen de mise en marché en vue de la vente de sonneries musicales pour téléphones portables n’est pas de nature [TRADUCTION] « transformative » et ne saurait donc être assimilée à une forme « de critique, de commentaire, de reportage, [. . .] ou de recherche » pour les besoins des dispositions du titre 17 relatives à l’utilisation équitable (§ 107, *U.S. Code*, p. 424-425).

[24] Aux États-Unis, les dispositions relatives à l’utilisation équitable permettent des fins dont l’énumération n’est pas exhaustive; mentionnons la

comment, news reporting, teaching, scholarship, or research: 17 U.S.C. § 107. The analysis proceeds straight to the assessment of fairness, an assessment based on factors enumerated in the Code or established by the case law. Although one of those fairness factors includes whether the use is transformative, it is not at all clear that a transformative use is “absolutely necessary” for a finding of fair use: *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), at p. 579.

[25] But even if it were a requirement under American law, this Court has previously cautioned against the automatic portability of American copyright concepts into the Canadian arena, given the “fundamental differences” in the respective legislative schemes: *Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 357, at p. 367. This caution has resonance in the fair dealing context.

[26] Unlike the American approach of proceeding straight to the fairness assessment, we do not engage in the fairness analysis in Canada until we are satisfied that the dealing is for one of the allowable purposes enumerated in the *Copyright Act*. Under the test set out in *CCH*, “fairness” is not considered until the second step of the test for fair dealing: see *CCH*, at para. 51; see also Giuseppina D’Agostino, “Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use” (2008), 53 *McGill L.J.* 309, and *Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32, at para. 234.

[27] In mandating a generous interpretation of the fair dealing purposes, including “research”, the Court in *CCH* created a relatively low threshold for the first step so that the analytical heavy-hitting is done in determining whether the dealing was fair. SOCAN’s submission that “research”

critique, le commentaire, la communication de nouvelles, l’enseignement, les travaux d’érudition et la recherche : 17 U.S.C. § 107. On s’y livre d’emblée à la détermination du caractère équitable ou non de l’utilisation au regard des éléments établis par le législateur ou issus de la jurisprudence. Même si l’un de ces éléments correspond à la nature transformative ou non de l’utilisation, il n’est pas du tout certain que cette nature transformative soit [TRADUCTION] « absolument nécessaire » pour que l’on puisse conclure au caractère équitable de l’utilisation : *Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), p. 579.

[25] Or, même s’il s’agissait d’une exigence en droit américain, notre Cour a déjà mis en garde contre l’importation automatique, dans l’arène canadienne, de la jurisprudence fondée sur la conception américaine du droit d’auteur, car nos lois respectives sont « fondamentalement différentes » : *Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 357, p. 367. La mise en garde trouve écho dans le contexte de l’utilisation équitable.

[26] Contrairement aux tribunaux américains qui passent directement à l’appréciation du caractère équitable, les tribunaux canadiens déterminent d’abord s’il y a utilisation à l’une des fins permises dans la *Loi sur le droit d’auteur* avant de se pencher sur le caractère équitable. Suivant les paramètres établis dans l’arrêt *CCH*, l’examen du caractère « équitable » correspond au second volet du critère applicable pour déterminer s’il y a utilisation équitable : voir *CCH*, par. 51; voir également Giuseppina D’Agostino, « Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada’s Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use » (2008), 53 *McGill L.J.* 309, et *Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc.*, 2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32, par. 234.

[27] Dans *CCH*, en prescrivant une interprétation généreuse des fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable, dont la « recherche », la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n’intervient qu’au second volet, celui de la

be restricted to the creation of new works would conflate the allowable purpose with the fairness analysis and unduly raise the bar for entering that analysis. Moreover, its restricted definitional scope of “research” contradicts not only the Court’s admonition in *CCH* that “[i]n order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users’ interests, [the fair dealing exception] must not be interpreted restrictively” (para. 48), but also its direction that the term “research” be given a “large and liberal interpretation” so that in maintaining that balance, users’ rights are not unduly constrained (paras. 48 and 51).

[28] SOCAN’s proposed definition of “research” as requiring “systematic investigation” and “new conclusions” is also at odds with its second submission about “research”, namely, that “research” be analysed from the perspective of the purpose of the online service providers, and not that of the users. But its own proposed definition shows that it sees research as a user-focused undertaking, since the investigation and creation of new conclusions are clearly done *by* a user, not a provider. The provider’s purpose in making the works available is therefore not the relevant perspective at the first stage of the fair dealing analysis.

[29] This is consistent with the Court’s approach in *CCH*, where it described fair dealing as a “user’s right” (para. 48). In *CCH*, the Great Library was the provider, offering a photocopying service to lawyers requesting copies of legal materials. The Court did not focus its inquiry on the library’s perspective, but on that of the ultimate user, the lawyers, whose purpose was legal research (para. 64).

[30] Similarly, in considering whether previews are for the purpose of “research” under the first step

détermination du caractère équitable. Prétendre comme le fait la SOCAN que la « recherche » ne s’entend que de la création d’œuvres nouvelles équivaut à confondre la notion de fin permise et l’analyse du caractère équitable et à resserrer indûment le passage menant à celle-ci. En outre, sa conception étroite de la « recherche » ne tient compte ni de la mise en garde de la Cour dans *CCH*, à savoir que « [p]our maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d’auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas [. . .] interpréter restrictivement [l’utilisation équitable] » (par. 48), ni de son exhortation à interpréter le mot « recherche [. . .] de manière large » afin d’éviter que, dans l’établissement de cet équilibre, les droits des utilisateurs soient indûment restreints (par. 48 et 51).

[28] En outre, lorsqu’elle définit la « recherche » comme comportant nécessairement une [TRADUCTION] « enquête systématique » et des « conclusions nouvelles », la SOCAN contredit sa deuxième prétention concernant l’interprétation du mot « recherche », à savoir que c’est la fin poursuivie par le fournisseur de services en ligne, et non par le consommateur, qui doit être considérée. En effet, la définition qu’elle propose montre qu’elle conçoit la recherche comme une entreprise de l’utilisateur, puisque, de toute évidence, c’est *lui*, et non le fournisseur, qui fait l’enquête et tire les conclusions nouvelles. À la première étape de l’analyse relative au caractère équitable de l’utilisation, le bon angle n’est donc pas celui du fournisseur et de la fin qu’il poursuit lorsqu’il met les œuvres à disposition.

[29] Cette conclusion est dans le droit fil de l’arrêt *CCH*, où la Cour voit dans l’utilisation équitable un « droit des utilisateurs » (par. 48). Dans cette affaire, le fournisseur — la Grande bibliothèque — offrait un service de photocopie aux avocats désireux d’obtenir copie de documents juridiques. La Cour analyse la situation du point de vue non pas de la bibliothèque mais de l’utilisateur, l’avocat, dont la fin poursuivie est la recherche juridique (par. 64).

[30] De même, afin de déterminer si, pour les besoins du premier volet du critère de l’arrêt

of *CCH*, the Board properly considered them from the perspective of the user or consumer's purpose. And from that perspective, consumers used the previews for the purpose of conducting research to identify which music to purchase, purchases which trigger dissemination of musical works and compensation for their creators, both of which are outcomes the *Act* seeks to encourage.

[31] The inquiry then moves to the second step, namely, determining whether the use of previews was "fair" in accordance with the *CCH* factors.

[32] Whether something is "fair" is a question of fact and depends on the facts of each case: *CCH*, at para. 52, citing *Hubbard v. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), at p. 1027. Based on all the factors, the Board concluded, properly in my view, that previews amounted to fair dealing.

[33] The first factor identified in *CCH* is the purpose of the dealing, where an objective assessment is made of the "real purpose or motive" behind using the copyrighted work (para. 54).

[34] SOCAN argued that the purpose of the previews in this case was purely commercial. This is an approach that looks at the purpose of the previews from the perspective not of the consumer, but of the service providers. I agree instead with the Board and the Federal Court of Appeal that the predominant perspective in this case is that of the ultimate users of the previews, and *their* purpose in using previews was to help them research and identify musical works for online purchase. While the service providers sell musical downloads, the purpose of providing *previews* is primarily to facilitate the research purposes of the consumers.

[35] The Board also noted that there were reasonable safeguards in place to ensure that the users' dealing in previews was in fact being used for this purpose: the previews were streamed, short, and often

CCH, la fin qui sous-tend l'écoute préalable est la « recherche », la Commission tient compte avec raison du point de vue de l'utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur. Sous cet angle, l'écoute préalable permet au consommateur d'effectuer une recherche pour choisir les pièces dont il fera l'achat, ce qui entraîne la diffusion des œuvres musicales et la rétribution de leurs créateurs, deux résultats voulus par le législateur.

[31] Vient ensuite le deuxième volet, où il faut déterminer si, au regard des éléments dégagés dans l'arrêt *CCH*, l'écoute préalable constitue une utilisation « équitable ».

[32] Le caractère « équitable » est une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l'espèce : *CCH*, par. 52, citant *Hubbard c. Vosper*, [1972] 1 All E.R. 1023 (C.A.), p. 1027. À la lumière de tous les éléments à considérer, la Commission conclut, avec raison selon moi, que l'écoute préalable constitue une utilisation équitable.

[33] Le premier élément énoncé dans *CCH* est le but de l'utilisation. Il s'agit alors de déterminer objectivement le « but ou le motif réel » de l'utilisation de l'œuvre protégée (par. 54).

[34] La SOCAN fait valoir que, dans le cas qui nous occupe, l'écoute préalable a un but strictement commercial. Elle considère le but de l'écoute préalable du point de vue non pas du consommateur, mais du fournisseur de services. Je conviens plutôt avec la Commission et la Cour d'appel fédérale que l'angle d'analyse prédominant est en l'espèce celui de l'utilisateur et que la fin poursuivie par *ce dernier* lors de l'écoute préalable est la recherche d'œuvres musicales en vue d'en faire l'achat en ligne. Bien qu'il vende le téléchargement d'œuvres musicales, le fournisseur de services offre l'*écoute préalable* essentiellement pour faciliter la poursuite des fins de recherche du consommateur.

[35] La Commission relève également que des mesures garantissent raisonnablement que l'écoute préalable aura lieu à cette fin : les extraits sont courts, en continu et de qualité souvent

of lesser quality than the musical work itself. These safeguards prevented the previews from replacing the work while still fulfilling a research function.

[36] SOCAN also argued that even from the perspective of the consumers, the purpose of the previews was purely commercial, since their purpose was the potential purchase of musical works. Ultimately, however, the Board's approach is consistent with *CCH's* observation that while research done for commercial reasons may be less fair than research done for non-commercial purposes (para. 54), the dealing may nonetheless be fair if there are "reasonable safeguards" in place to ensure that the works are actually being used for research (para. 66).

[37] The second factor discussed in *CCH* is the character of the dealing. The Court stated that a particular dealing might be unfair if multiple copies of works are being widely distributed (para. 55). But as the Court also pointed out, if a single copy of a work is used for a specific legitimate purpose, or if the copy no longer existed after it was used, this would favour a finding of fairness (para. 55).

[38] SOCAN's argument was based on the fact that consumers accessed, on average, 10 times the number of previews as full-length musical works. However, no copy existed after the preview was heard. The previews were streamed, not downloaded. Users did not get a permanent copy, and once the preview was heard, the file was automatically deleted from the user's computer. The fact that each file was automatically deleted meant that copies could not be duplicated or further disseminated by users.

[39] The third factor identified in *CCH* is the amount — or quantity — of the dealing. The Board characterized the "amount" of the dealing in terms of the length of each preview compared to the length of the work, concluding that streaming a preview of about 30 seconds was a modest dealing "when compared to purchasing the whole work

inférieure à celle de l'œuvre musicale. Ces caractéristiques empêchent la substitution des extraits aux œuvres, mais permettent néanmoins la recherche.

[36] La SOCAN fait par ailleurs valoir que même du point de vue du consommateur, la fin qu'il poursuit lors de l'écoute préalable est purement commerciale, car il s'agit de l'achat éventuel d'œuvres musicales. Or, tout compte fait, la démarche de la Commission respecte la remarque de la Cour dans *CCH*, à savoir que même si la recherche effectuée pour un motif commercial peut être moins équitable que celle effectuée à une fin non commerciale (par. 54), l'utilisation peut tout de même être équitable si on « garantit raisonnablement » que les œuvres sont effectivement utilisées aux fins de recherche (par. 66).

[37] Le deuxième élément à considérer selon l'arrêt *CCH* est la nature de l'utilisation. Pour la Cour, une utilisation peut être inéquitable lorsque de multiples copies d'une œuvre sont diffusées largement (par. 55). En outre, le fait qu'une seule copie sert à une fin légitime en particulier ou que la copie cesse d'exister après son usage milite en faveur du caractère équitable de l'utilisation (par. 55).

[38] La prétention de la SOCAN repose sur le constat que le consommateur accède en moyenne dix fois plus souvent à l'extrait d'une œuvre musicale qu'à sa version intégrale. Par contre, il ne reste pas de copie de l'extrait après l'écoute préalable. Les extraits sont transmis en continu; ils ne sont pas téléchargés. L'utilisateur n'obtient pas de copie permanente, et une fois l'écoute terminée, le fichier est supprimé automatiquement dans l'ordinateur, ce qui rend impossible toute reproduction ou nouvelle diffusion par l'utilisateur.

[39] Le troisième élément énoncé dans *CCH* correspond à l'ampleur de l'utilisation sur le plan quantitatif. La Commission, pour qui l'« ampleur » correspond à la durée de l'extrait par rapport à celle de l'œuvre en entier, conclut que l'écoute préalable d'un extrait d'une trentaine de secondes constitue une utilisation modeste « par rapport à l'achat de

[approximately four minutes] for repeated listening” (para. 113).

[40] SOCAN argued, however, that the proportion of the preview in relation to the length of the whole musical work was not the proper measure, and that the Board should have considered instead the *aggregate* number of previews that are streamed by consumers. Since the evidence showed that each user, on average, listened to 10 previews before purchasing a musical work for download, the overall amount of time spent listening to previews was so large that the dealing was unfair. SOCAN saw this factor as determinative in this case.

[41] There is no doubt that the aggregate quantity of music heard through previews is significant, but SOCAN’s argument conflicts with the Court’s statement in *CCH* that “amount” means the “quantity of the work taken” (para. 56). Since fair dealing is a “user’s” right, the “amount of the dealing” factor should be assessed based on the individual use, not the amount of the dealing in the aggregate. The appropriate measure under this factor is therefore, as the Board noted, the proportion of the excerpt used in relation to the whole work. That, it seems to me, is consistent with the Court’s approach in *CCH*, where it considered the Great Library’s dealings by looking at its practices as they related to specific works requested by individual patrons, not at the total number of patrons or pages requested. The “amount of the dealing” factor should therefore be assessed by looking at how each dealing occurs on an individual level, not on the aggregate use.

[42] Moreover, the quantification of the aggregate dissemination is already considered under the “character of the dealing” factor, which examines whether multiple copies of works are being widely distributed. Reconsidering the same “aggregate” quantity under the “amount” factor would deprive that factor of any utility in the analysis, and would erase consideration of the proportion of the excerpt to the entire work.

l’œuvre au complet [d’une durée approximative de quatre minutes] pour écoute répétée » (par. 113).

[40] La SOCAN écarte toutefois cette appréciation et fait valoir que la Commission doit plutôt tenir compte du nombre *global* d’extraits écoutés par les consommateurs au moyen de la transmission en continu. Comme la preuve révèle qu’un utilisateur écoute en moyenne 10 extraits d’une œuvre musicale avant de la télécharger contre paiement, le temps consacré globalement à l’écoute préalable est si considérable qu’il rend l’utilisation inéquitable. Il s’agit pour la SOCAN d’un élément déterminant en l’espèce.

[41] S’il ne fait aucun doute que l’écoute préalable donne globalement accès à une grande quantité de musique, l’argument de la SOCAN va toutefois à l’encontre de ce que dit la Cour dans *CCH*, à savoir que l’« ampleur » de l’utilisation s’entend de « l’ampleur [d’ordre quantitatif] de l’extrait tiré de l’œuvre » (par. 56). Puisque le droit d’utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer « l’ampleur » en fonction de l’utilisation individuelle, et non globale. C’est donc à l’aune du rapport entre l’extrait et l’œuvre entière, comme le préconise la Commission, qu’il faut déterminer l’ampleur de l’utilisation. Une telle conclusion me paraît conforme à la démarche de la Cour dans *CCH*, où elle qualifie l’utilisation des œuvres en se penchant sur les suites données par la Grande bibliothèque aux demandes individuelles formulées par des usagers relativement à des œuvres précises, et non sur le nombre total d’usagers ou le nombre total de pages demandées. Il faut donc apprécier l’élément de l’« ampleur de l’utilisation » au regard de chacune des utilisations individuelles plutôt que de l’ensemble des utilisations.

[42] Qui plus est, l’aspect quantitatif de la diffusion globale est déjà pris en compte en fonction de la « nature de l’utilisation », l’élément qui appelle à se demander si de multiples copies de l’œuvre sont largement distribuées. Revenir sur la même quantification « globale » en liaison avec l’élément de l’« ampleur » rend ce dernier inutile aux fins de l’analyse et soustrait à l’examen le rapport entre l’extrait et l’œuvre entière.

[43] Further, given the ease and magnitude with which digital works are disseminated over the Internet, focusing on the “aggregate” amount of the dealing in cases involving digital works could well lead to disproportionate findings of unfairness when compared with non-digital works. If, as SOCAN urges, large-scale organized dealings are inherently unfair, most of what online service providers do with musical works would be treated as copyright infringement. This, it seems to me, potentially undermines the goal of technological neutrality, which seeks to have the *Copyright Act* applied in a way that operates consistently, regardless of the form of media involved, or its technological sophistication: *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at para. 49.

[44] The fourth factor identified in *CCH* involves considering any alternatives to the dealing. A dealing may be less fair if there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used, or if the dealing was not reasonably necessary to achieve the ultimate purpose (para. 57).

[45] SOCAN argued that there were other methods available, like advertising, to help users identify potential music for purchase. Many of the service providers, for example, offered album artwork, textual descriptions, and user-generated album reviews. In addition, some service providers offered return policies in the event that users accidentally downloaded the wrong musical work.

[46] But allowing returns is an expensive, technologically complicated, and market-inhibiting alternative for helping consumers identify the right music. And none of the other suggested alternatives can demonstrate to a consumer what previews can, namely, what a musical work *sounds* like. The Board found that “[l]istening to a preview probably is the most practical, most economical and safest way for users to ensure that they purchase what they wish” (para. 114). As a result, it concluded that

[43] En outre, vu la facilité avec laquelle une œuvre numérisée peut être diffusée à grande échelle sur Internet, s’attacher à l’utilisation « globale » risque de mener à une conclusion d’utilisation inéquitable beaucoup plus souvent pour les œuvres qui sont numérisées que pour celles qui ne le sont pas. Si, comme le soutient la SOCAN, l’utilisation organisée et à grande échelle est intrinsèquement inéquitable, la quasi-totalité des activités des fournisseurs de musique en ligne qui sont liées aux œuvres musicales emporte la violation du droit d’auteur. Je crains que sa thèse n’aille à l’encontre de l’objectif de la neutralité technologique, c’est-à-dire l’application uniforme de la *Loi sur le droit d’auteur* peu importe le support ou son degré d’avancement technologique : *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 49.

[44] En ce qui concerne le quatrième élément dans *CCH*, la Cour invite à examiner toute solution de rechange à l’utilisation. Le fait qu’un équivalent non protégé aurait pu servir ou que l’utilisation de l’œuvre n’était pas raisonnablement nécessaire eu égard à la fin visée pourrait militer contre le caractère équitable de l’utilisation (par. 57).

[45] La SOCAN prétend qu’il existe d’autres méthodes (telle la publicité) grâce auxquelles les consommateurs peuvent choisir la musique qu’ils veulent se procurer. Par exemple, le site de nombre de fournisseurs de services renferme une reproduction de la pochette, un texte descriptif et les critiques d’autres utilisateurs. Certains fournisseurs de services permettent également l’échange lorsqu’un utilisateur télécharge par mégarde une autre œuvre musicale que celle qu’il voulait.

[46] Or, lorsqu’il s’agit d’aider le consommateur à trouver des pièces musicales qui lui plaisent, l’échange constitue une solution coûteuse, complexe sur le plan technologique et défavorable à l’essor du secteur d’activité en cause. Qui plus est, aucune des solutions de rechange proposées ne permet au consommateur, comme seule le fait l’écoute préalable, d’*entendre* l’œuvre musicale, du moins en partie. La Commission estime que « [l]’écoute préalable d’un extrait est

short, low-quality streamed previews are reasonably necessary to help consumers research what to purchase. I agree.

[47] The fifth factor is the nature of the work, which examines whether the work is one which should be widely disseminated. SOCAN does not dispute the desirability of the sale and dissemination of musical works, but argues that since these works are easily purchased and disseminated without the use of previews, previews are of no additional benefit to promoting further dissemination. But the fact that a musical work is widely available does not necessarily correlate to whether it is widely disseminated. Unless a potential consumer can locate and identify a work he or she wants to buy, the work will not be disseminated.

[48] This observation is linked to the final factor: the effect of the dealing on the work and whether the dealing adversely affects or competes with the work. Because of their short duration and degraded quality, it can hardly be said that previews are in competition with downloads of the work itself. And since the effect of previews is to *increase* the sale and therefore the dissemination of copyrighted musical works thereby generating remuneration to their creators, it cannot be said that they have a negative impact on the work.

[49] All of this confirms the Board's conclusion that previews satisfy the requirements of fair dealing and that the online service providers do not infringe copyright. In so concluding, the Board properly balanced the purposes of the *Act* by encouraging the creation and dissemination of works while at the same time ensuring that creators are fairly rewarded. Its approach was consistent with *CCH*, with the interpretative principles it set out, and with its test for fair dealing under s. 29

vraisemblablement la façon la plus pratique, la plus économique et la plus sûre pour les [utilisateurs] de s'assurer d'obtenir ce qu'ils veulent » (par. 114). Elle arrive donc à la conclusion que l'écoute préalable de courts extraits de piètre qualité, transmis en continu, constitue un moyen raisonnablement nécessaire à la recherche par le consommateur de ce qu'il souhaite acquérir. Je suis du même avis.

[47] La nature de l'œuvre — le cinquième élément — appelle à se demander si l'œuvre est de celles qui devraient être largement diffusées. La SOCAN ne nie pas que la vente et la diffusion des œuvres musicales sont souhaitables, mais selon elle, puisque ces œuvres peuvent facilement être acquises et diffusées sans l'écoute préalable, celle-ci ne confère pas d'avantage supplémentaire pour l'optimisation de la diffusion. Or, un grand accès à une œuvre musicale ne coïncide pas nécessairement avec sa diffusion à grande échelle. Il n'y aura diffusion d'une œuvre que si un acquéreur éventuel peut la trouver et décider de l'acheter.

[48] L'observation qui précède est liée au dernier élément : l'effet de l'utilisation sur l'œuvre et, notamment, le risque que l'utilisation nuise à l'œuvre ou y fasse concurrence. Étant donné la courte durée des extraits et leur piètre qualité, on peut difficilement leur reprocher de faire concurrence au téléchargement de l'œuvre complète. Et comme l'écoute préalable a pour effet d'*augmenter* les ventes d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur — et donc leur diffusion —, ce qui entraîne la rémunération de leurs créateurs, on ne saurait lui attribuer d'incidence négative sur les œuvres.

[49] Toutes ces considérations confirment la conclusion de la Commission selon laquelle l'écoute préalable remplit les conditions de l'utilisation équitable et les fournisseurs de services en ligne ne violent pas le droit d'auteur. Pour arriver à cette conclusion, la Commission établit un juste équilibre entre les objets de la *Loi* en encourageant la création et la diffusion des œuvres, d'une part, et en veillant à la juste rétribution des créateurs, d'autre part. Elle respecte les paramètres établis

of the *Copyright Act*. The conclusion, as a result, should not be disturbed.

[50] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the appellant the Canadian Recording Industry Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

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

Solicitors for the respondents Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitors for the respondent Apple Canada Inc.: Goodmans, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Association of University Teachers: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the Federation of Law Societies of Canada and the Canadian Legal Information Institute: Dimock Stratton, Toronto.

Solicitors for the intervener the Computer & Communications Industry Association: Heenan Blaikie, Toronto.

par la Cour dans *CCH*, les principes d'interprétation qui y sont énoncés et le critère qui y est formulé pour déterminer qu'une utilisation peut être assimilée ou non à l'utilisation équitable visée à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, il n'y a pas lieu de modifier sa conclusion.

[50] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'appelante l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement : Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.

Procureurs de l'appelante CMRRA-SODRAC Inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des intimées Bell Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. et Société TELUS Communications : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Apple Canada Inc. : Goodmans, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professeures et des professeurs d'université : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et l'Institut canadien d'information juridique : Dimock Stratton, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Computer & Communications Industry Association : Heenan Blaikie, Toronto.