

L'industrie des télécommunications en pleine mouvance : revue de cinq décisions d'intérêt rendues en 2018 en droit du divertissement

Geneviève Laliberté et
William Deneault-Rouillard*

CONTEXTE INTRODUCTIF	255
1. <i>ROGERS COMMUNICATIONS INC. c. VOLTAGE PICTURES, LLC</i>	256
1.1 Les faits et la décision contestée	257
1.2 Analyse	258
1.2.1 Interaction entre le régime législatif d'avis et avis et l'ordonnance de type Norwich	259
1.2.2 Portée des obligations	259
1.3 Conclusion	260
2. <i>BELL CANADA c. LACKMAN (TVADDONS.AG)</i>	261
2.1 Les faits et la décision contestée	261
2.2 Analyse	263
2.2.1 L'ordonnance Anton Piller	264

© Geneviève Laliberté et William Deneault-Rouillard, 2019.

* Avocats chez Fasken.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.2.2	L'injonction interlocutoire	266
3.	<i>ASIAN TELEVISION NETWORK INTERNATIONAL LTD.</i>	266
3.1	Les faits	266
3.2	Résumé des interventions.	269
3.3	Décision	269
4.	<i>ASSOCIATION CANADIENNE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS SANS FIL c. PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC</i>	272
4.1	Les faits	272
4.2	Position des parties et questions en litige	273
4.3	Décision	274
4.3.1	Analyse de la constitutionnalité de la Disposition	274
4.3.1.1	Le caractère véritable de la Disposition.	274
4.3.1.2	Le rattachement de la Disposition à un ou plusieurs sujets de compétence provinciale	275
4.3.1.3	Les télécommunications et la radiocommunication	275
4.3.1.4	Les jeux de hasard et d'argent et le Code criminel	276
4.3.1.5	La théorie du double aspect	276
4.3.1.6	La théorie des pouvoirs accessoires	277
5.	<i>BELL CANADA c. 7265921 CANADA LTD.</i>	277
5.1	Les faits	277
5.2	Décision	279

5.2.1	L'application possible des enseignements du Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168(cit-après « Cogeco ») aux questions faisant l'objet de l'appel	279
5.2.2	La norme de contrôle applicable	280
5.2.3	La contravention possible du Code à la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>	280
5.2.4	Les conclusions de la majorité quant à la compétence du CRTC	282
	CONCLUSION	282

CONTEXTE INTRODUCTIF

Que ce soit dans l'industrie du sport professionnel, de la radio, des jeux et loteries, du cinéma et du jeu vidéo, le droit du divertissement couvre de multiples industries se spécialisant dans l'art de nous distraire, nous réjouir ou simplement occuper nos temps libres.

En raison de cette diversité d'application et de la multiplicité des sources de ce domaine de droit, il fut jugé à propos de focaliser la présente analyse sur un dénominateur commun, soit les télécommunications. Celles-ci, bouleversées par la généralisation du *World Wide Web*, représentent pour l'industrie du divertissement et particulièrement pour les auteurs, créateurs et autres titulaires de droits sur le contenu, un couteau à double tranchant.

D'une part, cette « ère Internet », caractérisée par une mise en réseau planétaire des individus et une décentralisation dans la circulation et la géographie des savoirs¹, joue à certains égards en faveur des créateurs de contenu. Par exemple, ce phénomène permet une visibilité sans précédent à des artistes méconnus et offre des canaux de distribution optimisés pour les concepteurs de jeux vidéo. Cette réalité trouve également application en matière économique, puisqu'Internet est un support universel aux transactions qui lient les entreprises aux consommateurs².

D'autre part, ces nouvelles formes de télécommunications amènent également leur lot de défis, notamment en termes de protection du droit d'auteur. Il est aujourd'hui loisible à quiconque de diffuser et de partager du contenu sur Internet, ce qui représente un casse-tête considérable pour les autorités chargées de veiller à l'efficacité des lois de protection et autres dispositifs nationaux. En

-
1. Laurent SORBIER, « Quand la révolution numérique n'est plus virtuelle », (2006) 17 *Esprit*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-esprit-2006-5-page-121.htm>>.
 2. Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 88.

effet, Internet transcende les frontières classiques des souverainetés³ et permet à des utilisateurs d'y opérer de façon quasi anonyme. Que ce soit en raison de l'apparition au début des années 2000 du partage de fichiers en poste-à-poste⁴, de l'hébergement du contenu protégé sur un site Web ou sur une plateforme tierce, la protection du droit d'auteur, au Canada comme ailleurs, se voit fragilisée en cette ère numérique.

Ceci étant, la présente étude visera à exposer cinq décisions d'intérêt de l'année 2018 traitant du droit du divertissement dans un contexte impliquant différents intervenants de l'industrie des télécommunications. Cette revue jurisprudentielle traitera de décisions de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour supérieure du Québec ainsi que du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications (ci-après « CRTC »).

1. *ROGERS COMMUNICATIONS INC. c. VOLTAGE PICTURES, LLC*

Par le biais de cet arrêt⁵, la Cour suprême du Canada vient préciser dans quelle mesure un fournisseur de services Internet (ci-après « FSI ») peut être mis à contribution lorsque des abonnés ont téléchargé ou téléversé de façon illicite du contenu protégé par des droits d'auteurs et qu'on cherche à aviser ou à identifier ces contrevenants. Il y est déterminé la portée des obligations d'un FSI découlant du régime surnommé « d'avis et avis » contenu dans la *Loi sur le droit d'auteur*⁶.

En effet, depuis 2015, la *Loi sur le droit d'auteur* édicte, aux articles 41.25 et 41.26, ce régime d'avis et avis en vertu duquel les titulaires de droits d'auteurs qui constatent qu'un internaute viole leurs droits peuvent lui faire expédier un avis par son FSI. Dans cet avis, le détenteur des droits n'a qu'à indiquer qu'une personne, à une certaine adresse IP, aurait violé ses droits d'auteur. Ce faisant, le FSI agit comme intermédiaire et doit ensuite aviser son abonné associé à ladite adresse IP. Ce deuxième avis a pour but de dissuader l'abonné de continuer sa prétendue cyberviolation des droits d'auteurs. Cependant, puisque seuls les FSI sont en mesure d'associer une adresse IP à l'identité d'un abonné, ce régime leur impose l'obligation, notamment,

3. *Id.*, p. 74.

4. Aussi appelée partage de fichiers en « pair-à-pair », il s'agit d'une technique permettant de partager des fichiers entre plusieurs ordinateurs connectés entre eux par Internet. Ainsi, chaque poste peut simultanément être serveur et receveur d'un autre poste.

5. *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38.

6. L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 41.25 et 41.26.

d'être en mesure d'identifier, à l'interne, leurs abonnés, puis de leur transmettre l'avis électronique. Afin de connaître l'identité du prétendu contrevenant, les titulaires des droits d'auteurs peuvent obtenir une ordonnance judiciaire de type « Norwich »⁷, mesure extérieure audit régime d'avis et avis de la *Loi sur le droit d'auteur*.

1.1 Les faits et la décision contestée

Les intimés sont des sociétés de production cinématographique (collectivement, « Voltage ») et allèguent qu'environ 55 000 internautes canadiens, qu'elles ne peuvent identifier, ont violé en ligne leurs droits d'auteurs en partageant ses films sur Internet par le biais de réseaux de partage de fichiers en poste-à-poste.

Voltage, pour faire valoir ses droits à l'encontre de cette grande quantité de contrevenants, utilise un véhicule procédural inorthodoxe. En effet, Voltage désire poursuivre un des internautes, dont l'identité lui est inconnue, pour avoir téléchargé et téléversé de façon simultanée plusieurs films protégés par droit d'auteur. Voltage a ensuite l'intention de faire certifier son action contre l'utilisateur inconnu en tant que recours collectif dit « inversé » contre les dizaines de milliers d'individus supposément fautifs. Aux fins d'intenter son action initiale contre l'utilisateur inconnu, Voltage présente une requête en vue d'obtenir une ordonnance de type Norwich, afin d'obliger le FSI de l'utilisateur, Rogers Communications Inc. (ci-après « Rogers »), à lui communiquer des renseignements personnels, dont les coordonnées de l'internaute ciblé. Du même coup, Voltage demande que l'ordonnance de type Norwich soit rendue sans avoir à payer de droit à Rogers, sur le fondement du régime d'avis et avis dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Sur cette dernière question, la common law et le contenu de la loi sont en contradiction. Alors que le droit commun prévoit qu'une compensation raisonnable est appropriée si l'ordonnance judiciaire est rendue, la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit l'obligation implicite du FSI de faire ce que le régime d'avis et avis lui impose sans exiger de frais au demandeur.

7. L'ordonnance de type Norwich est une forme de communication préalable qui permet au titulaire d'un droit d'identifier les auteurs de la faute à son égard ; *Alberta Treasury Branches c. Leahy*, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, par. 59, conf. par : 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63. À ce propos, la Cour d'appel du Québec a confirmé que les tribunaux peuvent prononcer des ordonnances de type Norwich au Québec : *Fers et métaux américains, s.e.c. c. Picard*, 2013 QCCA 2255.

En 2016, la requête en ordonnance de type Norwich est autorisée par le juge des requêtes. Ce dernier autorise du même coup Rogers à recouvrer les frais occasionnés par les mesures qui seront nécessaires pour se conformer à celle-ci, soit pour le salaire de ses employés. Ce même juge conclut que le régime législatif d'avis et avis prévu à la *Loi sur le droit d'auteur* ne traite pas de la divulgation ni de la communication par le FSI de l'identité d'un abonné fautif au titulaire du droit d'auteur, et que, pour cette raison, Rogers peut être remboursé pour les coûts reliés à son personnel.

La Cour d'appel fédérale, à l'instar du juge des requêtes, convient que le régime législatif ne régit pas la communication d'identités de la part du FSI, mais circonscrit davantage la possibilité de remboursement pouvant découler de telles procédures, limitant le recouvrement de Rogers aux « coûts réels, raisonnables, et nécessaires associés à l'acte de divulgation »⁸. Ces coûts sont donc jugés comme étant les seuls qui n'étaient pas reliés aux gestes posés conformément aux obligations que lui imposait déjà la loi. Selon l'interprétation de la Cour, les autres frais réclamés par Rogers ne peuvent être recouverts, car ils chevauchent les mesures reliées aux obligations implicites de Rogers en vertu du régime législatif d'avis et avis. Rogers, alléguant qu'elle a le droit d'être indemnisée pour le temps et les ressources déployées, porte cette décision en appel à la Cour suprême du Canada.

1.2 Analyse

Rogers allègue qu'un FSI peut exiger l'ensemble des frais assumés pour se conformer à une ordonnance de type Norwich aux fins d'identification d'abonnés qui violeraient les droits d'auteur du demandeur initial.

Ainsi, pour trancher cette question préliminaire assez pointue, la plus haute instance du pays détermine si la portée des obligations que prévoit le régime législatif d'avis et avis chevauche, totalement ou partiellement, les mesures que Rogers pourrait être tenue de prendre aux termes de l'ordonnance de type Norwich. En outre, la Cour détermine dans quelle mesure Rogers peut, malgré tout, exiger des droits pour les coûts raisonnables afférents au fait de se conformer à l'ordonnance de type Norwich. Pour ce faire, elle précise du même coup la portée des obligations de Rogers, en tant que FSI, prévues au régime d'avis et avis de la *Loi sur le droit d'auteur*.

8. *Voltage Pictures, LLC c. M.Untel*, 2017 CAF 97, par. 61.

1.2.1 Interaction entre le régime législatif d'avis et avis et l'ordonnance de type Norwich

Tout d'abord, la Cour analyse l'historique et les objectifs de la Loi afin d'interpréter convenablement celle-ci. Elle affirme que le régime d'avis et avis a été adopté afin de dissuader la violation en ligne du droit d'auteur, ainsi que pour établir une balance équitable entre les droits des parties intéressées, comprenant les titulaires des droits d'auteurs, les internautes et les intermédiaires de l'Internet comme les FSI. La Cour affirme que la *Loi sur la modernisation du droit d'auteurs*⁹, laquelle introduit le régime d'avis et avis, n'a pas pour but d'établir un cadre exhaustif en vertu duquel les situations de violation du droit d'auteur sur Internet pourraient être éradiquées. Ainsi, on ne peut exiger, en vertu du cadre législatif, que le FSI divulgue au titulaire du droit d'auteur l'identité de la personne prétendument fautive.

La Cour, sous la plume de Monsieur le juge Brown, nous enseigne que ce régime d'avis et avis fonctionne « de concert » avec l'ordonnance de type Norwich, extérieure à ce régime, dans le cas où on veut obtenir les renseignements sur un individu fautif¹⁰. La Cour confirme donc que le régime législatif d'avis et avis n'a pas écarté l'exigence d'obtenir une ordonnance ni écarté le fardeau du titulaire du droit d'auteur, en common law, de supporter les coûts raisonnables occasionnés par le FSI pour exécuter une ordonnance de type Norwich.

La Cour rappelle que les coûts de conformité à une ordonnance de type Norwich sont remboursables par le demandeur, alors que ceux engendrés dans le cadre des mesures à prendre pour se conformer au régime d'avis et avis ne le sont pas. Ainsi, un FSI a seulement droit aux coûts raisonnables reliés aux mesures nécessaires additionnelles prises pour se conformer spécifiquement à l'ordonnance de type Norwich, et non en lien avec les mesures qu'il a prises ou qu'il aurait déjà dû prendre pour se conformer au régime législatif d'avis et avis. De là l'importance de mesurer le chevauchement entre ces différentes mesures ainsi que leur portée.

1.2.2 Portée des obligations

Relativement aux obligations découlant de l'alinéa 41.26(1), le FSI doit, à la suite de sa réception de l'avis de la prétendue violation et « moyennant paiement des droits qu'elle peut exiger », (a) transmettre

9. L.C. 2012, c. 20.

10. *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, supra, note 5, par. 25.

l'avis par voie électronique à la personne associée à l'« emplacement électronique » et confirmer au demandeur cette transmission et (b) conserver un registre lui permettant d'identifier la personne à qui appartient l'« emplacement électronique »¹¹. Cependant, concernant le montant des frais exigibles, celui-ci est nul puisque le ministre n'a pas déterminé de fourchette de montants en vertu du deuxième alinéa¹². Ainsi doivent être déterminées l'étendue et la portée des obligations en vertu de ce régime, obligations pour lesquelles les coûts y étant reliés ne peuvent être réclamés par le FSI.

La Cour affirme ensuite que les obligations expresses du FSI de transmettre, confirmer et conserver entraînent avec elle des obligations implicites, soit des mesures nécessaires afin que les obligations expresses soient remplies. Elles comprennent donc une obligation d'identification de la personne visée par l'allégation de violation du droit d'auteur, une obligation de vérification que l'identité a été établie correctement ainsi que celle de s'assurer que le registre que le FSI doit conserver en vertu de l'alinéa 41.26(1)b) soit exact. La Cour statue que les démarches engagées pour se conformer aux obligations implicites sont, elles aussi, à la charge du FSI qui ne peut en exiger les frais.

Ceci étant dit, la Cour distingue ensuite l'obligation du FSI, en vertu du régime législatif, de s'assurer de l'exactitude de son registre, et son obligation, aux termes d'une ordonnance de type Norwich, d'identifier une personne à partir de son registre. En effet, il ressort de l'analyse de la Cour que, même si le registre que le FSI doit conserver selon le régime législatif doit permettre à un FSI d'établir les coordonnées de la personne à qui est transmis l'avis, ce régime n'impose pas qu'il permette à un titulaire de droit d'auteur ou à un tribunal de le faire. Pour cette raison, le titulaire du droit d'auteur doit user d'un moyen de communication extérieur au régime d'avis et avis, soit l'ordonnance de type Norwich.

1.3 Conclusion

Finalement, la Cour accueille l'appel sur cette question préliminaire et renvoie les parties devant la Cour fédérale, pour que cette dernière établisse, à la lumière de la délimitation des différentes obligations qu'elle a effectuée, le montant des coûts raisonnables engagés par Rogers suivant l'ordonnance de type Norwich seulement. La Cour fédérale devra donc vérifier dans quelle mesure les huit étapes du processus manuel qu'a entrepris Rogers pour communiquer

11. *Loi sur le droit d'auteur, supra*, note 6, art. 41.26(1).

12. *Id.*, art. 41.26(2).

l'identité de l'abonné chevauchent ses obligations légales prévues par le régime législatif.

Ainsi, la Cour confirme, dans le cadre de cette décision, qu'un FSI peut être indemnisé pour les tâches exécutées afin de se conformer à une ordonnance judiciaire aux fins d'identifier des abonnés soupçonnés de piratage ou de contrefaçon. Cependant, un FSI ne peut réclamer les frais pour des mesures prises dans le but de se conformer au régime d'avis et avis prévu dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Si un FSI se voit déjà imposer certains actes en vertu de la loi, il doit le faire sans compensation même si une ordonnance judiciaire exige la même chose.

2. BELL CANADA c. LACKMAN (TVADDONS.AG)

Cet arrêt de la Cour d'appel fédérale¹³ apporte une analyse de l'applicabilité du moyen de défense prévu à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, lequel protège les plateformes agissant comme intermédiaires fournissant à des tiers des moyens leur permettant de transmettre du contenu.

2.1 Les faits et la décision contestée

L'intimé participe à l'exploitation du site Web de TVAddons, lequel répertorie des logiciels permettant d'ajouter, par l'entremise d'extensions, communément appelées *add-ons*, des fonctions ou caractéristiques supplémentaires à des applications.

KODI est une application logicielle libre et téléchargeable gratuitement qui, assortie d'extensions comme celles disponibles sur le site Web de TVAddons, permet la lecture de contenu multimédia hébergé sur Internet. Les extensions peuvent être soit légitimes, c'est-à-dire qu'elles dirigent les utilisateurs vers des sites Web licites du point de vue des droits d'auteurs, soit attentatoires, c'est-à-dire qu'elles dirigent les utilisateurs vers du contenu non autorisé et protégé par droit d'auteur. Le site Web de TVAddons propose également une application semblable à KODI, « Free Telly », laquelle comprend une sélection d'extensions, de même qu'« Indigo », un outil qui facilite et automatise l'installation des extensions.

Selon les appelantes, les extensions qui se trouvent sur le site Web de l'intimé permettent de capter illégalement du contenu multimédia, notamment des chaînes télévisées canadiennes, des épreuves

13. *Bell Canada c. Lackman (TVAddons.ag)*, 2018 CAF 42.

sportives et des films sur demande. Ainsi, les appelantes prétendent qu'en rendant accessibles au public leurs émissions, et en incitant ou en autorisant la violation de droits d'auteurs par les utilisateurs d'extensions, l'intimé a violé leurs droits d'auteurs.

Le 9 juin 2017, sur requête *ex parte* entendue à huis clos, Monsieur le juge LeBlanc de la Cour fédérale accorde, en vertu de l'article 374 des *Règles des Cours fédérales*, une injonction provisoire d'une durée de 14 jours interdisant à l'intimé de communiquer avec le public, de permettre l'accès aux émissions des appelantes, ainsi que d'inciter ou d'autoriser quiconque à enfreindre les droits des appelantes en communiquant leurs émissions au public.

L'injonction prévoyait également l'obligation pour l'intimé de fournir ses identifiants et ses mots de passe pour les domaines hébergeant le site Web de TVAddons ainsi que les renseignements permettant d'accéder à ses comptes de médias sociaux. Par ailleurs, toujours dans le cadre de cette même procédure, le juge a également émis une ordonnance Anton Piller¹⁴, valable pour la même durée et rendue en vertu de l'article 377 des *Règles des Cours fédérales*, permettant notamment aux avocats des appelantes d'inspecter la résidence de l'intimé, de faire des copies des documents concernant le site Web, de prélever du matériel et de créer des copies intégrales de certains dispositifs numériques, de poser des questions à l'intimé sur l'emplacement des renseignements, le tout effectué sous la supervision d'un avocat indépendant.

La décision contestée devant la Cour d'appel fédérale est celle rendue par Monsieur le juge Bell, saisie d'une requête en réexamen de l'ordonnance Anton Piller et en conversion de l'injonction provisoire en injonction interlocutoire. Dans cette décision, le juge annule l'ordonnance Anton Piller et rejette la requête en injonction interlocutoire.

Dans son analyse, le juge réitère les exigences nécessaires à l'obtention d'une ordonnance Anton Piller, c'est-à-dire :

- 1) le demandeur doit présenter une preuve *prima facie* solide;
- 2) le préjudice causé au demandeur par l'inconduite présumée du défendeur doit être très grave;

14. L'ordonnance Anton Piller, à toutes fins pratiques, est un recours extraordinaire s'apparentant à une injonction à laquelle on a greffé certaines caractéristiques propres à la saisie avant jugement, afin d'assurer le respect des droits de propriété du demandeur à l'égard de ses biens. À cet effet, voir : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik*, 2011 CSC 18.

- 3) il doit y avoir une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants et
- 4) il faut démontrer qu'il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que la procédure de communication préalable puisse être amorcée.¹⁵

Portant un regard très critique à l'égard de l'exécution de l'ordonnance Anton Piller, notamment au sujet de la durée des questions ou de l'impossibilité pour l'intimé de refuser de répondre sous peine d'outrage au tribunal, la Cour considère que le critère de la preuve *prima facie* de la violation n'est pas satisfait. En effet, le juge accepte la thèse de l'intimé selon laquelle ses activités seraient protégées par le moyen de défense prévu à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, notamment parce que le contenu attentatoire auquel donne accès le site Web de TVAddons peut également être trouvé via le moteur de recherche Google.

Pour ce qui est de la question de l'injonction interlocutoire, Monsieur le juge Bell considère que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'intimé, entre autres puisqu'il avait démontré une cause défendable et que l'injonction neutraliserait l'entreprise de l'intimé, de sorte qu'il serait privé de tout moyen financier nécessaire à présenter une défense.

2.2 Analyse

En appel, les questions sur lesquelles doivent se pencher les juges sont les suivantes :

- Le juge de première instance ayant réexaminé la demande a-t-il annulé à tort l'ordonnance Anton Piller ?
- Ce même juge a-t-il rejeté à tort la requête en injonction interlocutoire ?

Les appelantes contestent l'application faite, dans le cadre du réexamen, des principes juridiques aux faits de l'affaire. Les questions sont donc soumises à la norme applicable de l'erreur manifeste et dominante.

15. *Bell Canada c. Lackman (TVAddons.ag)*, *supra*, note 13, par. 10.

2.2.1 L'ordonnance Anton Piller

Les appelantes soutiennent que (1) le juge aurait mal compris la nature des activités de l'intimé; (2) sa conclusion selon laquelle les extensions attentatoires ne représenteraient qu'un peu plus d'un pour cent est erronée; et (3) il est faux que les extensions hébergées dans le site Web de l'intimé peuvent être assimilées à un « mini Google ». Toujours selon ceux-ci, ces erreurs ont mené à une application erronée de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'intimé soutient pour sa défense qu'il n'est qu'un retransmetteur innocent et qu'il est ainsi protégé par l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

La Cour adopte la position des appelantes et détermine que le juge Bell a mal compris les faits, commettant ainsi des erreurs manifestes et déterminantes entachant son jugement.

D'une part, en aucun cas les affidavits produits par les appelantes ne permettent de conclure que les extensions attentatoires ne représentent qu'un peu plus d'un pour cent. Au contraire, l'expert des appelantes confirme que 12 des 22 extensions placées dans la catégorie « en vedette » sur le site Web de TVAddons mènent vers du contenu attentatoire.

D'autre part, la Cour considère que le juge Bell a mal compris les activités de l'intimé. En effet, contrairement au moteur de recherche neutre qu'est Google, lequel classe les résultats d'une recherche par le jeu d'un algorithme, le site Web propose des extensions fiables rassemblant du contenu attentatoire préalablement choisi. Ainsi, considérer lesdites extensions comme des « mini Google » est erroné. Effectivement, bien qu'il soit possible de trouver le même contenu suivant les deux procédés de recherche, la recherche effectuée à l'aide des extensions mène, contrairement à une recherche générale sur Google, au contenu attentatoire de façon directe et sécuritaire.

Les erreurs dans l'interprétation des faits ont mené à une mauvaise application de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Cet article permet de soustraire la personne qui ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunications nécessaires de façon neutre à l'application des règles de violation au droit d'auteur. Monsieur le juge Montigny reprend les enseignements de la Cour suprême du Canada tirés de l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*¹⁶, (ci-après « SOCAN »), lesquels sont rapportés comme suit :

16. 2004 CSC 45.

[24] [...] Selon lui, l'alinéa 2.4(1)b) vise à « [soustraire] à l'application des dispositions sur le droit d'auteur les activités liées à la fourniture à un tiers de moyens de télécommunication lui permettant d'effectuer une communication » (SOCAN au para. 92). Il explique également que la défense est à la portée de la personne qui se contente d'être « un agent » et ne se livre à aucun autre acte de communication. L'agent ne peut se livrer à une activité touchant au contenu de la communication et ne doit avoir aucune incidence sur celui-ci (SOCAN au para. 92).

[25] Ainsi, les juges majoritaires dans cette affaire concluent que les fournisseurs de services Internet agissent en tant que simples agents et peuvent donc se prévaloir de la protection conférée par l'alinéa 2.4(1)b). Dans son analyse menant à cette conclusion, le juge Binnie énonce des facteurs utiles lorsqu'il s'agit de reconnaître un agent (SOCAN au para. 101) :

À mon avis, suivant la *Loi sur le droit d'auteur*, qui consacre la politique législative du Parlement, l'intermédiaire qui fournit des logiciels et du matériel pour faciliter le recours à l'Internet ne viole pas le droit d'auteur. Comme l'a conclu la Commission, ce qui caractérise entre autres un tel « agent » c'est l'ignorance du contenu attentatoire et l'impossibilité (tant sur le plan technique que financier) de surveiller la quantité énorme, voire prodigieuse, de fichiers circulant sur l'Internet. Un important fournisseur de services en ligne comme America Online effectue, nous dit-on, quelque onze millions de transmissions par jour.

Selon le juge, TVAddons ne peut être qualifié de « simple agent » ou de site neutre, ce dernier étant manifestement conçu pour faciliter l'accès au contenu attentatoire. En effet, le site Web rend disponible en ligne des instructions permettant l'installation d'une extension attentatoire. En outre, l'intimé héberge et distribue l'outil « Indigo », lequel facilite l'installation d'extensions attentatoires. Finalement, il a développé l'application « Free Telly » comprenant au moins 28 extensions dont certaines sont attentatoires.

La Cour rappelle également l'objectif de l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, lequel est de protéger le retransmetteur innocent, soit celui qui « ne fait que fournir à un tiers les moyens de télécommunication nécessaires pour que celui-ci l'effectue »¹⁷. Selon la preuve et pour les motifs présentés, la Cour conclut que l'intimé n'est

17. *Loi sur le droit d'auteur*, supra, note 6, art. 2.4(1)b).

pas un retransmetteur innocent. Ainsi, Monsieur le juge Montigny est d'avis que le juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes en concluant que les appelants n'avaient pas de preuve *prima facie* de la violation de leur droit d'auteur. Celui-ci n'aurait pas dû annuler l'ordonnance Anton Piller.

2.2.2 *L'injonction interlocutoire*

Le juge réévalue les facteurs ayant joué dans l'appréciation par le juge de première instance de la prépondérance des inconvénients. S'appuyant sur son raisonnement discuté antérieurement, il conclut que, comme l'intimé ne peut se prévaloir du moyen de défense prévu à l'alinéa 2.4(1)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, qu'il ne peut plus prétendre sérieusement ne pas avoir contrevenu à l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par ailleurs, la prémisse selon laquelle la proportion d'extensions attentatoires est de moins d'un pour cent est fausse.

Enfin, le facteur de la perte de revenus et l'absence de ressources financières est difficile à évaluer. Pour plusieurs raisons, il est effectivement très difficile d'avoir des informations financières fiables sur l'intimé. D'autant plus, le juge énonce que « l'injonction ne devrait pas être accordée uniquement lorsque l'intimé a les moyens de se défendre »¹⁸.

Ainsi, les facteurs ayant fait pencher la balance des inconvénients en faveur de l'intimé ne tenant plus, le juge conclut qu'il faut infirmer la décision contestée et accorder l'injonction interlocutoire.

3. *ASIAN TELEVISION NETWORK INTERNATIONAL LTD.*

Cette décision du CRTC¹⁹ traite de la détermination de sa propre compétence d'imposer un régime pour contrer le piratage de droits d'auteurs sur Internet.

3.1 Les faits

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le législateur a modifié en 2015 la *Loi sur le droit d'auteur* afin de lutter contre le piratage de contenu protégé sur Internet, par le biais d'un régime d'avis et avis. À la suite des avis envoyés conformément aux articles 41.25 et 41.26 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le contenu visé par l'avis doit

18. *Bell Canada c. Lackman (TVAddons.ag)*, *supra*, note 13, par. 51.

19. Décision de télécom CRTC 2018-384, 2018 CarswellNat 5528.

être retiré ou supprimé sur une base volontaire par l'internaute visé. Si tel n'est pas le cas, le titulaire du droit d'auteur doit présenter une demande devant les tribunaux pour chercher un redressement.

C'est dans ce contexte que le demandeur Asian Television Network International Limited, agissant au nom de la coalition Franc-Jeu Canada (ci-après « Franc-Jeu Canada »), demande au CRTC de mettre en place un régime qui « (i) servirait à repérer les sites Web et les services en ligne impliqués de façon manifeste, évidente ou structurelle dans le piratage de droits d'auteur et (ii) obligerait les FSI à désactiver l'accès à ces sites et services pour les utilisateurs finaux »²⁰.

Selon Franc-Jeu Canada, le CRTC est le mieux placé pour lutter contre le piratage en ligne, et a compétence pour le faire en vertu des articles 24, 24.1, 36 et 70 de la *Loi sur les télécommunications*, ce qui servirait les objectifs de la politique de télécommunication énoncés à l'article 7 de cette loi.

Ce faisant, Franc-Jeu Canada propose la mise en place, par le CRTC, des mesures suivantes :

En vertu des articles 24 et 24.1 de la *Loi sur les télécommunications*, le [CRTC] imposerait à tous les FSI une condition les obligeant à désactiver l'accès aux sites Web de piratage cernés de temps à autre par le [CRTC] et compilés en une liste centralisée (liste). De plus, le [CRTC] permettrait aux FSI de désactiver l'accès aux sites Web de la liste, en application de l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications*.

Le [CRTC] établirait des critères afin de déterminer si l'accès à un site Web soupçonné de piratage devrait être ajouté à la liste. Un site Web serait ajouté à la liste s'il est déterminé qu'il est impliqué de façon manifeste, évidente ou structurelle dans le piratage. Les critères précis pourraient comprendre l'ampleur, les répercussions et le caractère flagrant des activités de piratage des sites Web, l'indifférence des propriétaires des sites à l'égard du droit d'auteur, le fait que le site soit commercialisé pour ses utilisations non autorisées, et l'efficacité d'éventuelles mesures de prévention des activités illicites.

En vertu de l'article 70 de la *Loi sur les télécommunications*, le [CRTC] établirait l'Agence indépendante d'examen du piratage (AIEP), un organisme indépendant sans but lucratif dont la

20. *Id.*, par. 6.

structure s'apparenterait à celle de la Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision inc., afin de recevoir les demandes de titulaires de droits d'auteur et d'autres intéressés qui souhaitent faire ajouter à la liste un site Web soupçonné de piratage.

L'AIEP examinerait les demandes en suivant un processus ouvert au public et conçu pour faire en sorte que les propriétaires du site Web soupçonné de piratage aient l'occasion de se faire entendre. Elle appliquerait les critères établis par le [CRTC] et recommanderait d'ajouter ou non le site à la liste.

- D'après le dossier déposé auprès de l'AIEP et la recommandation de cette dernière, le [CRTC] déciderait d'ajouter ou non le site Web à la liste, en motivant cette décision par écrit.

Le [CRTC] pourrait rapidement ou automatiquement élargir l'exigence de blocage de sites à d'autres sites Internet vers lesquels le site de piratage en question pourrait être déplacé.

Les personnes qui souhaitent contester une décision du [CRTC] auront accès aux mécanismes d'appel existants, notamment i) une demande de révision et de modification de la décision en application de l'article 62 de la *Loi sur les télécommunications*, ce qui déclencherait un processus public du [CRTC], ou ii) un appel auprès de la Cour d'appel fédérale.²¹

Selon Franc-Jeu Canada, l'instauration de ce régime par le CRTC serait justifiée d'une part en raison des graves répercussions que cause le piratage en ligne sur la valeur économique des créations dont le droit d'auteur est enfreint. En effet, le piratage sur Internet peut notamment conduire à une perte d'investissement dans le contenu canadien, à une perte de confiance dans l'économie numérique et à une perte des revenus fiscaux.

D'autre part, ce nouveau régime servirait à mieux outiller les titulaires de droits d'auteur face au piratage Internet. En effet, Franc-Jeu Canada considère que le régime mis en place est inefficace et difficile d'application. Notamment, le régime rend difficile l'identification des responsables du piratage et il place le fardeau de l'enquête et de la poursuite sur les épaules des titulaires de droits d'auteur.

Avant de se questionner sur l'occasion favorable de l'instauration d'un tel régime, la question fondamentale à laquelle doit répondre

21. *Id.*, par. 11.

le CRTC est celle de déterminer s'il a compétence pour imposer un tel régime.

3.2 Résumé des interventions

La réaction massive à la suite de cette demande met bien en lumière le mécontentement unanime des différents intervenants de l'industrie du divertissement face au piratage de contenu sur Internet. En effet, le CRTC a reçu une centaine de lettres en faveur de la demande de Franc-Jeu Canada et du blocage des sites Web de piratage. Ces lettres ont entre autres souligné les répercussions financières négatives du piratage informatique sur l'industrie du divertissement canadien, de même que la difficulté de combattre ce phénomène grandissant avec le système canadien actuel.

La demande a également entraîné trois grandes campagnes de pétition à l'encontre de la mise en place de ce régime, de même que l'envoi d'environ 10 000 interventions individuelles défavorables. Les intervenants s'opposant au régime ont notamment soulevé des inquiétudes relativement à la menace contre la liberté d'expression et au principe de neutralité du Net, à l'absence de contrôle judiciaire des décisions de blocage de sites Web et de l'AIEP ainsi qu'à la concentration du pouvoir dans les mains des entreprises qui pourraient utiliser le blocage pour réduire la concurrence.

3.3 Décision

Aux fins de la détermination de sa compétence, le CRTC retient les principes d'interprétation législative suivants :

[56] La méthode acceptée d'interprétation des lois au Canada est la suivante : « [...] il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Par conséquent, le [CRTC] doit évaluer si le sens ordinaire et grammatical des termes des dispositions pertinentes de la *Loi sur les télécommunications* appuierait l'adoption du régime proposé. Le [CRTC] doit aussi évaluer si son interprétation des lois est appuyée par l'objet des dispositions pertinentes, comme il ressort des dispositions connexes et de la *Loi sur les télécommunications* dans son ensemble. De plus, la loi devrait être interprétée de façon harmonieuse avec d'autres lois fédérales traitant d'objets connexes.

D'abord, Franc-Jeu Canada se fonde sur les articles 24 et 24.1 de la *Loi sur les télécommunications*²² pour établir la compétence du CRTC d'imposer aux FSI un régime de blocage de sites Web. Les articles en question se libellent comme suit :

24. L'offre et la fourniture des services de télécommunication par l'entreprise canadienne sont assujetties aux conditions fixées par le CRTC ou contenues dans une tarification approuvée par celui-ci.

24.1 L'offre et la fourniture des services de télécommunication par toute autre personne qu'une entreprise canadienne sont assujetties aux conditions fixées par le CRTC, notamment en matière :

- a) de conditions à prévoir dans les contrats conclus avec les usagers des services de télécommunication ;
- b) de protection de la vie privée de ces usagers ;
- c) d'accès aux services d'urgence ;
- d) d'accès par toute personne handicapée aux services de télécommunication.

Le CRTC est d'avis qu'une interprétation large de ces articles créerait un conflit direct avec la *Loi sur le droit d'auteur* et l'intention du législateur en matière de recours en droit d'auteur. En effet, la *Loi sur les télécommunications* fait partie d'un régime législatif fédéral comprenant la *Loi sur la radiodiffusion*²³, la *Loi sur la radiocommunication*²⁴ et la *Loi sur le droit d'auteur*, lesquelles ont été rédigées simultanément afin que ce régime soit uniforme et cohérent. La *Loi sur les télécommunications* doit donc être interprétée en corrélation avec ces lois.

Or, la *Loi sur le droit d'auteur* a été rédigée afin de constituer un régime de protection du droit d'auteur exhaustif, ce qui fait en sorte que le libellé d'une autre loi doit être clair et explicite pour viser des droits et des recours en matière de droit d'auteur. En l'espèce, les articles 24 et 24.1 de la *Loi sur les télécommunications* ne contiennent pas expressément l'attribution d'une compétence en

22. L.C. 1993, c. 38.

23. L.C. 1991, c. 11.

24. L.R.C. 1985, ch. R-2.

matière de droit d'auteur au CRTC. Ainsi, interpréter ces articles comme attribuant des pouvoirs au CRTC en matière de droit d'auteur serait incompatible avec l'intention du législateur de consacrer un régime exhaustif dans la *Loi sur le droit d'auteur*. De même, une telle interprétation viendrait à l'encontre de la réforme, exécutoire depuis 2015, laquelle prévoit expressément un régime pour lutter contre le piratage sur Internet.

Par ailleurs, le CRTC considère qu'il existe une contradiction claire entre le régime proposé par Franc-Jeu Canada et les exemptions pour les FSI établies à l'alinéa 2.4(1)b) et à l'article 31.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*, lesquelles exemptent expressément les FSI de la responsabilité relative au respect des droits d'auteurs. En effet, les mesures proposées par Franc-Jeu Canada auraient pour effet d'imposer aux FSI des obligations positives relativement au respect du droit d'auteur.

De plus, en vertu de l'article 47 de la *Loi sur les télécommunications*, le CRTC se doit d'exercer ses pouvoirs de manière à réaliser les objectifs de la politique de télécommunication établis à l'article 7. Citant l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble* de la Cour suprême du Canada, le CRTC résume l'objectif de la politique comme visant : « à promouvoir et à réglementer le développement ordonné au Canada d'une infrastructure de télécommunications fiable, abordable et efficace »²⁵.

Le CRTC détermine que, considérant cet objectif, et en l'absence d'un mécanisme d'application précis établi par le législateur, les liens entre le régime proposé et les objectifs de l'article 7 sont trop ténus pour conclure à l'existence d'une compétence du CRTC en matière de recours en droit d'auteur.

Ainsi, au terme de son analyse, le CRTC détermine qu'il n'a pas compétence, en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, pour mettre en œuvre le régime proposé par Franc-Jeu Canada. Considérant ce constat, le CRTC ne se prononce pas sur le bien-fondé des mesures proposées.

25. 2003 CSC 28, par. 38.

4. ASSOCIATION CANADIENNE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS SANS FIL c. PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC

Cette décision²⁶, rendue sous la plume de Monsieur le juge Pierre Nolet, traite de la compétence fédérale en matière de télécommunications et en matière de jeux de hasard et d'argent.

4.1 Les faits

Les jeux de hasard et d'argent (ci-après « JHA ») sont interdits par le *Code criminel*²⁷ (ci-après « C.cr. »). Une exception permet toutefois au gouvernement des provinces de mettre sur pied et d'exploiter une loterie. Au Québec, l'exploitation de la loterie est effectuée par Loto-Québec.

Dans les dernières années, une montée des JHA en ligne a provoqué un certain délaissement des loteries traditionnelles, ce qui a entraîné un impact négatif sur les revenus des provinces.

Afin de contrer les effets négatifs de la montée des JHA illégaux en ligne sur les revenus de la province, le gouvernement du Québec a mis en place une série de changements afin que Loto-Québec soit plus concurrentielle sur le marché des jeux de loterie. Notamment, il a autorisé Loto-Québec à créer une plateforme de commercialisation des JHA en ligne et a permis la vente d'alcool dans les aires de jeux de la province. Malgré ces mesures, le marché global des loteries et des JHA légaux demeure en décroissance au Québec, et ce, notamment en raison de la concurrence provenant des JHA illégaux en ligne.

De plus, le gouvernement du Québec dépose le 25 mars 2015 son plan économique du Québec, lequel comprend des mesures pour contrer le jeu illégal en ligne. Dans cette optique, le 18 mai 2016, la *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours du budget du 26 mars 2015*²⁸ (ci-après la « Loi sur le budget ») est sanctionnée. L'article 12 de cette Loi²⁹ (ci-après la « Disposition ») amende la *Loi sur la protection du consommateur*³⁰

26. *Association canadienne des télécommunications sans fil c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 3159 (à noter qu'une déclaration d'appel a été déposée le 22 août 2018, numéro 500-09-027771-187).

27. L.R.C. 1985, ch. C-46.

28. Projet de loi n° 74 (sanctionné – 2016), 1^{re} sess., 41^e légis.

29. Prenez note qu'au moment du rendu de la décision, la Disposition n'est pas encore entrée en vigueur.

30. RLRQ, c. P-40.1.

(ci-après « LPC »), et prévoit notamment, à l'article 260.35, l'obligation pour les FSI de bloquer les sites illégaux de JHA :

12. La *Loi sur la protection du consommateur* (chapitre P-40.1) est modifiée par l'insertion, après l'article 260.32, de ce qui suit :

TITRE III.4

JEU D'ARGENT EN LIGNE

[...]

260.35. Le fournisseur de services Internet qui reçoit la liste des sites non autorisés de jeu d'argent en ligne conformément à l'article 260.34 doit, dans les 30 jours suivant sa réception, bloquer l'accès à ces sites.

260.36. Lorsque la Société constate qu'un fournisseur de services Internet ne se conforme pas à l'article 260.35, elle en fait rapport à la Régie. La Régie transmet alors un avis au fournisseur de services Internet en défaut et en transmet une copie à la Société.

L'article 13 de la *Loi sur le budget* prévoit également l'ajout, à l'article 277 LPC, d'une sanction, soit une amende pouvant aller entre 2 000 \$ et 100 000 \$ pour toute contravention à l'article 260.35.

4.2 Position des parties et questions en litige

La partie demanderesse, l'Association canadienne des télécommunications sans fil (ci-après l'« ACTS »), est une société sans but lucratif qui représente l'industrie des télécommunications sans fil. Elle conteste la validité, l'applicabilité et le caractère opérant de l'article 12 de la *Loi sur le budget* pour certains motifs. D'abord, elle allègue que son caractère relèverait des compétences exclusives de juridiction fédérale. Ensuite, elle considère que cette disposition serait inconstitutionnelle et inopérante en application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Enfin, elle allègue que l'article 12 de la *Loi sur le budget* serait inconstitutionnel et inapplicable en raison de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

La Procureure générale du Québec (ci-après la « PGQ ») est plutôt d'avis que la Disposition relève de la compétence législative des

provinces en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹ relativement à la protection des consommateurs vulnérables.

4.3 Décision

D'emblée, il convient de mentionner que la Cour estime que la Disposition, tout particulièrement l'article 260.35 est *ultra vires* et donc invalide. Voici le raisonnement suivi par la Cour.

4.3.1 Analyse de la constitutionnalité de la Disposition

4.3.1.1 Le caractère véritable de la Disposition

Dans un premier temps, la Cour recherche le caractère véritable de la Disposition en se basant sur la preuve intrinsèque, soit les objectifs de la Disposition et les étapes ayant mené à son élaboration. D'emblée, elle affirme que la *Loi sur le budget* fut édictée dans un but économique.

La Cour considère que, bien que le but annoncé de la Disposition soit de contrôler l'offre de JHA en ligne, les mesures de contrôle réelles de l'offre sont restreintes à l'obligation pour les FSI de bloquer les sites de JHA illégaux. Ainsi, l'objectif de la Disposition n'est pas rencontré et s'allie mal avec l'objectif de la LPC, lequel est la protection des consommateurs québécois.

La Cour conclut donc que, l'objectif de la Disposition étant très éloigné de celui de la LPC, son rattachement à la LPC ne peut, s'il existe, qu'être superficiel.

Par ailleurs, la Disposition octroie à Loto-Québec la surveillance de l'accessibilité des jeux d'argent en ligne. La Cour considère que la législature provinciale ne pouvait déléguer un tel pouvoir, puisque la compétence de la province relativement aux JHA lui provient exclusivement de l'article 207(1)a) C.cr. Elle s'exprime comme suit sur ce point :

[69] [...] Il ne lui [Loto-Québec] appartient pas de les interdire ni de déléguer à l'une de ses sociétés d'État un tel pouvoir. En autorisant Loto-Québec à établir une telle liste des sites de jeu d'argent en ligne non autorisée, puis en ordonnant les FSI à bloquer l'accès aux sites qui sont sur cette liste, la législature

31. 30 & 31 Vict., c. 3 (R-U), art. 92.

ordonne qu'une sanction soit imposée par un tiers (les FSI) à une infraction criminelle, sans la tenue d'un procès.³²

La Cour considère donc qu'il est erroné de se fonder sur la LPC pour déterminer le caractère véritable de la Disposition.

La Cour procède ensuite à l'analyse des différentes étapes ayant mené à l'élaboration de la Disposition. Considérant la décroissance des revenus de Loto-Québec liée aux JHA illégaux en ligne, elle conclut qu'il existe un lien clair entre l'édiction de la Disposition et cette perte de revenus. Des considérations de santé publique ou de protection du public n'apparaissent que secondaires.

Ainsi, la Cour conclut que, contrairement à ce que prétend la PGQ, le caractère véritable de la Disposition est « de forcer les FSI à bloquer les sites de JHA que Loto-Québec estime illégaux [...] afin d'augmenter les revenus de la province »³³.

4.3.1.2 *Le rattachement de la Disposition à un ou plusieurs sujets de compétence provinciale*

La Cour vient à la conclusion qu'il n'est pas possible de rattacher la Disposition à une quelconque compétence provinciale en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet, en aucun cas le caractère véritable de la Disposition ne peut être compris dans l'une ou l'autre de ces compétences provinciales : la santé, l'administration de la justice, de la propriété et des droits civils ou les matières d'une nature locale ou privée.

4.3.1.3 *Les télécommunications et la radiocommunication*

Par ailleurs, la Cour conclut que la Disposition entre dans le champ de compétence fédérale en matière de télécommunications, compétence établie par les articles 91(29) et 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En effet, la Cour réaffirme, en s'appuyant sur le *Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion*³⁴, que les FSI ne sont pas des radiodiffuseurs puisqu'ils sont régis par la *Loi sur les télécommunications*

32. *Asian Television Network International Ltd*, *supra*, note 19, par. 69.

33. *Id.*, par. 98.

34. 2012 CSC 4.

et, contrairement aux radiodiffuseurs, n'ont aucun contrôle sur le contenu.

En cette qualité, les FSI sont soumis à l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications*, lequel interdit aux FSI de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'ils acheminent au public. Selon la Cour, cet article ne permet pas aux FSI de modifier (ou bloquer) les signaux, légaux ou illégaux. Par l'effet de cet article, il n'est donc pas possible pour la législature provinciale d'imposer aux FSI le blocage des signaux.

De l'avis de la Cour, la Disposition intervient dans la sphère de compétence exclusive du fédéral en matière de gestion et d'exploitation des réseaux de télécommunications. Notamment, il ressort de la preuve, qu'afin de rendre effective la Disposition, il faudrait modifier l'organisation des réseaux de télécommunications de manière à permettre de bloquer les réseaux québécois seulement.

4.3.1.4 *Les jeux de hasard et d'argent et le Code criminel*

La Cour analyse ensuite la possibilité de rattacher les JHA à la compétence fédérale en droit criminel. Elle est d'avis que les JHA relèvent traditionnellement du droit criminel. En effet, ils sont prohibés par l'article 207 C.cr., lequel réprime un mal, énonce une prohibition ainsi qu'une sanction.

Les provinces possèdent un pouvoir en droit criminel limité à l'administration de la justice et la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province. Ce pouvoir limité ne permet pas de créer des sanctions pour des infractions prévues au C.cr. La Cour assimile l'imposition du blocage des sites de loterie jugés illégaux aux FSI à des sanctions criminelles s'ajoutant à l'infraction prévue aux articles 202 et 206 C.cr. La Cour conclut donc que la Disposition se rattache à des sujets de compétence fédérale.

4.3.1.5 *La théorie du double aspect*

Une fois établie que la Disposition relève de la compétence fédérale, la Cour analyse la possibilité d'y appliquer la théorie du double aspect. Cette théorie est applicable « lorsque des mesures législatives portent sur des sujets qui peuvent être rattachés de manière équivalente à deux champs de compétence distincts »³⁵.

35. *Asian Television Network International Ltd*, *supra*, note 19, par. 148.

S'arrimant aux précédents établis dans l'arrêt *Johnson c. Alberta (Attorney General)*³⁶, la Cour réitère que la compétence fédérale en matière de JHA est exclusive, à l'exception de l'autorisation faite aux provinces de mettre sur pied et d'exploiter des JHA. Elle établit cette même exclusivité en se basant sur la décision *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*³⁷ en matière de télécommunications. Ainsi, la Cour conclut que la théorie du double aspect n'est pas applicable.

4.3.1.6 La théorie des pouvoirs accessoires

La Cour étudie ensuite la possibilité d'appliquer la théorie des pouvoirs accessoires. Cette théorie « permet à un ordre de gouvernement d'adopter des lois qui ont une incidence sur des matières qui échappent à ses compétences »³⁸, dans la mesure où ces lois représentent un élément important d'un régime législatif plus vaste. Or, puisque la Cour considère qu'il n'y a pas de lien fonctionnel et rationnel entre la Disposition et la LPC, la Disposition ne peut pas être sauvegardée sous cette théorie.

La Cour en vient donc à la conclusion que la Disposition est *ultra vires*.

5. **BELL CANADA c. 7265921 CANADA LTD.**

Cet arrêt de la Cour d'appel fédérale³⁹ fait l'objet d'une grande dissidence au sein des trois juges décideurs. Les motifs majoritaires, rédigés par Madame la juge Woods, reprennent en partie les motifs du juge dissident, Monsieur le juge Rennie, exception faite de la conclusion finale. Le troisième juge, quant à lui, adhère aux conclusions majoritaires, mais diffère dans une partie de son raisonnement. Dans le cadre de cette revue jurisprudentielle, nous nous attarderons essentiellement aux motifs majoritaires de l'arrêt.

5.1 Les faits

Au Canada, deux types d'entités commerciales assurent les services télévisuels. Il s'agit des entreprises de programmation (ci-après « EP »), lesquelles créent le contenu, et des entreprises de distribution de radiodiffusion (ci-après « EDR »), lesquelles retrans-

36. [1954] S.C.R. 127 (CSC).

37. 1905 A.C. 52.

38. *Asian Television Network International Ltd*, *supra*, note 19, par. 153.

39. *Bell Canada c. 7265921 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174.

mettent le contenu des EP par l'intermédiaire de leurs réseaux. Ces deux types d'entreprises régissent leurs relations d'affaires par le biais d'« ententes d'affiliation ».

En 2015, la conclusion de ces ententes d'affiliation a été encadrée par une politique imposée par le CRTC, politique mise en application par l'entremise de deux mesures : la *Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438* (ci-après le « Code »), laquelle « établit des paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation »⁴⁰; et l'*Ordonnance de radiodiffusion 2015-439* (ci-après l'« Ordonnance »), laquelle rend le Code exécutoire auprès de EDR et « les oblige à distribuer les émissions suivant certaines modalités et conditions »⁴¹.

C'est dans le contexte de l'imposition de ces mesures que les appelantes, Bell Canada, Bell Média inc. et autres (collectivement, « Bell ») interjettent appel des décisions du CRTC. Au soutien de cette procédure, Bell soutient que le CRTC, en mettant en œuvre sa politique régissant les rapports économiques entre les EP et les EDR, a outrepassé sa mission conférée par l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Les prétentions de Bell s'appuient sur deux volets : le Code n'est pas autorisé par l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* et le Code contrevient aux droits d'auteurs des appelantes garantis par l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Les questions en litige soulevées par Bell sont définies comme suit :

- A. La jurisprudence *Cogeco* de la Cour suprême du Canada est-elle déterminante quant aux questions faisant l'objet du présent appel ?
- B. Si la jurisprudence *Cogeco* n'est pas déterminante, le Code relève-t-il du pouvoir conféré au CRTC par l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* ?
- C. Y a-t-il conflit entre le Code et le texte ou l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur* ?⁴²

40. *Id.*, par. 2.

41. *Id.*

42. *Id.*, par. 18.

5.2 Décision

5.2.1 *L'application possible des enseignements du Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168⁴³ (ci-après « Cogeco ») aux questions faisant l'objet de l'appel*

Dans l'arrêt *Cogeco*, la Cour suprême du Canada devait déterminer si le CRTC avait la compétence pour mettre en œuvre le régime de compensation de la valeur des signaux. Ce régime avait pour fonction de compenser la valeur des signaux aux radiodiffuseurs (les EP). Mis en place dans le but de s'assurer de la viabilité économique des radiodiffuseurs, ce régime consistait en un allègement du fardeau financier des radiodiffuseurs en leur « accordant des droits nouveaux et exclusifs de contrôle de l'exploitation de leurs signaux de communication et de leurs œuvres par retransmission »⁴⁴. Ce régime permettait également aux EP de négocier directement la retransmission des signaux avec les EDR, et, en cas d'échec d'accord avec une EDR, le droit pour les EP d'exiger le retrait de leurs signaux.

Dans l'arrêt *Cogeco*, la Cour suprême du Canada vient à la conclusion que le régime de compensation des signaux n'était (1) pas autorisé par l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* et (2) incompatible avec les articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*. En effet, la Cour suprême du Canada considère qu'aucun des sujets précis et susceptibles d'être réglementés par le CRTC et énumérés au paragraphe 10(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne se rapporte à la création de droits exclusifs qui permettraient de contrôler les rapports économiques directs entre les EDR et les EP.

Bell base son argumentation sur ce raisonnement. Elle soutient qu'étant donné qu'aucune matière précise du paragraphe 9(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne se rapporte au contrôle des rapports économiques entre les EP et les EDR, le CRTC n'avait pas compétence pour édicter le Code et l'Ordonnance.

La Cour est d'avis que l'arrêt *Cogeco* n'est pas déterminant dans la solution du litige et qu'elle ne permet pas de déterminer si l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* autorise au CRTC de rendre le Code exécutoire.

43. 2012 CSC 68.

44. *Bell Canada c. 7265921 Canada Ltd.*, *supra*, note 39, par. 23.

En effet, elle considère que la Cour suprême a interprété la *Loi sur la radiodiffusion* comme permettant au CRTC de donner à une EP le droit d'exiger le retrait d'une émission dont elle a acquis les droits de diffusion. Cette interprétation ne doit pas être comprise comme octroyant au CRTC le droit de réglementer n'importe quel rapport économique entre les EP et les EDR.

5.2.2 La norme de contrôle applicable

Les appelantes soutiennent que la norme de contrôle applicable à l'analyse de la décision du CRTC est celle de la décision correcte puisqu'il s'agirait d'une question de compétence. Sous la plume de Monsieur le juge Rennie, la Cour fait alors un long exposé, d'une part, au sujet de l'application de la catégorie de la véritable question de compétence en droit administratif et, d'autre part, l'analyse de la norme de contrôle.

Elle termine toutefois son exposé en adoptant la position prise par la Cour d'appel fédérale dans son jugement *Bell Canada c. Procureur général du Canada*⁴⁵, et énonce que la norme de contrôle applicable aux ordonnances rendues en application de l'alinéa 9(1) h) de la *Loi sur la radiodiffusion* est celle de la décision raisonnable.

5.2.3 La contravention possible du Code à la Loi sur le droit d'auteur

Les appelantes soutiennent que le Code entre en conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*. En effet, elles considèrent que ces dispositions octroient au titulaire du droit d'auteur des droits exclusifs dans ses émissions, droits exclusifs niés par le Code.

D'une part, les appelantes avancent que les restrictions comprises au Code relativement aux modalités commerciales, de même que les interdictions autorisées aux termes des ententes d'affiliation briment le droit exclusif des EP. De plus, les appelantes allèguent que le Code entraîne une perte de contrôle sur le prix qu'elles reçoivent pour leurs œuvres, et ce, en raison du mécanisme de règlement des différends par lequel le CRTC peut fixer ledit prix.

La Cour n'est pas en accord avec les prétentions des appelantes et considère que le Code ne vient pas en contravention avec la *Loi sur*

45. 2017 CAF 249.

le droit d'auteur. En effet, en analysant le Code, la Cour en arrive à la conclusion qu'il ne permet pas au CRTC de fixer les taux particuliers ainsi que les conditions précises des ententes d'affiliation. Dans les faits, les seules modalités que le Code exige dans les ententes d'affiliation sont les suivantes :

(i) que les EDR offrent un soutien en matière de commercialisation qui soit comparable à celui qu'elle accorde à d'autres services semblables ou qui lui sont liés (article 10); et (ii) que les EDR et les EP connexes offrent aux services de programmation indépendants et à d'autres EDR « des modalités d'accès raisonnables fondées sur la juste valeur marchande » pour les droits de distribution multiplateformes (articles 11 et 12).⁴⁶

Par ailleurs, le CRTC ne peut établir un taux de paiement pour les droits d'auteur que dans le cadre d'une procédure de règlement des différends et que si les parties ne peuvent s'entendre sur le prix dans le cadre d'une médiation assistée. Dans tous les cas, le consentement des EP au processus est nécessaire.

Ainsi, la Cour considère que :

le Code sur la vente en gros de 2015 ne permet pas au CRTC de fixer le prix et n'autorise pas une EDR à retransmettre une émission sans le consentement d'une EP. Bien que les modalités de l'entente d'affiliation soient circonscrites par le Code sur la vente en gros de 2015, l'EP doit encore consentir à conclure une entente avec une EDR ou consentir à renouveler une entente existante qui autorise la télécommunication du contenu. [...] Le Code préserve le droit du titulaire du droit d'auteur de choisir s'il doit communiquer ses oeuvres ou non. L'EP est libre de rejeter les modalités offertes en tout temps. L'EP n'est pas tenue de conclure une entente d'affiliation et conserve le contrôle de la façon dont ses oeuvres seront utilisées et à quel moment.⁴⁷

Enfin, la Cour rappelle que les droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* à l'alinéa 3(1)f) et au paragraphe 13(4) peuvent être conditionnés par d'autres lois auxquelles le droit d'auteur est lié.

46. *Id.*, par. 143.

47. *Id.*, par. 146-147.

5.2.4 Les conclusions de la majorité quant à la compétence du CRTC

S'exprimant pour la majorité, Madame la juge Woods conclut que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* ne confère pas au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation, et que le CRTC ne pouvait donc prendre le Code et adopter l'Ordonnance. L'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* se libelle comme suit :

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le [CRTC] peut, dans l'exécution de sa mission :

[...]

(h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

En effet, sur ce point, la Cour est d'avis qu'une interprétation textuelle et contextuelle de la disposition ne peut inclure le pouvoir général de régir les modalités et conditions relatives aux rapports entre les EP et les EDR. En effet, l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* permet au CRTC d'obliger le titulaire de licence à offrir certains services de programmation.

Ainsi, suivant le sens même de la disposition, Madame la juge Woods rejette le raisonnement de son confrère Monsieur le juge Rennie ainsi que son application de la doctrine de la déduction nécessaire pour interpréter l'alinéa en question. Elle considère que selon le libellé de l'article, la mission du CRTC est assujettie aux pouvoirs précis conférés dans la loi au CRTC, incluant ceux prévus à l'alinéa 9(1)h).

CONCLUSION

L'année 2018 se veut bel et bien représentative de la difficulté de mettre en œuvre la protection du droit d'auteur au travers des nouvelles technologies de l'information. Les consommateurs de contenu s'alimentent désormais de façon variée et décidément nouvelle. Ainsi, malgré certaines initiatives intéressantes, il semble plus qu'opportun de poser une réflexion profonde sur la façon d'articuler la protection des droits d'auteur à cette ère du numérique partagé.

À ce propos, il est légitime de se demander s'il revient au droit de s'arrimer unilatéralement à cette mutation ou bien si le

fonctionnement du Web lui-même ne devrait pas être repensé. À cette question, l'Union européenne pense tenir une piste de solution. En effet, les députés européens ont voté à l'automne 2018 en faveur des changements à la directive sur le droit d'auteur⁴⁸, ouvrant ainsi la porte à une modification très importante des obligations des différentes plateformes dominantes œuvrant sur le Web. Certaines idées sont encore aujourd'hui âprement discutées entre États membres de l'Union Européenne, lobbyistes et députés. Parmi les idées qui soulèvent les passions, mentionnons notamment une obligation pour toutes les plateformes intermédiaires en ligne⁴⁹, à l'exception des plus petites, d'interdire le téléversement de contenu frappé d'un droit d'auteur. Est également proposé d'imposer aux plateformes comme Facebook l'obligation de rémunérer les auteurs du contenu journalistique dont ils présentent les extraits.

Considérant leur impact sur les géants du Web tels YouTube, Facebook ou Google, ces mesures peuvent paraître ambitieuses. Il reste donc à observer si et comment elles seront réellement adoptées et, le cas échéant, si le Canada emboîtera le pas.

48. *Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique*, Parlement européen, (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)).

49. Par exemple, le site Youtube permet à des millions d'utilisateurs d'y héberger des vidéos pouvant être visionnées par des millions d'autres utilisateurs.