

Copyright Board
Canada



Commission du droit d'auteur
Canada

[*CB-CDA 2018-009*]

[*CB-CDA 2018-009*]

**Collective Administration in Relation to
Rights Under Sections 3, 15, 18 and 21**

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

Copyright Act, subsection 70.15(1)

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

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

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

[Elementary and Secondary Schools – 2010-
2015]

[Écoles élémentaires et secondaires – 2010-
2015]

**DECISION OF THE BOARD
[Reconsideration]**

**DÉCISION DE LA COMMISSION
[Réexamen]**

Reasons delivered by:

Motifs exprimés par :

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

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

Date of the Decision

Date de la décision

January 19, 2018

Le 19 janvier 2018

Reasons for the decision

INTRODUCTION

[1] On February 19, 2016, the Board issued its decision pertaining to the reproduction in Canada (excluding Quebec) of works in Access Copyright's repertoire by elementary and secondary educational institutions and persons acting under their authority for the years 2010 to 2015. Access sought judicial review of that decision. On January 27, 2017, the Federal Court of Appeal agreed with Access that the Board failed to consider that expert evidence had been filed to estimate the degree of the underestimation of the number of copied works comprised in Access' repertoire. The Court concluded that this was a reviewable error and sent the matter back to the Board for reconsideration. The present reasons represent the Board's reconsideration of the matter, as mandated by the Federal Court of Appeal.

THE ISSUE OF REPERTOIRE

[2] Since Access can only claim royalties in relation to works that are in its repertoire and since Access and the Objectors did not agree on how this should be determined, the issue of which works were in Access' repertoire was live during the proceedings.

[3] On June 3, 2013, the Objectors wrote to the Board, stating that

[i]n order to both adequately answer the claims of Access Copyright [with respect to repertoire,] and to make their own Case, the Objectors will need to conduct their own analysis on these data.

[...]

This repertoire analysis – the matching of apparently published works to Access Copyright's claimed repertoire – is vital for the Objectors' own analysis in the current

Motifs de la décision

INTRODUCTION

[1] Le 19 février 2016, la Commission a rendu sa décision à l'égard de la reproduction au Canada (à l'exception du Québec) des œuvres du répertoire d'Access Copyright par des établissements d'enseignement élémentaire et secondaire et des personnes agissant pour leur compte pour les années 2010 à 2015. Access a demandé le contrôle judiciaire de la décision. Le 27 janvier 2017, la Cour d'appel fédérale a accueilli la thèse d'Access selon laquelle la Commission avait omis de tenir compte des témoignages d'experts présentés en vue d'estimer l'ampleur de la sous-estimation du nombre d'œuvres copiées faisant partie du répertoire d'Access. La Cour a conclu qu'il s'agissait d'une erreur susceptible de révision et a renvoyé l'affaire devant la Commission pour réexamen. Les présents motifs concernent le réexamen de l'affaire par la Commission, tel que prescrit par la Cour d'appel fédérale.

LA QUESTION DU RÉPERTOIRE

[2] Comme Access ne peut exiger des redevances que pour les œuvres qui font partie de son répertoire, et comme Access et les opposants ne se sont pas entendus sur la façon de déterminer l'appartenance d'une œuvre au répertoire d'Access, cette question était toujours en litige pendant l'instance.

[3] Le 3 juin 2013, les opposants ont présenté à la Commission l'argument suivant :

[TRADUCTION] Pour répondre convenablement aux arguments d'Access Copyright [à l'égard du répertoire] et présenter leurs propres arguments, les opposants doivent effectuer leur propre analyse de ces données.

[...]

L'analyse du répertoire – la détermination de l'appartenance d'œuvres publiées au répertoire revendiqué par Access Copyright

proceeding, but can only be carried out by Access Copyright. [underlined in original]

[...]

As the Board is aware, the Objectors do not have access to the database Access Copyright uses to match items in its repertoire. Such being the case, any repertoire analysis relating to the 2006 Survey, which the Objectors now require in order to prepare for the April, 2014 public hearing, must be undertaken by Access Copyright. The Objectors cannot do this work themselves.¹

[4] On June 6, 2013, Access wrote to the Board, replying that

[t]he data generated from the [Volume Study] was provided to both sides for analysis in November 2006. In order to interpret the data, a ‘codebook’ was prepared, a further copy of which is attached to this letter as Appendix ‘B’. Using this codebook to interpret the data, in combination with the publicly available (on Access Copyright’s website) Access Copyright Exclusions List and the Access Copyright Repertoire Look-Up Tool, the Objectors have the means to carry out whatever independent analyses of the volume data that they may wish to carry out. To represent that “[this analysis] can only be carried out by Access Copyright” (see the third paragraph of the Objectors’ counsel’s June 3 letter) is simply incorrect.²

[5] The codebook provided the following:

ou non – est un élément crucial de l’analyse des opposants en l’instance, mais ne peut être effectuée que par Access Copyright.

[...]

Comme la Commission le sait, les opposants n’ont pas accès à la base de données qu’utilise Access Copyright pour identifier les œuvres appartenant à son répertoire. C’est donc dire que l’analyse du répertoire liée à l’enquête de 2006, que les opposants doivent maintenant entreprendre pour se préparer à l’audience publique d’avril 2014, doit être effectuée par Access Copyright. Les opposants ne sont pas en mesure de le faire eux-mêmes.¹

[4] Le 6 juin 2013, Access a répondu à la Commission :

[TRADUCTION] [L]es données tirées de [l’enquête de volume] ont été fournies aux deux camps en novembre 2006. Un « cahier de codes » a été rédigé pour guider l’interprétation des données, dont une copie est jointe en annexe B de la présente lettre. En interprétant les données à l’aide de ce cahier de codes, de même que la liste des exclusions et l’outil de recherche du répertoire d’Access Copyright qui sont disponibles au public (sur le site d’Access Copyright), les opposants sont en mesure d’effectuer de façon indépendante toutes les analyses souhaitées des données sur le volume. Il est tout simplement inexact d’affirmer que « [cette analyse] ne peut être effectuée que par Access Copyright » (comme le fait l’avocat des opposants au troisième paragraphe de la lettre du 3 juin).²

[5] Le cahier de codes contient l’information suivante :

Access Copyright Photocopy Volume Study Data Codebook
produced on November 23, 2006

Cahier de codes pour les données de l'enquête de volume des reproductions d'Access Copyright
produit le 23 novembre 2006

Note: this data set contains 384,227 records. The version used by Access Copyright splits some transactions related to the creation of overhead transparencies; therefore, it contains more records (albeit totalling to the same volume of copying) and it has some duplicate telkeys.

Note : Le jeu de données contient 384 227 observations. Dans la version utilisée par Access Copyright, certaines transactions ont été décomposées à des fins de création de documents pour rétroprojection. La version d'Access Copyright contient donc un nombre supérieur d'observations (qui représentent toutefois le même nombre total de reproductions) et certains codes de référence y apparaissent en double.

Field name Champ	Content Description	Data type / format Type / format de données	Discrete Values Valeurs discrètes
Ac_pub_affiliate	Indicator that the publisher has a signed affiliation agreement with Access Copyright Indique que l'éditeur a conclu une entente d'affiliation avec Access Copyright.	Binary Binaire	
Ac_rro_bilateral	Indicator that the publication is from a country with which Access Copyright has a bilateral agreement Indique que la publication vient d'un pays avec lequel Access Copyright a conclu une entente bilatérale.	Binary Binaire	

[6] In other words, Access replied by stating that the Objectors could perform their own repertoire analysis, and could use as one of their sources of data for such an analysis the dataset, in conjunction with the codebook provided to them by Access. At this point, there was no suggestion by Access that there were significant coding errors, and that the data could not be relied upon.

[6] Autrement dit, Access a répondu que les opposants étaient en mesure de faire leur propre analyse de répertoire, en utilisant le jeu de données comme source, avec le cahier de codes fourni par Access. À cette étape, Access n'avait donné aucune indication que les données comportaient des erreurs importantes ou que les données n'étaient pas fiables.

[7] The hearing of the matter took place between April 29, 2014, and May 9, 2014, with closing arguments on September 12, 2014. Access did not raise the possibility that there were significant errors in the dataset at any point in the hearings.

[7] L'audience s'est déroulée du 29 avril 2014 au 9 mai 2014, et les arguments finaux ont été présentés le 12 septembre 2014. Access n'a soulevé la possibilité d'erreurs importantes dans les données à aucun moment au cours de l'audience.

[8] In order to better understand the evidence that was being discussed during the hearing, on June 6, 2014, the Board put certain technical questions to the parties. These questions included the following:

[8] Pour mieux comprendre les éléments de preuve dont il a été question à l'audience le 6 juin 2014, la Commission a posé certaines questions techniques aux parties, y compris la suivante.

Please confirm that the correct interpretation of ac_pub_affiliate = 1 (as used in Exhibit Objectors-10 at para 101) is that the work's publisher has signed an affiliate agreement with Access Copyright. Please confirm that the publisher is the owner of copyright of the work in every such instance.

[TRADUCTION] Veuillez confirmer que le code ac_pub_affiliate = 1 (tel qu'utilisé dans la pièce Objectors-10 au para 101) signifie bien que l'éditeur de l'œuvre a conclu une entente d'affiliation avec Access Copyright. Veuillez confirmer que l'éditeur est le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre dans tous les cas visés.

[9] In its response³ to the Board's questions, Access stated that:

[9] Dans sa réponse³ à la question de la Commission, Access explique ce qui suit.

1. The code ac_pub_affiliate = 1 indicates that the publisher of the work has signed an affiliation agreement with Access Copyright.

[TRADUCTION] 1. Le code ac_pub_affiliate = 1 signifie que l'éditeur de l'œuvre a conclu une entente d'affiliation avec Access Copyright.

2. It is apparent from a review of the 2006 Volume Study data (the "2006 Data") that there are many other books, magazines and newspapers in the 2006 Data that have been coded as either ac_pub_affiliate = 0 or have a blank entry under ac_pub_affiliate for which the publisher, has in fact, signed an affiliate agreement with Access Copyright. As a result, using the "ac_pub_affiliate" field to measure the volume of copying of works owned by Access Copyright's affiliates greatly underestimates the volume of such copying. A similar conclusion is apparent with the "ac_rrr_bilateral" code, as explained in our answer to question 1(b) below.

2. Il ressort de l'examen des données de l'enquête de volume de 2006 (les « données de 2006 ») que, dans de nombreux cas, les données de 2006 sur des livres, des magazines ou des journaux indiquent le code ac_pub_affiliate = 0 ou contiennent un champ ac_pub_affiliate vide alors que l'éditeur a conclu une entente d'affiliation avec Access Copyright. Par conséquent, l'utilisation du champ « ac_pub_affiliate » comme indicateur du volume de copies d'œuvres dont les titulaires sont affiliés à Access Copyright sous-estime grandement le volume de ces copies. La même conclusion s'applique en ce qui concerne le code « ac_rrr_bilateral », comme nous l'expliquons dans notre réponse à la question 1 b) ci-dessous.

[...] if the Board declines to apply the doctrine of issue estoppel, or finds that Access Copyright is not entitled to claim compensation for works by virtue of an agency relationship, it will be necessary to conduct a more detailed analysis of the data to delineate between books, magazines and newspapers that are claimed by virtue of affiliation and those that are claimed under the agency relationship. (emphasis added)

[...] si la Commission refuse d'appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou conclut qu'Access Copyright n'a pas droit à rémunération pour les œuvres en vertu d'un mandat, il sera nécessaire d'effectuer une analyse approfondie des données pour faire la distinction entre les redevances revendiquées sur des livres, des magazines et des journaux en vertu d'une affiliation et celles qui sont revendiquées en vertu d'un mandat (non souligné dans l'original).

[10] This was the first point at which Access mentioned the existence of significant coding errors in the dataset. According to AC-112, these

[10] Il s'agissait de la première mention par Access de l'existence d'erreurs de codage importantes dans le jeu de données. Selon la

coding errors have the effect of underestimating the volume of copying of certain genres of works (books, newspapers, and magazines) whose owner of copyright was an affiliate of Access or whose owner was affiliated with a Reproduction Rights Organization (RRO). Despite this, in AC-112, there is no mention of the kind of review that occurred to identify the coding errors nor of any attempt to explain how such errors may have occurred.

[11] After the Objectors provided their own response to the Board's questions of June 6, 2014, Access provided a reply thereto⁴ in which it submitted a new report by its expert, Benoît Gauthier. This report provided a description and analysis of a new study performed by Access in preparation for the reply. The study considered "a random sample of book, magazine and newspaper transactions that had both `ac_pub_affiliate` and `ac_rro_bilateral` set to 0, that were claimed as part of its repertoire, not excluded and that were not made by Ministries of Education."⁵

REASONS OF THE BOARD AND JUDICIAL REVIEW

[12] In its reasons of February 19, 2016, the Board wrote that "Access has provided no evidence of the degree of underestimation."⁶ On judicial review, the Federal Court of Appeal concluded that "the Board, through oversight, overlooked the expert evidence and submissions it accepted as exhibits AC-114 and AC-114A on December 5, 2014."⁷

[13] The Court stated that it "should intervene and require the Board to assess the impact, if any, on the volume of compensable exposures."⁸ It consequently referred the matter "back to the Board for reconsideration of only the issue concerning the impact of the coding errors on Access Copyright's repertoire."⁹

pièce AC-112, ces erreurs de codage font en sorte de sous-estimer le volume des copies de certains genres d'œuvres (livres, journaux et magazines) dont le titulaire du droit d'auteur est affilié à Access ou à un organisme de droits de reproduction (RRO). Néanmoins, la pièce AC-112 ne fait aucune mention du type d'examen qui a servi à relever les erreurs de codage ni n'explique les causes de ces erreurs.

[11] Une fois que les opposants ont soumis leur réponse aux questions de la Commission du 6 juin 2014, Access y a répliqué.⁴ La réplique contient un nouveau rapport produit par son expert, Benoît Gauthier. Le rapport décrit une nouvelle enquête menée par Access pour préparer sa réplique et en analyse les résultats. L'enquête a porté sur [TRADUCTION] « un échantillon aléatoire de transactions liées à des livres, des magazines et des journaux pour lesquels on avait indiqué la valeur 0 dans les champs `ac_pub_affiliate` et `ac_rro_bilateral`, où les œuvres étaient revendiquées comme faisant partie du répertoire, n'étaient pas exclues et n'avaient pas été produites par un ministère de l'Éducation ».⁵

MOTIFS DE LA COMMISSION ET CONTRÔLE JUDICIAIRE

[12] Dans ses motifs du 19 février 2016, la Commission a écrit : [TRADUCTION] « qu'Access n'a fourni aucun élément de preuve précisant l'ampleur de la sous-estimation ».⁶ Lors du contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a conclu que [TRADUCTION] « la Commission a par mégarde omis de tenir compte du témoignage d'expert et des observations qu'elle a acceptées comme pièces AC-114 et AC-114A, le 5 décembre 2014 ».⁷

[13] La Cour a tranché qu'elle [TRADUCTION] « devait intervenir et exiger de la Commission qu'elle évalue l'incidence, le cas échéant, sur le volume de copies donnant droit à compensation ».⁸ Elle a donc [TRADUCTION] « renvoyé [l'affaire] devant la Commission pour réexamen de la seule question de l'incidence des erreurs de codage sur le répertoire d'Access Copyright ».⁹

RECONSIDERATION PROCEEDINGS

[14] Pursuant to the Order of the Federal Court of Appeal, on August 30, 2017, in Ruling 2017-084, the Board ordered that the Objectors would have an opportunity to respond to AC-114. Furthermore, to ensure that such a response could be meaningful, the Board also ordered that

the Objectors may request data from Access related to the issue of coding errors, including data used in Access' repertoire reanalysis. Access will take reasonable steps to provide such data. In the case of any dispute, either party may apply to the Board to resolve the dispute.

[15] On September 13 and 26, the Objectors requested "Access Copyright to provide any and all documents that prove Access Copyright's claims that the Claimed Works were part of its repertoire throughout the years 2010-2015." They argued that

[d]ue to the apparently large proportion of errors in Access Copyright's repertoire analysis, the Objectors request the opportunity to double-check the repertoire status of works involved in both the reanalyzed transactions and in all other transactions that had originally been coded as involving affiliated works.

To do this, the Objectors need Access Copyright to provide them with repertoire information relating to all works in the sample that Access Copyright has coded as being affiliated, including those works that Access Copyright originally coded as being in its repertoire.

The Objectors refer to these, collectively, as "Claimed Works", meaning all works that the Board found in its Decision of February 19, 2016 to be in-repertoire through either direct affiliation or affiliation through a foreign reproduction rights organization, plus all works that the Board originally found to be outside of Access Copyright's repertoire but

RÉEXAMEN

[14] Conformément à l'ordonnance rendue par la Cour d'appel fédérale le 30 août 2017, la Commission a décidé, dans l'ordonnance 2017-084 que les opposants devaient avoir l'occasion de répliquer à la pièce AC-114. Par ailleurs, pour s'assurer que cette réponse puisse être utile, la Commission a aussi ordonné que

[TRADUCTION] les opposants [peuvent] demander à Access des données liées à la question des erreurs de codage, y compris des données utilisées par Access dans la nouvelle analyse de son répertoire. Access prendra des mesures raisonnables pour fournir ces données. En cas de désaccord, l'une ou l'autre partie peut s'adresser à la Commission pour lui demander de le résoudre.

[15] Les 13 et 26 septembre, les opposants ont demandé à [TRADUCTION] « Access Copyright de fournir tout document prouvant ses affirmations selon lesquelles les œuvres revendiquées faisaient partie de son répertoire pour les années 2010 à 2015 ». Les opposants font valoir

[TRADUCTION] [qu'en] raison de la proportion apparemment importante d'erreurs dans l'analyse du répertoire d'Access Copyright, les opposants souhaitent avoir l'occasion de vérifier l'appartenance au répertoire des œuvres concernées par les transactions soumises à la nouvelle analyse et toutes les autres transactions pour lesquelles le codage initial indique qu'elles concernent une œuvre affiliée.

Pour ce faire, les opposants ont besoin qu'Access Copyright leur fournisse des renseignements sur le répertoire à l'égard de toutes les œuvres de l'échantillon codées comme affiliées par Access Copyright, y compris les œuvres qu'Access Copyright a initialement codées comme faisant partie de son répertoire.

Les opposants désignent d'« œuvres revendiquées » l'ensemble de ces œuvres, c'est-à-dire l'ensemble des œuvres dont la

that Access Copyright claims in Exhibit AC-114 are in-repertoire.

Commission a décidé dans sa décision du 19 février 2016 qu'elles appartenaient au répertoire, soit par affiliation directe, soit par affiliation par l'intermédiaire d'un organisme de droits de reproduction, de même que l'ensemble des œuvres initialement jugées exclues du répertoire par la commission mais revendiquées comme faisant partie du répertoire par Access Copyright dans la pièce AC-114.

[16] On September 27, Access replied, submitting that

the Objectors are attempting to enlarge the scope of the reconsideration of the evidence to be considered beyond what the Federal Court ordered (Circum's report/AC-114A and its data/AC-114B). Any attempts to do so or attempts to re-litigate other evidence that was before the Board when it made its decision should not be entertained. The Court's and the Board's rulings are clear and settled.

[16] Access a répondu le 27 septembre :

[TRADUCTION] [I]es opposants tentent d'élargir la portée du réexamen des éléments de preuve au-delà de l'ordonnance de la Cour fédérale (rapport de Circum/AC-114A et données connexes/AC-114B). Toute tentative en ce sens ou visant à remettre en question d'autres éléments de preuve qui avaient été présentés à la Commission lorsqu'elle a rendu sa décision devrait être proscrite. Les décisions de la Cour et de la Commission sont nettes et définitives.

[17] If Access is correct, and only the data related to the transactions considered in AC-114 may be considered, then we require no further submissions and can proceed directly to consider "the weight, if any, to be given to Circum's report."¹⁰

[17] Si Access a raison, et seules les données liées aux transactions prises en considération dans la pièce AC-114 doivent être examinées, nous n'avons besoin d'aucune observation additionnelle et pouvons passer directement à la question de déterminer [TRADUCTION] « le poids, le cas échéant, à donner au rapport de Circum ». ¹⁰

ANALYSIS

The Reanalysis Study

[18] The description of the study in AC-114A reveals a fundamental limitation: it can only identify errors in one direction. That is, by reevaluating only those transactions where the data indicated that the copying was from a work whose owner of copyright was neither a direct affiliate of Access (ac_pub_affiliate = 0), nor an affiliate of an RRO with which Access had a bilateral agreement (ac_rro_bilateral = 0), this analysis could only result in an increase to Access' repertoire. If there were coding errors in the overall dataset that, when corrected, would decrease Access' repertoire, these could not be detected by such a study.

ANALYSE

Étude de la nouvelle analyse

[18] La description faite de l'enquête dans la pièce AC-114A révèle une lacune fondamentale : elle permet de repérer les erreurs dans un seul sens. C'est-à-dire qu'en réexaminant uniquement les transactions qui, selon les données, concernent des copies d'œuvres dont le titulaire de droits n'est ni directement affilié à Access (ac_pub_affiliate = 0), ni affilié à une RRO avec laquelle Access a conclu une entente bilatérale (ac_rro_bilateral = 0), le seul résultat possible de l'analyse est une augmentation du répertoire d'Access. S'il existe des erreurs dans le jeu de données qui, une fois corrigées, feraient en sorte de réduire le répertoire d'Access, l'étude ne

[19] This makes such an analysis unreliable as an indicator of the net amount of underestimation. While the reanalysis may be a reliable indicator of the actual status of transactions initially coded as not being in repertoire, it is not a reliable indicator of the actual status of transactions initially coded as being in repertoire—and therefore not a reliable indicator of the net amount of underestimation. Any attempt to measure net underestimation would usually require sampling from the entire population of transactions, including those that were initially coded as being in repertoire.

Possible Contextual Information about Coding Errors

[20] While the reanalysis is flawed in its design, we nevertheless consider below whether there is sufficient evidence before us that could provide, through context, at least a non-quantitative sense of its reliability.

[21] There is insufficient contextual information that would indicate that there are reasons to believe that the reanalysis is a reliable indicator of net underestimation, such as information about the manner in which the coding errors were initially identified (e.g., were all transactions reviewed? Were only “double-0” transactions reviewed?).

[22] One such possibility was raised by Access when it argued that its reanalysis of books, newspapers, and magazines leads to a rate of copying of works not in repertoire (approximately 6.9 per cent) comparable to that of consumables (approximately 6.2 per cent); and that the similarity in these rates are an indication that the reanalysis better represents its repertoire than the initial data. However, setting aside that the means in which these groups being compared were constructed is significantly different, careful scrutiny of the data demonstrates that the only way to arrive at this result is to ignore the separate genres, and compare an amalgam of books,

permettrait pas de les repérer.

[19] En conséquence, l'analyse n'est pas un indicateur fiable du volume de sous-estimation. S'il est possible que l'analyse constitue un indicateur fiable du statut actuel des transactions initialement décrites comme exclues du répertoire, elle n'est cependant pas un indicateur fiable du statut actuel des transactions initialement décrites comme appartenant au répertoire. Elle ne permet donc pas d'indiquer de façon fiable le volume net de sous-estimation. Toute tentative visant à mesurer la sous-estimation nette exigerait normalement un échantillonnage représentatif de l'ensemble des transactions, y compris celles initialement codées comme faisant partie du répertoire.

Renseignements contextuels potentiels sur les erreurs de codage

[20] La conception de la nouvelle analyse comporte certaines lacunes. Néanmoins, nous tentons ci-dessous de déterminer si la Commission dispose d'éléments de preuve suffisants pour estimer, au moins qualitativement, sa fiabilité grâce au contexte.

[21] Nous ne disposons pas de renseignements contextuels suffisants pour déterminer que la nouvelle analyse constitue un indicateur fiable du volume net de sous-estimation, tels que des renseignements sur la façon dont les erreurs de codage ont initialement été repérées. (Par exemple, est-ce que toutes les transactions ont été réexaminées? Est-ce que seules les transactions « à double 0 » l'ont été?)

[22] Access soulève l'une de ces possibilités lorsqu'elle fait valoir que sa nouvelle analyse des livres, des journaux et des magazines a donné une proportion de copies d'œuvres hors répertoire (environ 6,9 pour cent) comparable à celle des copies de documents consommables (environ 6,2 pour cent). Selon elle, cette ressemblance de proportions indique que la nouvelle analyse représente mieux la composition de son répertoire que les données initiales. Cependant, et passant outre aux divergences importantes de méthodes qui ont servi à constituer les groupes comparés, un examen attentif des données montre que la seule façon d'arriver à ce résultat est d'ignorer les

newspapers, and journals against a single genre, consumables. As Table 2.1 of AC-114A shows, the likelihood that a transaction previously identified as not being in repertoire remaining not in repertoire varied from 9 per cent for newspapers to 39 per cent for books, to 47 per cent for magazines. We therefore do not conclude that this indicates some kind of support for the proposition that the reanalysis is a reliable indicator of the status of all books, newspapers, and journals.

[23] Access provided some explanation for why significant errors may have occurred (Access did not believe it was “strictly necessary to precisely code and identify its affiliates in the Volume Study data.”¹¹), but it did not provide sufficient information that would indicate that the initial coding process would lead to certain kinds of errors more likely than others. For example, AC-114 claims that transactions representing approximately 28 per cent of the volume previously coded as not being in repertoire actually had insufficient information for affiliation status to be determined. Without sufficient information on how the initial error occurred, it appears very likely that similar errors would have occurred in cases where transactions were coded as being in repertoire.

[24] We note, for clarity, that in AC-114, Access noted the difficulty of establishing the identity of a work for a significant number of transactions, and that such transactions had no entry in the “ac_rro_bilateral” or “ac_pub_affiliate” fields. In its decision, the Board did not treat such transactions as not in Access’ repertoire, but interpreted them as “Unknown”,¹² and inserted them pro-rata into the other types.¹³

[25] There is also insufficient information that would permit us to conclude that the reanalysis should be expected to be more accurate than the initial analysis (e.g., was there a methodical error throughout the dataset that was located and

distinctions entre les genres et de comparer l’ensemble des livres, des journaux et des magazines au seul groupe constitué des documents consommables. Comme le montre le tableau 2.1 de la pièce AC-114A, la probabilité qu’une transaction précédemment considérée comme exclue du répertoire reste exclue varie de 9 pour cent dans le cas des journaux à 39 pour cent dans le cas des livres, et à 47 pour cent pour les magazines. Nous estimons donc que cet argument n’étaye en rien la thèse selon laquelle la nouvelle analyse constitue un indicateur fiable du statut de l’ensemble des livres, des journaux et des magazines.

[23] Access a donné des explications sur les causes potentielles d’erreurs importantes (Access n’avait pas jugé [TRADUCTION] « strictement nécessaire de coder et d’identifier avec précision les données sur ses affiliés dans l’enquête de volume »¹¹), mais elle n’a pas fourni suffisamment de renseignements pour conclure que la méthode de codage initiale aurait entraîné un certain type d’erreur plus qu’un autre. Par exemple, selon la pièce AC-114, pour environ 28 pour cent des transactions initialement codées comme exclues du répertoire, il n’y avait en fait pas suffisamment d’information pour déterminer le statut d’affiliation. Sans information suffisante sur les causes de l’erreur initiale, il semble hautement probable que des erreurs semblables se seraient produites en ce qui a trait aux transactions codées comme faisant partie du répertoire.

[24] Pour plus de clarté, nous prenons note que dans la pièce AC-114, Access avait mentionné la difficulté d’identifier les œuvres dans un nombre substantiel de transactions et que les champs « ac_rro_bilateral » et « ac_pub_affiliate » avaient été laissés vides pour ces transactions. Dans sa décision, la Commission n’a pas considéré que ces transactions étaient exclues du répertoire d’Access, mais qu’elles appartenaient à la catégorie « Inconnu »¹² et les a réparties entre les autres catégories au prorata.¹³

[25] Nous ne disposons pas non plus de renseignements suffisants pour conclure que la nouvelle analyse est plus précise que l’analyse initiale. (Existait-il une erreur de méthodologie affectant l’ensemble des données et a-t-elle été

removed? What was done differently, besides doing a “better” job?).

[26] The information sought by the Objectors pursuant to their request of September 13 and 26, would likely have provided a quantitative measure of the study’s reliability, and perhaps even provided some qualitative context to the identified coding errors. It is even possible that such information may have even demonstrated that there was a net *overestimation* of the volume of copying from Access’ repertoire. However, Access would not provide this information to the Objectors, instead arguing that the Objectors’ request is beyond the scope of the Order of the Federal Court of Appeal.

CONCLUSION

[27] We are convinced that coding errors did occur. We note, for example, the eight transactions identified in AC-112 that were incorrectly coded as both `ac_pub_affiliate = 1` and `ac_rro_bilateral = 1`, indicating that the owner of copyright of the work is both an affiliate of Access and an affiliate of a RRO, which is not possible under normal circumstances. This is normal, as such a large exercise as that performed by Access in 2005-2006 almost inevitably results in some errors. Without a reason to believe otherwise, one expects errors in a sufficiently large dataset not to be biased in one direction or another.

[28] Thus, on the evidence before us, it is not possible to conclude that the coding-error rate was different for transactions with a work initially coded as not being in repertoire than for those transactions with a work initially coded as being in repertoire. As such, we cannot give the reanalysis in AC-114 any meaningful weight as a reliable indicator for the net underestimation and cannot accept Access’ submission that we can rely on the initial data that indicate that a transaction was of a work in Access’ repertoire, but cannot rely on those data that indicate that the work was not.

repérée et éliminée? Qu’est-ce qui a changé à part « mieux » faire le travail?)

[26] Les renseignements demandés par les opposants les 13 et 26 septembre auraient sans doute donné une indication quantitative de la fiabilité de l’étude, et peut-être même fourni un contexte qualitatif quant aux erreurs de codage repérées. Ces renseignements auraient même pu établir l’existence d’une *surestimation* nette du volume de copies du répertoire d’Access. Cependant, Access n’a pas voulu fournir ces renseignements aux opposants, préférant faire valoir que leur demande dépassait la portée de l’ordonnance de la Cour d’appel fédérale.

CONCLUSION

[27] Nous avons la certitude que des erreurs de codage se sont produites. Par exemple, dans la pièce AC-112, huit transactions ont été incorrectement codées à la fois `ac_pub_affiliate = 1` et `ac_rro_bilateral = 1`, ce qui signifierait que le titulaire du droit d’auteur de l’œuvre est à la fois un affilié d’Access et un affilié d’une RRO, ce qui est normalement impossible. Il n’y a là rien d’anormal, un exercice de l’ampleur de celui entrepris par Access en 2005-2006 comportant presque inévitablement certaines erreurs. Sauf indication contraire, on peut s’attendre à ce que dans un jeu de données d’une taille suffisante, les erreurs n’affichent pas de biais particulier.

[28] Ainsi, selon les éléments de preuve dont nous disposons, il nous est impossible de conclure que le taux d’erreurs de codage diffère entre les transactions où l’œuvre a initialement été codée comme exclue du répertoire et celles où l’œuvre a initialement été codée comme faisant partie du répertoire. Nous ne pouvons donc prêter à la nouvelle analyse de la pièce AC-114 aucun poids substantiel comme indicateur fiable de la sous-estimation nette, et nous ne pouvons pas accueillir la thèse d’Access selon laquelle il est possible de se fier aux données initiales lorsqu’elles indiquent qu’une transaction concernait une œuvre faisant partie du répertoire d’Access, mais pas lorsqu’elles indiquent qu’une transaction concernait une œuvre ne faisant pas partie du répertoire.

[29] We therefore conclude our reconsideration as follows: there is no reliable evidence of the degree of net underestimation in this matter. Even when we look beyond the fundamental issue of the manner in which the reanalysis presented in AC-114 was performed, there is insufficient evidence, either from filings, evidence led during the hearing, or in responses to the Board's related questions, that would permit us to conclude, in a qualitative sense, that the reanalysis is a reliable indicator of the net underestimation of repertoire.

[30] While the Board's initial position was that it would require additional steps in its reconsideration, such as submissions from the Objectors, the fact that there is no additional information beyond AC-114 to consider has made this unnecessary. Since we do not give those portions of AC-114 dealing with the claimed underestimation of the volume of copying in Access' repertoire any significant weight, it is not necessary for the Objectors to provide further submissions.

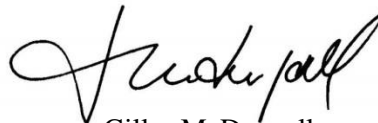
[31] As such, and despite the presence of errors in the dataset (which, as noted above, is not unusual in such a large exercise), the initial data remains the best available source from which to estimate the total volume of copying from works in Access' repertoire. We therefore cannot reliably make any adjustments to the royalty rates the Board previously fixed on February 19, 2016. The *Access Copyright Elementary and Secondary School Tariff, 2010-2015* is therefore unchanged.

[29] Notre réexamen mène donc à la conclusion suivante : il n'existe aucun élément de preuve fiable permettant d'établir le degré de sous-estimation nette en l'espèce. Même en passant outre à la question fondamentale de la méthode utilisée pour mener la nouvelle analyse présentée dans la pièce AC-114, nous ne disposons pas d'éléments de preuve suffisants, qu'ils soient tirés des observations des parties, des éléments de preuve présentés à l'audience ou des réponses aux questions de la Commission sur le sujet, pour qualifier la nouvelle analyse d'indicateur fiable de la sous-estimation nette du répertoire.

[30] Au premier abord, la Commission a jugé que le réexamen exigerait d'autres étapes, comme la présentation d'observations par les opposants. Cependant, cela n'est pas nécessaire étant donné l'absence de renseignements à examiner outre ceux de la pièce AC-114. Comme nous n'accordons aucun poids significatif aux parties de la pièce AC-114 qui traitent de la sous-estimation alléguée du volume de copies du répertoire d'Access, il n'y a aucun besoin pour les opposants de présenter d'autres observations.

[31] Par conséquent, et malgré l'existence d'erreurs dans le jeu de données (ce qui, comme nous l'avons précédemment mentionné, n'est pas inhabituel dans un exercice de cette ampleur), les données initiales demeurent la meilleure source disponible à partir de laquelle estimer le volume total de copies des œuvres du répertoire d'Access. Nous ne pouvons donc pas rajuster de façon fiable les taux de redevances fixés par la Commission le 19 février 2016. Le *Tarif Access Copyright pour les écoles élémentaires et secondaires, 2010-2015* demeure donc inchangé.

Le secrétaire général,



Gilles McDougall
Secretary General

ENDNOTES

1. Letter to the Board of June 3, 2013 at 1-2.
2. Letter to the Board of June 6, 2013 at 2.
3. Exhibit AC-112.
4. Exhibit AC-114.
5. Exhibit AC-114A at 4.
6. *Access Copyright – Elementary and Secondary Schools, 2010-2015* (19 February 2016) Copyright Board Decision at para 405.
7. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. British Columbia (Education)*, 2017 FCA 16 at para 22.
8. *Ibid* at para 25.
9. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. British Columbia (Education)* Judgment (27 January 2017).
10. *Supra* note 7 at para 25.
11. *Supra* note 4 at para 2.
12. *Supra* note 6 at para 404.
13. *Ibid* at paras 407, 411.

NOTES

1. Lettre à la Commission du 3 juin 2013 aux pp 1-2.
2. Lettre à la Commission du 6 juin 2013 à la p 2.
3. Pièce AC-112.
4. Pièce AC-114.
5. Pièce AC-114A à la p 4.
6. *Access Copyright – Écoles élémentaires et secondaires, 2010-2015* (19 février 2016) décision de la Commission du droit d’auteur au para 405.
7. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. British Columbia (Education)*, 2017 CAF 16 au para 22.
8. *Ibid* au para 25.
9. *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. British Columbia (Education)* jugement (27 janvier 2017).
10. *Supra* note 7 au para 25.
11. *Supra* note 4 au para 2.
12. *Supra* note 6 au para 404.
13. *Ibid* aux para 407, 411.