Vol. 8, nº 3

Les interrelations entre le CRTC et la Commission du droit d'auteur*

Pierre Trudel et France Abran*****

Introduction 381

1. Le cadre d'harmonisation des décisions du CRTC et de la Commission du droit d'auteur 383

1.1 Le pouvoir réglementaire du gouvernement 383

1.1.1 Le pouvoir du gouvernement de formuler des instructions destinées au CRTC 383

1.1.2 Les pouvoirs réglementaires découlant de la Loi sur le droit d'auteur 386

1.2 Les principes généraux d'interprétation 388

2. Les activités régulatrices de la Commission du droit d'auteur et du CRTC 391

2.1 La Commission du droit d'auteur 391

2.1.1 Le mandat et les pouvoirs de la Commission du droit d'auteur 391

* Étude réalisée grâce à l'appui de la Commission du droit d'auteur. Les auteurs désirent remercier Me Michel Hétu, vice-président et premier dirigeant de la Commission du droit d'auteur, pour les remarques qu'il a faites sur une version antérieure du présent texte. Les auteurs répondent toutefois seuls des carences qui subsistent dans le présent texte.

** Professeur au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, membre du Barreau du Québec, adresse électronique: trudelp@droit.umontreal.ca.

*** Agente de recherche au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, membre du Barreau du Québec, adresse électronique: abranf@droit.umontreal.ca.

2.1.2 Les politiques de la Commission du droit d'auteur touchant à la radiodiffusion 392
2.1.2.1 L'exécution publique des oeuvres . . 393
2.1.2.2 La retransmission des oeuvres . . . 397
2.2 Le CRTC 403
2.2.1 Les pouvoirs du CRTC 403
2.2.2 Les politiques du CRTC touchant au droit d'auteur 405
2.2.2.1 Politiques affectant les droits de propriété des entreprises régulées 406
2.2.2.2 Politiques tendant à accroître le quantum des droits payables par les titulaires de licences de radiodiffusion 408
a) Les politiques de contenu canadien pour les entreprises de programmation 409
i) Les investissements dans les émissions canadiennes à la télévision 410
ii) Les proportions de contenu canadien à la radio 412
iii) Les politiques de développement de talents canadiens à la radio 413
b) Les politiques en matière de retransmission des signaux de radiodiffusion 415
i) La politique à l'égard de la câblodistribution 416
ii) La distribution des signaux canadiens éloignés 421

iii) L'extension des services de radiodiffusion aux localités éloignées 422
2.2.2.3 Politiques tendant à influer sur la valeur des droits 424
a) La substitution de services de programmation identique par les entreprises de câble 425
b) La substitution de services de programmation identique pour les entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe 427
2.2.2.4 Politiques favorisant de nouvelles utilisations des oeuvres 429
a) Les nouvelles entreprises de programmation 429
i) Les réseaux satellite-câble 429
ii) La distribution des services spécialisés et payants étrangers 431
iii) La diffusion selon la technologie numérique 433
iv) Les entreprises de télévision à la carte 437
b) La perspective des autoroutes de l'information 441
Conclusion 444

INTRODUCTION

Les interrelations entre le monde de la radiodiffusion et celui du droit d'auteur sont dans l'ordre des choses. Les entreprises de radiodiffusion, par leur nature même, sont des utilisateurs d'oeuvres. Leur viabilité tient à l'existence d'oeuvres susceptibles d'être diffusées au public. Il n'est donc pas étonnant que l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) ait été créée en 1926 pour représenter et défendre les intérêts des radiodiffuseurs privés canadiens au niveau des instances ayant exercé les compétences aujourd'hui conférées à la Commission du droit d'auteur[1]. Le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion rappelait que: «La radiodiffusion n'est rien sans les oeuvres qu'elle transmet et il n'est point d'oeuvre sans quelqu'un qui la crée. Aussi, les créateurs sont-ils ceux par qui la vie vient au système. Une politique de la radiodiffusion doit reconnaître leurs droits»[2].

Pourtant, le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la radiodiffusion et celui relatif aux télécommunications sont encore envisagés comme des univers séparés. Dans certains pays comme la France, cela peut se comprendre en raison de la persistance de la distinction entre le droit public, auquel se rattache généralement le droit de l'audiovisuel et des télécommunications, et le droit privé auquel est rattaché le droit de la propriété littéraire et artistique. Au Canada, il faut sans doute imputer à la structure des programmes d'enseignement le fait que le droit d'auteur soit encore traité comme l'une des dimensions de la propriété intellectuelle et industrielle tandis que le droit de l'audiovisuel est généralement envisagé comme s'il ressortait à un autre univers.

La réalité se rit de ces distinctions. Le fonctionnement adéquat des entreprises de radiodiffusion et de télécommunication passe par une prise en compte lucide des dimensions de propriété intellectuelle. C'est dire l'utilité de mieux spécifier les rapports qui existent entre

1. Marc RABOY, *Missed Opportunities – The Story of Canada's Broadcasting Policy*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1990, p. 25.
2. *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 705.

les activités régulatrices du monde de l'audiovisuel et celui de la gestion des droits d'auteur.

Pour caractériser les interactions entre les activités de la Commission du droit d'auteur et du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes [CRTC], il faut d'abord situer leurs champs d'action respectifs afin de mettre en relief les principes généraux qui président à leur action. La *Loi sur le droit d'auteur* établit les droits d'auteur et en détermine les tenants et aboutissants. À la vérité, la *Loi sur le droit d'auteur* définit les conditions d'un droit de propriété à l'égard de prestations à caractère intellectuel, les œuvres protégées. En somme la *Loi sur le droit d'auteur* définit les conditions de l'appropriation des œuvres de la même façon que les règles définissant le droit de propriété déterminent les conditions auxquelles on peut acquérir le droit d'utiliser un objet physique. Le droit d'auteur est pour ainsi dire le droit commun. Il a vocation à s'appliquer à toutes les œuvres entrant dans les définitions de la loi. Ces œuvres sont une composante essentielle de la programmation des entreprises de radiodiffusion. La gestion collective de certains droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* est l'objet d'une régulation. Il est normal que cette activité régulatrice ait un effet majeur sur les activités de radiodiffusion.

La *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications* déterminent les conditions auxquelles il est licite de s'adonner à des activités de radiodiffusion et d'exploiter des entreprises de télécommunications au Canada. En dehors des conditions prévues par ces lois, il n'est pas permis de se livrer à de telles activités au Canada.

C'est précisément lorsque les activités visant à structurer l'industrie de la radiodiffusion ont des impacts prévisibles sur le degré d'utilisation des œuvres et sur l'ampleur et les modalités de cette utilisation que les champs couverts par la *Loi sur le droit d'auteur*, la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications* peuvent se recouper.

Les activités de la Commission du droit d'auteur et du CRTC concernent deux facettes d'une même réalité. Elles sont donc complémentaires et leur régime juridique doit être abordé dans cet esprit.

C'est pourquoi dans la première partie, nous envisagerons le cadre d'harmonisation des activités des deux organismes. Ce cadre résulte des pouvoirs de réglementation du gouvernement ainsi que des principes d'interprétation. En second lieu, nous passons en revue les principales activités régulatrices de la Commission du droit d'auteur et du CRTC afin de mettre en relief les interactions qui résultent de ces activités.

1. LE CADRE D'HARMONISATION DES DÉCISIONS DU CRTC ET DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR

Les décisions de deux organismes établis par le Parlement afin de mettre en œuvre les dispositions de lois et politiques ne sauraient se contredire. Elles doivent nécessairement s'harmoniser. Il est, dans cet esprit, utile d'identifier les modes d'harmonisation des actions et décisions des deux organismes, tel que dérivés des pouvoirs réglementaires du gouvernement et des règles d'interprétation des textes législatifs et réglementaires.

1.1 Le pouvoir réglementaire du gouvernement

Le rôle du pouvoir réglementaire du gouvernement peut se révéler d'un précieux secours afin de départager les champs d'action de l'un et l'autre des organismes et fournir des critères convergents à chacun des organismes chargés de réguler une partie ou un angle spécifique d'une activité qui, en fin de compte, se présente comme un tout.

De fait, il y a dans la *Loi sur la radiodiffusion*, dans la *Loi sur les télécommunications* et dans la *Loi sur le droit d'auteur*, des dispositions habilitant le gouvernement à mettre en place les harmonisations qui peuvent s'avérer nécessaires entre les décisions du CRTC et de la Commission du droit d'auteur.

1.1.1 Le pouvoir du gouvernement de formuler des instructions destinées au CRTC

Tant la *Loi sur la radiodiffusion* que la *Loi sur les télécommunications* réservent au gouvernement un pouvoir général de donner des instructions au CRTC. Dans la *Loi sur les télécommunications*, l'article 8 prévoit que:

> Le gouverneur en conseil peut, par décret, donner au Conseil, au chapitre des grandes questions d'orientation en la matière, des instructions d'application générale relativement à la politique canadienne de télécommunication.

La *Loi sur la radiodiffusion* permet au gouvernement de formuler des instructions à l'endroit du CRTC en matière de radiodiffusion. Le gouverneur en conseil possède trois pouvoirs d'émettre des instructions à l'intention du CRTC. Il détient un pouvoir général de

donner des instructions sur les grandes questions d'orientation relativement à l'un ou l'autre des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion ou de la réglementation et de la surveillance du système canadien de radiodiffusion[3]; un pouvoir plus spécifique sur des matières bien déterminées, dont l'interprétation de l'accord sur le libre échange Canada-États-Unis[4]; et un pouvoir d'ordonner au Conseil d'enjoindre aux radiodiffuseurs la diffusion d'une émission qu'il juge avoir un caractère urgent[5]. En plus, le gouverneur en conseil peut annuler et renvoyer au Conseil certaines décisions prises par ce dernier[6].

Le pouvoir général de donner des instructions au CRTC en vertu de l'une ou de l'autre loi est très vaste[7]. Il faut que les instructions soient «relatives» à l'un ou l'autre des objectifs de la politique de radiodiffusion ou à la réglementation et la surveillance du système, dans le cas de la *Loi sur la radiodiffusion*, ou à l'un ou l'autre des objectifs de la politique de télécommunication, en vertu de la *Loi sur les télécommunications*[8]. Il suffit donc, pour que les instructions soient autorisées, qu'elles présentent une relation logique avec l'un ou l'autre des éléments mentionnés aux articles 3 ou 5 de la *Loi sur la radiodiffusion* ou, selon le cas, à l'article 7 de la *Loi sur les télécommunications*. Compte tenu de l'étendue des matières mentionnées à ces dispositions, il en résulte un pouvoir très vaste à l'égard de l'orientation générale de la politique de radiodiffusion et de télécommunication.

Certes, le gouverneur en conseil n'est pas au-dessus de la loi, et comme le mentionnait le juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapiriat of Canada*: «[i]l faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision»[9]. Il faut évidemment convenir que les termes de ces dispositions sont très larges et qu'il peut être difficile de démontrer qu'une instruction leur

3. *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11, art. 7(1).
4. *Id.*, L.C. 1991, c. 11, art. 26(1) et 27.
5. *Id.*, L.C. 1991, c. 11, art. 26(2).
6. *Id.*, L.C. 1991, c. 11, art. 28.
7. Pierre TRUDEL et France ABRAN avec la collaboration de Lucie GUIBAULT, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991, p. 185 et s.
8. Dans le Grand Robert de la langue française, le mot «relativement» est défini comme «en ce qui concerne, qui concerne». Il suffit donc que les instructions présentent une relation logique avec l'un ou l'autre des éléments de la politique ou des principes de la réglementation énoncés à la *Loi sur la radiodiffusion*. Voir: Paul ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2e éd., t. 8, Paris, Le Robert, 1986, p. 191.
9. [1980] 2 R.C.S. 735, 748.

ost contraire. Il n'en reste pas moins que des instructions qui, manifestement, contrediraient des dispositions de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ou les termes de l'article 7 de la *Loi sur les télécommunications* qui définissent les politiques de radiodiffusion et de télécommunication[10] pourraient être attaquées comme étant *ultra vires* de la compétence du gouvernement.

À ce jour, le gouvernement n'a pas expressément utilisé ces pouvoirs pour résoudre d'éventuelles difficultés d'harmonisation des décisions du CRTC avec celles de la Commission du droit d'auteur. Cependant, le gouvernement aborde incidemment la question des droits d'auteur dans le *Décret d'instructions au CRTC (entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD))*[11] ordonnant au CRTC de veiller, par les moyens qui conviennent, au respect de la disposition suivante:

> d) aucune interdiction ni restriction ne peuvent empêcher l'entreprise de distribuer à ses abonnés des services de programmation identiques ou équivalents à ceux offerts par d'autres entreprises de distribution dans le cadre de contrats ou d'arrangements conclus par d'autres titulaires de licence pour l'acquisition du droit de distribuer ou de diffuser de tels services par l'intermédiaire d'autres entreprises de distribution au Canada.

Le gouvernement veut ainsi s'assurer que le Conseil n'exerce pas ses pouvoirs de réglementation de manière à empêcher les entre-

10. L'article 7 de la *Loi sur les télécommunications* se lit comme suit: La présente loi affirme le caractère essentiel des télécommunications pour l'identité et la souveraineté canadiennes; la politique canadienne de télécommunication vise à: a) favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions; b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions – rurales ou urbaines – du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité; c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes; d) promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens; e) promouvoir l'utilisation d'installations de transmission canadiennes pour les télécommunications à l'intérieur du Canada et à destination ou en provenance de l'étranger; f) favoriser le libre jeu du marché en ce qui concerne la fourniture de services de télécommunication et assurer l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire; g) stimuler la recherche et le développement au Canada dans le domaine des télécommunications ainsi que l'innovation en ce qui touche la fourniture de services dans ce domaine; h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication; i) contribuer à la protection de la vie privée des personnes.
11. Décret C.P. 1995-1105, 6 juillet 1995, (1995) 129 *Gaz. Can.* II, 1924.

prises de SRD d'acquérir le droit de distribuer des services de programmation. Les ententes par lesquelles des protagonistes transigeraient sur la base de droits d'exclusivité de distribution sont donc exclues. Le gouvernement décrète ici une limite à la faculté des détenteurs de droits d'en disposer afin de promouvoir le meilleur accès possible à la programmation canadienne. Une telle limite à la faculté des détenteurs de droits d'en disposer est également fixée par le gouvernement aux entreprises de télévision à la carte distribuées par satellite[12].

1.1.2 Les pouvoirs réglementaires découlant de la Loi sur le droit d'auteur

La *Loi sur le droit d'auteur* n'accorde pas au gouvernement un pouvoir général de réglementation ou de donner des instructions. Certaines dispositions confèrent toutefois au gouvernement des pouvoirs d'intervenir afin de mettre en place les repères à partir desquels la Commission du droit d'auteur exerce ses fonctions. Les pouvoirs du gouvernement lui permettent de définir certaines notions et d'établir des critères sur lesquels la Commission fonde ses décisions.

Le gouvernement dispose de pouvoirs afin de définir certaines notions. L'article 67.2(1.2) permet au gouverneur en conseil de définir, par règlement, un «petit système de transmission par fil». L'article 3(1) du *Règlement sur la définition de petit système de retransmission*[13] prévoit qu'un petit système de retransmission:

> s'entend du système de retransmission par câble ou du système terrestre de retransmission par ondes hertziennes, qui retransmet un signal, à titre gratuit ou non, à au plus 1 000 locaux situés dans la même localité.[14]

À l'égard des systèmes qui tombent sous le coup de cette définition, la Commission est tenue de fixer des droits à un taux préférentiel en vertu de l'article 70.64(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

L'article 28.01(3) prévoit que le gouverneur en conseil peut, par règlement, définir un «signal local» et un «signal éloigné». Le *Règlement sur la définition de signal local et signal éloigné* applique les définitions techniques ayant cours dans le domaine de la radiocommunication pour définir la notion de «signal local» tandis que tout autre signal est réputé être un signal éloigné[15].

Le gouvernement a le pouvoir de définir, par règlement, la notion d'entreprise de programmation[16]. Le *Règlement sur les entreprises de programmation*[17] donne le sens qui suit à la notion d'entreprise de programmation telle qu'entendue dans la *Loi sur le droit d'auteur*:

> Pour l'application du paragraphe 3(1.4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, «entreprise de programmation» s'entend d'un réseau, autre qu'un réseau au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, constitué:
>
> a) d'une part, d'une personne qui transmet par télécommunication tout ou partie de ses émissions ou de sa programmation directement ou indirectement à la personne visée à l'alinéa b);
>
> b) d'autre part, d'une personne qui communique au public par télécommunication tout ou partie des émissions ou de la programmation visées à l'alinéa a).

La *Loi sur le droit d'auteur* rend les personnes impliquées dans une entreprise de programmation solidairement responsables du paiement des redevances afférentes à toute transmission d'oeuvre par télécommunication au public[18].

Le gouvernement exerce aussi un pouvoir de décréter les critères au soutien des décisions de la Commission. Ainsi, l'article 70.63(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*[19] permet au gouvernement de prescrire, par règlement, les critères applicables à la fixation des droits à payer pour la retransmission des signaux éloignés.

Dans le *Règlement sur les critères applicables aux droits à payer pour la retransmission*[20], le gouvernement a prescrit des critères dont la Commission du droit d'auteur doit tenir compte en vue de la fixation de droits justes et équitables. Ces critères sont:

12. *Décret d'instructions au CRTC (entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite de radiodiffusion directe (SRD))*, C.P. 1995-1106, 6 juillet 1995, art. 5a); (1995) 129 *Gaz. Can.* II, 1929. Cette question est traitée à la section 2.2.2.4 a)(iv) *Les entreprises de télévision à la carte*.
13. (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 2588.
14. L'alinéa (2) exclut de cette définition le système de retransmission par câble qui est un système à antenne collective situé dans la zone de desserte d'un autre système de retransmission par câble qui retransmet un signal, à titre gratuit ou non, à plus de 1 000 locaux dans la même localité.

15. (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 2579.
16. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1.4).
17. *Règlement sur les entreprises de programmation*, DORS 93-436, 26 août 1993; (1993) 127 *Gaz. Can.* II, 3667.
18. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1.4).
19. Insérée par L.C. 1988, c. 65, art. 65.
20. DORS 91-690, 18-11-1991, (1991) 125 *Gaz. Can. II*, 4647.

a) les droits payés pour la retransmission des signaux éloignés aux États-Unis en application du régime de retransmission aux États-Unis;

b) les effets, sur la retransmission des signaux éloignés au Canada, de l'application de la *Loi sur la radiodiffusion* et des règlements pris en vertu de celle-ci.

c) les droits et les modalités afférentes aux droits dans les ententes écrites à l'égard des droits pour la retransmission des signaux éloignés au Canada qui ont été conclues entre les sociétés de perception et les retransmetteurs et présentées à la Commission dans leur intégralité.

On constate que les habilitations accordées au gouvernement par la *Loi sur le droit d'auteur* sont spécifiques et ne permettent pas de formuler des directives générales sur les politiques que la Commission doit suivre. En revanche, en formulant des définitions de même que certaines dispositions réglementaires comme celles qui précisent les facteurs à prendre en considération, le gouvernement peut pourvoir à l'harmonisation des politiques en matière de droit d'auteur avec les politiques en matière de radiodiffusion.

1.2 Les principes généraux d'interprétation

La recherche de l'harmonisation, plutôt que la contradiction, entre les décisions de la Commission du droit d'auteur et du CRTC s'impose à l'interprète. Les principes d'interprétation font présumer une cohérence entre les textes émanant d'une même autorité législative[21]. Pierre-André Côté écrit à propos de la présomption de cohérence entre les textes législatifs que:

> On suppose qu'il règne, entre les divers textes législatifs adoptés par une même autorité, la même harmonie que celle que l'on trouve entre les divers éléments d'une loi: l'ensemble des lois est censé former un tout cohérent. L'interprète doit donc favoriser l'harmonisation des lois entre elles plutôt que leur contradiction, car le sens de la loi qui produit l'harmonie avec les autres lois est réputé représenter plus fidèlement la pensée de son auteur que celui qui produit des antinomies.[22]

La première étape consiste à établir si chacune des décisions rendues par l'un et l'autre organisme se situe dans les limites de leur

21. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 323.
22. *Ibid.*

juridiction. Dans l'hypothèse où chaque organisme a rendu une décision se situant à l'intérieur de la juridiction que lui impartit la loi, les principes dégagés par la Cour suprême dans l'arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*[23] indiquent la démarche à suivre pour résoudre un conflit entre des décisions rendues par la Commission du droit d'auteur et le CRTC.

À cet égard, le juge L'Heureux-Dubé précise que:

> Une fois qu'on a conclu que les deux décisions contradictoires résisteraient à une demande de contrôle judiciaire ou à un appel en l'absence de l'autre, il reste à savoir si les tribunaux devraient être disposés à intervenir afin de résoudre le conflit. J'estime qu'en présence d'un véritable conflit opérationnel, les tribunaux ne doivent pas hésiter à intervenir[24].

Par conflit opérationnel, on entend un conflit tel que le fait de se conformer à une décision nous place dans l'impossibilité de se conformer à la décision rendue par l'autre organisme. Lorsque se produit une telle situation, le juge L'Heureux-Dubé considère que «la "présomption de cohérence législative" requiert que les tribunaux laissent tomber le principe de retenue judiciaire et tentent de résoudre le conflit». Mais par contre, d'ajouter le juge L'Heureux-Dubé:

> [...] la décision d'abandonner la retenue judiciaire n'est justifiée que dans les quelques cas où il existe une véritable incompatibilité opérationnelle dans les décisions administratives. Les tribunaux ne devraient pas se mettre à la recherche de conflits ou en créer artificiellement pour justifier une intervention. Ils ne doivent envisager l'intervention que si un conflit opérationnel réel rend impossible le respect des deux décisions administratives.[25]

Ce conflit doit trouver sa solution par une analyse des fondements et finalités des lois en cause. Les tribunaux doivent donc «déterminer, à la lumière du cadre dans lequel fonctionne chacun des tribunaux administratifs et de la nature de chacune des décisions contradictoires, à quelle décision la législature aurait souhaité donner priorité». Pour arriver à cette détermination, il faut:

23. [1995] 2 R.C.S. 739.
24. *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, 768.
25. *Id.*, p. 770.

> [...] premièrement, examiner l'objectif législatif qui sous-tend la création de chacun des tribunaux administratifs. Plus l'objectif d'un tribunal est important, plus il est probable que le gouvernement aurait souhaité que la décision de ce tribunal l'emporte sur celle d'un autre. Par exemple, les lois sur les droits de la personne sont considérées comme étant quasi constitutionnelles. Par conséquent, tous autres facteurs étant égaux, les décisions des tribunaux des droits de la personne auraient en général priorité sur les décisions contradictoires fondées sur des régimes administratifs moins fondamentaux.
>
> Il convient, deuxièmement, de voir dans quelle mesure la décision d'un tribunal administratif est au coeur même de son objectif. Plus la décision est au coeur de l'objectif du tribunal administratif qui l'a rendue, plus il est probable qu'elle doive l'emporter sur la décision d'un autre tribunal administratif qui l'est moins.
>
> Troisièmement, il y a lieu de considérer dans quelle mesure, lorsqu'il rend une décision, le tribunal administratif assume un rôle d'élaboration et de mise en oeuvre d'une politique. Plus le lien entre une décision et ce rôle du tribunal est étroit, plus il est probable que la décision doive avoir priorité sur celle d'un autre tribunal dont la fonction d'élaboration et de mise en oeuvre d'une politique est moins importante.
>
> La juge L'Heureux-Dubé précise cependant que:
>
> La liste des facteurs pertinents ne se veut évidemment pas exhaustive. Cette liste ne peut que s'élaborer au fil des ans, au fur et à mesure que les tribunaux se pencheront sur des situations factuelles nouvelles. Elle vise plutôt à exposer certains des facteurs qui peuvent être pertinents pour déterminer quelle décision d'un tribunal administratif doit avoir priorité. Dans un cas donné, certains de ces facteurs, ou même tous, peuvent être pertinents, et d'autres peuvent s'y ajouter. À la fin, il faut résoudre la question en déterminant à quelle décision d'un tribunal la législature aurait souhaité que la priorité soit accordée.[26]

Mais, s'agissant du CRTC et de la Commission du droit d'auteur, ce n'est que dans de très rares situations de conflit opérationnel que se pose réellement la question de savoir si c'est la décision de l'un ou de l'autre organisme qui aura priorité. Étant donné que les mandats

26. *Id.*, p. 771.

portent sur des objets relativement bien délimités, de tels conflits paraissent hypothétiques. En tout état de cause, le CRTC s'est à ce jour gardé d'intervenir dans le champ du droit d'auteur proprement dit et en outre, le pouvoir réglementaire est à la disposition du gouvernement afin de réduire la probabilité de conflits entre les décisions prises par l'un et l'autre des organismes.

2. LES ACTIVITÉS RÉGULATRICES DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR ET DU CRTC

Le CRTC et la Commission du droit d'auteur sont des organismes statutaires, ils n'ont que les pouvoirs et prérogatives conférés par les lois définissant leur mandat et mission. Les recoupements de leurs activités et décisions dépendent évidemment de la portée de leur juridiction respective. Plus chacun des organismes exerce une juridiction sur un grand ensemble de matières et que ces matières sont connexes, plus il y a de possibilités que les décisions se recoupent ou même en viennent à se contredire.

2.1 La Commission du droit d'auteur

La Commission du droit d'auteur intervient lorsqu'il y a gestion collective du droit d'auteur. Elle fixe les redevances payables par les entreprises de radiodiffusion pour l'utilisation des oeuvres.

2.1.1 Le mandat et les pouvoirs de la Commission du droit d'auteur

À la différence du CRTC qui a un mandat général de surveiller et réglementer le système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion, le mandat de la Commission du droit d'auteur touche principalement la régulation des mécanismes de gestion des droits d'auteur, si l'on exclut certains pouvoirs comme ceux d'adjuger des licences non exclusives pour l'utilisation des œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable[27]. Ce n'est pas un mandat global de surveillance et de réglementation de tous les aspects du droit d'auteur. Plusieurs questions relatives à l'application du droit d'auteur demeurent régies par le droit commun et relèvent à ce titre des tribunaux.

En principe, les droits conférés par la *Loi sur le droit d'auteur* sont des droits exclusifs. Les auteurs sont libres de déterminer, même unilatéralement, les conditions selon lesquelles leurs œuvres pourront être utilisées par les entreprises de radiodiffusion ou de télécom-

27. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 70.7.

munications. De telles conditions peuvent être établies à la suite de négociations et de fait, les entreprises de radiodiffusion sont d'importants acquéreurs de droits. Ces droits sont acquis dans le cours habituel des affaires et ne font pas l'objet d'interventions de la Commission.

La Commission du droit d'auteur exerce une surveillance sur certains aspects des différents modes de gestion collective actuellement en œuvre au Canada. Ses attributions visent à pourvoir les ayants droit et les usagers de mécanismes susceptibles de favoriser le bon fonctionnement de la gestion collective. La Commission a le pouvoir d'établir des tarifs pour l'exécution publique des œuvres musicales[28], d'établir des tarifs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio[29] et d'arbitrer les différends entre les sociétés de gestion représentant certains titulaires de droits et les utilisateurs de leurs œuvres et portant sur le montant des droits à verser[30].

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit un mécanisme de régulation destiné à pourvoir à la solution des éventuels conflits entre les organismes de gestion et les usagers[31]. Il peut arriver que les organismes de gestion soient dans une situation leur permettant d'imposer leurs conditions, à la fois aux auteurs qui leur ont confié ou envisagent de leur confier la gestion de leurs œuvres et aux usagers désireux de les utiliser. La régulation de la gestion collective par la Commission du droit d'auteur se présente donc comme un ensemble de mécanismes destinés à prévenir et, éventuellement, à résoudre les conflits émergeant dans les processus de gestion collective. La Commission joue un rôle central dans ces mécanismes. À ce titre, elle exerce une surveillance sur certains aspects des différents modes de gestion collective actuellement en œuvre au Canada. Ses attributions fournissent aux ayants droit et aux usagers des mécanismes susceptibles de favoriser le bon fonctionnement de la gestion collective.

2.1.2 *Les politiques de la Commission du droit d'auteur touchant à la radiodiffusion*

La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit trois régimes de gestion collective. Le plus ancien est celui des droits d'exécution publique

28. *Id.*, art. 67 à 69.
29. *Id.*, art. 70.61 à 70.67.
30. *Id.*, art. 70.2 à 70.4.
31. Pierre TRUDEL et Sylvie LATOUR, «Le cadre juridique de la gestion collective des droits d'auteur au Canada», (1994) 6 *Cahiers de propriété intellectuelle* 343-400.

prévu par l'article 67. L'article 70.1 énonce le régime général de la gestion collective tandis que l'article 70.61 prévoit le régime applicable aux droits de retransmission.

Les politiques pratiquées par la Commission du droit d'auteur dans les domaines des droits d'exécution publique et des droits de retransmission sont susceptibles d'influer significativement sur les activités de radiodiffusion. Elles reflètent également un souci de favoriser le renforcement de la structure canadienne de création des œuvres dans le respect des principes du droit d'auteur.

2.1.2.1 *L'exécution publique des œuvres*

Pour les droits d'exécution publique, les licences générales sont émises par la société de gestion aux radiodiffuseurs et leur permettent d'exécuter n'importe laquelle ou toutes les œuvres musicales faisant partie du répertoire de la SOCAN[32], en contrepartie d'une redevance payable selon des périodicités qui sont précisées dans chaque licence. Les tarifs d'une licence émise à un radiodiffuseur privé constituent habituellement un pourcentage de son revenu publicitaire global de l'année en cause[33]. Pour la Société Radio-Canada, le tarif est établi en tenant compte des données relatives à l'écoute de ses stations et de l'écoute des diffuseurs privés[34]. Les tarifs exigés d'un restaurant ou d'un bar sont par ailleurs calculés en fonction des frais de divertissement dépensés annuellement[35].

32. La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) constitue la seule entité présentement active au Canada en matière de gestion de droits d'exécution d'œuvres musicales ou dramatico-musicales. Cette entité résulte de la fusion de deux sociétés de droits d'exécution canadiennes l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC) et la Société des droits d'exécution du Canada (SDE). La SOCAN est une corporation à but non lucratif dont le siège social est à Toronto. Le conseil d'administration est composé de dix-huit membres, soit neuf auteurs/compositeurs et neuf éditeurs. Ce conseil se veut représentatif des communautés francophones et anglophones, et des différents genres de musique. La SOCAN est une société de gestion de «petits droits» d'exécution, à l'exclusion des «grands droits». Elle concède, au nom de ses membres, des licences générales qui autorisent les utilisateurs à faire l'exécution publique des œuvres de son répertoire. Voir: Pierre TRUDEL et Sylvie LATOUR, «Le cadre juridique de la gestion collective des droits d'auteur au Canada», (1994) 6 *Cahiers de propriété intellectuelle* 343, 364.
33. COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR, *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales en 1990, en 1991, en 1992 et en 1993*, décision du 6 décembre 1993, Dossiers 1989-2, 1990-4, 1991-13 et 1993-PM/EM-1.
34. COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR, *Rapport annuel 1992-1993*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1993, p. 15.
35. David PEPPERKORN et al., *Collecting Societies in the Music Business*, Apeldoorn/Pays-Bas, Éditions Mokks, 1989, p. 116.

La Commission peut, dans le cas des sociétés de droits d'exécution, accepter le tarif tel que proposé, le modifier ou modifier les modalités qui y sont afférentes[36]. Pour les sociétés de droits d'exécution, la loi n'accorde pas de droit d'appel des décisions de la Commission, mais les parties peuvent s'adresser à la Cour fédérale pour en obtenir la révision.

Les critères généraux qui doivent être pris en considération par la Commission dans la détermination de l'augmentation accordée par rapport au tarif de l'année précédente ne sont pas énoncés dans la loi; seule est prévue l'obligation de tenir compte des petits systèmes de transmission par fil[37]. Pour le reste, la Commission jouit d'une grande marge d'appréciation. Certains des facteurs qui peuvent servir de fondement à la décision de la Commission incluent une augmentation de la population canadienne (dans le cas d'un tarif basé sur le montant par auditeur), une augmentation du répertoire de la société de droits d'exécution, une augmentation de l'utilisation des œuvres musicales, une croissance de la valeur des œuvres pour l'industrie, une augmentation du taux d'inflation ou des coûts des spectacles musicaux (pour un tarif basé sur les revenus bruts). La notion de valeur du service pour l'utilisateur est d'ailleurs souvent invoquée[38]. Le montant du tarif est généralement basé sur l'une ou l'autre de trois méthodes de calcul: sur une partie ou la totalité des revenus bruts des utilisateurs, sur la méthode du montant par auditeur (lié aux données sur l'écoute des stations de radio ou de télévision), ou encore sur le taux d'utilisation des œuvres de la société[39].

La copie approuvée du projet constitue le tarif homologué qui sera en vigueur pour l'année qui suit. Ce tarif homologué doit être publié dans la *Gazette du Canada*[40]. L'homologation permet à l'association, la société ou la personne morale qui a déposé le tarif de percevoir les droits qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, de poursuivre en justice pour recouvrement[41]. La société ne

36. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 67.2(1).
37. *Id.*, art. 67.2(1.1).
38. Michel HÉTU, «La Commission du droit d'auteur: fonctions et pratiques», (1993) 6 *C.P.I.* 407, 411.; Jim KEON et Andrea FRIEDMAN RUSH, «The Canadian Copyright Appeal Board: In Retrospect and in Revision», (1988) 36 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 201, 206; Pierre TRUDEL et Sylvie LATOUR, «Les mécanismes de la gestion collective des droits d'auteur au Canada» dans François COLBERT (éd.), *La gestion collective du droit d'auteur*, Montréal, Chaire de gestion des arts, École des hautes études commerciales, 1994, 17-100.
39. Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1967, p. 527.
40. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 67.2(3).
41. *Id.*, art. 67.2(2).

peut non plus intenter de recours pour violation du droit d'exécution d'une œuvre contre quiconque a payé ou offert de payer les droits figurant au tarif homologué[42].

En 1993, l'Association canadienne des radiodiffuseurs [ACR] proposait à la Commission du droit d'auteur la mise en place, pour les diffuseurs, d'un régime de licence «à la pièce» en lieu et place ou en plus de la licence générale traditionnelle. Un régime de licence «à la pièce» permettrait la libération des droits à la source pour les œuvres musicales, réduisant ainsi les versements à la SOCAN. La Commission du droit d'auteur écarte la proposition de l'ACR en invoquant des motifs de politique publique qui ne sont pas sans parenté avec les principes sous-jacents de la *Loi sur la radiodiffusion*. Elle écrit que:

> Cette façon de procéder minerait le caractère général de la licence. Compte tenu de la structure, de l'importance et des autres caractéristiques du marché canadien des droits d'exécution, il est improbable que la libération à la source des droits se développe effectivement au Canada. Les États-Unis sont le seul pays où les sociétés de gestion ne peuvent obtenir des cessions exclusives de droits. À toutes fins pratiques, leurs membres sont donc les seuls à pouvoir céder leurs droits d'exécution aux stations de télévision canadiennes [...] Il pourrait en résulter un avantage pour les compositeurs américains ou pour ceux qui sont membres des sociétés américaines. La Commission n'entend pas favoriser le développement d'un tel état de faits.
>
> La Commission est consciente qu'en retenant la formule actuelle, elle empêche à toutes fins pratiques la mise sur pied d'un régime de libération des droits à la source. Elle préfère néanmoins la formule actuelle.[43]

Cette approche est en harmonie avec les politiques du CRTC qui visent essentiellement à préserver l'existence d'un marché canadien pour les droits. Si les droits relatifs aux œuvres américaines peuvent être transigé en dehors des organismes à contrôle canadien, il pourrait devenir difficile d'assurer la viabilité des entreprises canadiennes qui ne compteraient que sur les œuvres canadiennes pour assurer leur survie. Le maintien d'un marché des droits au Canada vient

42. *Id.*, art. 67.2(3).
43. *Tarifs des droits à percevoir pour l'exécution au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales en 1990, en 1991, en 1992 et en 1993, Loi sur le droit d'auteur*, article 67.2, [1993] D.C.D.A n° 5.

prévenir les inconvénients susceptibles de découler d'une continentalisation du marché des droits d'auteur.

La question de l'inclusion des paiements au titre de droits d'auteur dans le calcul des contributions de l'industrie de la radiodiffusion au développement de productions canadiennes revient souvent devant les instances de réglementation. À plusieurs reprises, l'Association canadienne des radiodiffuseurs a soutenu que la Commission du droit d'auteur devait tenir compte, dans la fixation des tarifs des droits d'exécution, des contributions financières versées par les radiodiffuseurs à l'industrie de la radio. La Commission a toujours refusé d'escompter ces contributions dans la fixation des tarifs des sociétés de gestion de droits d'exécution publique. Elle s'en explique ainsi:

> Or, l'A.C.R. voudrait que la Commission tienne compte de cette charge additionnelle des radiodiffuseurs dans la fixation du tarif des sociétés. Parce qu'ils contribuent, à la demande du CRTC, au développement de l'industrie du disque canadien et indirectement au bien-être des auteurs et compositeurs canadiens, les radiodiffuseurs voudraient que la Commission, somme toute, accorde une valeur inférieure à l'exécution des œuvres musicales à la radio. Cela n'est pas dit en ces termes, mais le résultat est le même.
>
> La Commission se refuse à établir ce genre de dépendance entre ses décisions et celles du CRTC. Le CRTC agit comme il l'entend, dans la meilleure poursuite des objectifs de la Loi sur la radiodiffusion. Mais cela ne veut pas dire que ce qu'il accorde directement ou indirectement au profit des auteurs et compositeurs canadiens, la Commission doive l'escompter dans la fixation des tarifs appropriés pour l'usage qu'il est fait par les stations de radio de l'ensemble du répertoire musical des sociétés, d'origine tant canadienne qu'étrangère.
>
> Tout au plus, la Commission doit-elle tenir compte de l'ensemble des conditions financières auxquelles l'industrie doit faire face. C'est à ce titre uniquement que les charges additionnelles imposées par le CRTC à certaines stations de radio peuvent être prises en compte par la Commission. Or ce facteur a déjà été pris en considération lors de l'examen de la rentabilité de l'industrie.[44]

44. *Final Report to the Minister of Consumer and Corporate Affairs for 1987*, Copyright Appeal Board, July 8, 1987, 15 C.P.R. (3d) 329.

Cette politique reflète les différences entre les mandats du CRTC et de la Commission du droit d'auteur. Cette dernière est chargée de fixer les redevances pour l'exploitation des œuvres tandis que le CRTC s'attache à déterminer, dans le cadre d'une politique de promotion de la diffusion d'œuvres canadiennes, les contributions que doivent consentir les radiodiffuseurs à la création de ces œuvres.

2.1.2.2 La retransmission des œuvres

Les articles 70.61 à 70.67 de la *Loi sur le droit d'auteur*[45] régissent le paiement de droits pour la retransmission des signaux. Les entreprises de câblodistribution et autres entreprises effectuant des retransmissions doivent le faire en conformité avec les exigences de la *Loi sur la radiodiffusion* et acquitter les droits de même que respecter les modalités fixées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*[46]. Les droits de retransmission sont perçus par l'une ou l'autre des sociétés de perception, qui s'est mise en place en vertu de l'article 70.61 de la *Loi sur le droit d'auteur*[47].

Les redevances pour la retransmission ne sont pas négociées sur le marché. Les retransmetteurs sont soumis à un régime de licence obligatoire et n'ont pas besoin de l'autorisation des titulaires de droits d'auteur pour retransmettre des signaux comportant leurs œuvres[48]. Le droit de retransmission s'apparente à un droit à la rémunération[49].

45. L.C. 1988, c. 65, art. 61-65; Voir entre autres: Ysolde GENDREAU, *The Retransmission Right Copyright and the Rediffusion of Works by Cable*, London, ESC Publishing, 1990, 75 p.; Ysolde GENDREAU, «A Canadian Retransmission Right: A Reality at Last», (1989) 4 *I.P.J.* 397; Normand TAMARO, «La bonne lecture d'un mauvais arrêt et la mauvaise lecture d'un bon arrêt, ou pourquoi les auteurs ont été indûment privés de millions de dollars en redevances pour la câblodistribution de leurs œuvres», (1991) 4 *C.P.I.* 71; «L'écho de la doctrine et la communication publique d'une œuvre», (1992-93) 5 *C.P.I.* 155; D. TARBET, «Use of American Broadcast Signals by Canadian Cable Networks: The Cancom Decision», (1983) 32 *Buffalo L.R.* 731.

46. L.C. 1988, c. 65, art. 63, qui ajoute l'art. 28.01(2) à la *Loi sur le droit d'auteur*: «Ne constitue pas une violation du droit d'auteur la communication au public, par télécommunication, d'une œuvre, lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les droits et respecte les modalités fixées sous le régime de la présente loi.»

47. Plusieurs sociétés de perception ont été créées en vertu de ces dispositions. Toutefois, dans le domaine de la musique et de la chanson, l'émission des licences et la perception des droits continuent de relever de la SOCAN.

48. Michel HÉTU, «La Commission du droit d'auteur: fonctions et pratiques», (1993) 6 *C.P.I.* 407, 413.

49. Claude BRUNET, «Le projet de loi C-130 – Vers un nouveau droit de la retransmission», (1988) 1 *C.P.I.* 241.

Les exigences auxquelles sont assujetties les sociétés de perception de droits de retransmission sont énoncées aux articles 70.61(1) et suivants de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ainsi, constitue une société collective de retransmission, «une association, une société ou une personne morale qui se livre à la perception des droits pour la communication d'œuvres, dans le cadre du paragraphe 28.01(2) au profit de ceux qui l'ont habilitée à cette fin par voie de cession, licence, mandat ou autrement»[50]. Aux termes de l'article 70.61(1) de la loi, seule cette association, société ou personne morale peut déposer, auprès de la Commission, un projet de tarif, d'une période minimale d'un an, des droits qu'elle entend percevoir[51].

La *Loi sur le droit d'auteur* écarte d'ailleurs la possibilité pour le titulaire du droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication de percevoir directement auprès d'un retransmetteur une rémunération pour la communication de son œuvre. Dans l'hypothèse où le titulaire du droit de communiquer une œuvre par télécommunication n'aurait pas habilité une société de perception à agir à son profit, alors qu'un tarif homologué s'appliquait à ce type d'œuvres, il ne peut réclamer qu'auprès de la société désignée, d'office ou sur demande, à cette fin par la Commission, le paiement des droits relatifs à cette communication[52]. Il s'agit du seul recours dont dispose le titulaire pour obtenir le paiement des droits relatifs à la communication de son œuvre[53].

Comme les sociétés de droits d'exécution, celles de droits de retransmission sont tenues de déposer leur projet de tarif auprès de la Commission du droit d'auteur. Celle-ci doit publier le projet de tarif dans la *Gazette du Canada* pour donner l'opportunité à tout retransmetteur éventuel de s'y opposer[54]. Elle procède le plus tôt possible à l'examen du projet et des oppositions qui lui sont parvenues ou qu'elle soulève d'office. Après examen de tous les projets de tarif, la Commission établit, compte tenu notamment des critères réglementaires, la formule tarifaire qui permet de déterminer les droits à payer par chaque catégorie de retransmetteur et fixe, à sa discrétion, les conditions de licence. La Commission doit déterminer la quote-part de chaque société de perception dans ces droits, et par conséquent, peut modifier chacun des projets de tarifs[55]. La copie approuvée du projet constitue le tarif homologué qui sera en vigueur pour l'année qui suit.

50. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 70.61(1).
51. *Id.*, art. 70.61(1) et (3).
52. *Id.*, art. 70.66(1).
53. *Id.*, art. 70.66(2).
54. *Id.*, art. 70.62(1).
55. *Id.*, art. 70.63(1).

Ce tarif homologué doit être publié dans la *Gazette du Canada*[56]. L'homologation permet à l'association, la société ou la personne morale qui a déposé le tarif de percevoir les droits qui y figurent et, indépendamment de tout autre recours, de poursuivre en justice pour recouvrement[57].

La Commission du droit d'auteur dispose d'une importante marge d'appréciation lorsqu'elle homologue les tarifs des droits de retransmission. À cet égard, elle écrit que:

> La Commission est investie d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des principes directeurs qu'elle applique à l'homologation des tarifs de retransmission, sous réserve de deux restrictions importantes. [...] Ces principes doivent d'abord être compatibles avec le texte de la Loi. Ensuite, la Commission doit tenir compte, dans l'établissement de la structure tarifaire, des critères établis par le Cabinet.[58]

La loi exige que le tarif soit juste et équitable, qu'il n'établisse pas de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence des titulaires du droit d'auteur et qu'il prévoie un taux préférentiel applicable aux «petits systèmes de retransmission», notion qui est définie par le gouverneur en conseil[59]. L'article 70.63(2) précise de plus que ni la formule tarifaire, même dans le cas où elle fait l'objet d'une modification par le gouverneur en conseil[60], ni la quote-part ne peuvent établir de discrimination entre les titulaires de droit d'auteur fondée sur leur nationalité ou leur résidence.

D'autre part, les critères réglementaires fixés par le gouverneur en conseil[61] portent, rappelons-le, sur: a) les droits payés pour la retransmission des signaux éloignés aux États-Unis en application du régime de retransmission aux États-Unis; b) les effets, sur la

56. *Id.*, art. 70.63(3).
57. *Id.*, art. 70.65.
58. *Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1992, 1993 et 1994, Loi sur le droit d'auteur*, article 70.63, [1993] D.C.D.A. n° 1.
59. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 70.64(1) et 70.64(2); *Règlement sur la définition de petit système de retransmission*, (1988) 123 *Gaz. Can.* II, 2568. Un «petit système de retransmission», rappelons-le, s'entend d'un système de retransmission par câble ou d'un système terrestre de retransmission par ondes hertziennes, qui retransmet un signal, à titre gratuit ou non, à au plus 1 000 locaux situés dans la même localité.
60. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 70.67(1).
61. *Id.*, art. 70.63(1)a). Selon l'article 70.63(4): «Le gouverneur en conseil peut, par règlement, fixer des critères, dont la Commission doit tenir compte, pour l'application de l'alinéa (1)a) en vue de la fixation de droits justes et équitables».

retransmission des signaux éloignés au Canada, de l'application de la *Loi sur la radiodiffusion* et des règlements pris en vertu de celle-ci; c) les droits et les modalités afférentes aux droits dans les ententes écrites à l'égard des droits pour la retransmission des signaux éloignés au Canada qui ont été conclues entre les sociétés de perception et les retransmetteurs et présentées à la Commission dans leur intégralité.

Dans sa décision sur les tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1992, 1993 et 1994[62], la Commission qualifiait ainsi les conséquences que devaient avoir les critères énoncés par le gouvernement, compte tenu des principes qu'elle appliquait déjà dans ses décisions antérieures:

> La Commission est d'avis que les critères établis par le Cabinet ne visent pas à supplanter ces principes. Certains d'entre eux peuvent même y trouver appui. Ainsi, comme le souligne l'Ontario, il est possible d'affirmer que le critère de l'alinéa b) complète et élargit le principe voulant que le tarif reflète la situation canadienne.
>
> On ne saurait non plus soutenir que l'application des critères suppose un raisonnement davantage axé sur la valeur marchande. Les deux premiers critères confirment au contraire la nécessité d'aller au-delà d'une simple analyse économique et de mettre encore plus l'accent sur des considérations d'intérêt public et de réglementation. Ainsi, autant il est difficile de prétendre que, dans l'ensemble, les taux américains reflètent la valeur marchande, autant il est redondant de préciser que l'industrie canadienne de la télédistribution est réglementée. Malgré cela, il s'agit de facteurs dont le Cabinet demande à la Commission de tenir compte dans sa décision.
>
> Tout compte fait, aucun motif ne justifie l'abandon ou la modification des principes directeurs énoncés dans la décision de 1990. En pratique, la Commission doit dorénavant prêter une attention particulière aux aspects de la preuve portant sur les critères établis par le Cabinet.

Toutefois, la Commission conclut, dans cette même décision, que certains principes énoncés dans la *Loi sur la radiodiffusion* doivent

62. *Tarifs des droits à payer pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision en 1992, 1993 et 1994, Loi sur le droit d'auteur*, article 70.63, [1993] D.C.D.A. nº 1.

être pris en considération dans le cadre de la détermination des tarifs de retransmission. Elle explique que:

> L'alinéa 3(1)c) de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare que «les radiodiffusions de langue française et anglaise, malgré leurs points communs, diffèrent quant à leurs conditions d'exploitation et, éventuellement, quant à leurs besoins». Ce passage se lit comme un énoncé de faits plutôt que comme un objectif à atteindre. La preuve portée au dossier de la présente audience confirme que c'est bel et bien le cas. L'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la radiodiffusion* exige aussi que la réglementation du système de radiodiffusion tienne compte «des caractéristiques de la radiodiffusion dans les langues française et anglaise et des conditions différentes d'exploitation auxquelles sont soumises les entreprises de radiodiffusion qui diffusent la programmation dans l'une ou l'autre langue». Il s'agit de facteurs dont le CRTC a sans cesse tenu compte dans le domaine de la retransmission. Les retransmetteurs qui diffusent dans un marché francophone sont assujettis à des exigences différentes en matière de distribution; ainsi, jusqu'à tout récemment, ils ne pouvaient offrir un service spécialisé en français que s'ils les offraient tous; il s'agit là d'une exigence à laquelle les câblodistributeurs des marchés anglophones n'étaient pas assujettis.
>
> Sous au moins un aspect, toutefois, la *Loi sur la radiodiffusion* semble viser l'accès égal aux services dans les deux langues officielles. L'alinéa 3(1)k) de la loi énonce l'objectif suivant: «une gamme de services de radiodiffusion en français et en anglais doit être progressivement offerte à tous les Canadiens, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens».[63]

On relèvera que la Commission constate que la preuve présentée devant elle a effectivement démontré des différences dans la situation des retransmetteurs oeuvrant en marché francophone par rapport à ceux qui oeuvrent en marché anglophone. C'est manifestement là que réside le critère déterminant de sa décision. La Commission écrit à cet égard que:

> La preuve présentée durant la présente audience est nettement favorable à l'application d'un taux différent aux retransmetteurs diffusant dans les marchés francophones. Le contexte dans lequel ils exercent leurs activités est différent à plusieurs égards, ces différences étant éloquemment exprimées dans deux

63. *Ibid.*

> courts énoncés tirés de l'argumentation de l'Ontario: [TRADUCTION] «... la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît clairement les particularités des marchés francophones et non francophones»; et «les câblodistributeurs diffusant dans les marchés francophones doivent relever des défis uniques pour attirer et conserver leurs abonnés».
>
> La réaction la plus remarquable au tarif 1990-1991 a été l'abandon de signaux éloignés au Québec. Ce sont sans doute les circonstances uniques du marché qui ont entraîné une telle réaction. Les retransmetteurs concernés desservaient un grand nombre de locaux, donnant ainsi ouverture à une réduction importante des droits. Comme ils sont situés à proximité de la frontière, la plupart des signaux américains qu'ils offraient étaient de toute façon des signaux locaux. Enfin, le signal abandonné n'était pas diffusé dans la langue de la majorité du marché. Ces faits laissent croire que le taux exigé était trop élevé pour ce marché. Une réduction du taux pourrait en fait mener au rétablissement du service à son niveau original.[64]

C'est dire que la prise en compte de l'application de la *Loi sur la radiodiffusion* n'est pas une démarche automatique pour la Commission. Celle-ci ne se considère pas tenue d'appliquer sans vérification les postulats et concepts de la politique de radiodiffusion. D'autre part, la Commission affirme que la référence explicite à la *Loi sur la radiodiffusion* peut être envisagée comme un complément à sa politique déjà suivie et selon laquelle il importe que le tarif reflète la situation canadienne.

Par exemple, la Commission a tenu compte de certaines caractéristiques propres à l'industrie canadienne de la télédistribution dans sa détermination des tarifs. Elle a opté pour une formule tarifaire à taux unique quel que soit le nombre de signaux éloignés retransmis. Cette approche avait pour conséquence de minimiser les répercussions financières à l'égard des petits systèmes de retransmission tout en assurant le même accès aux signaux éloignés peu importe la région où se situe le retransmetteur. En outre, la Commission a reconnu la valeur particulière des signaux canadiens par rapport aux signaux américains. Cette valeur additionnelle étant attribuée par l'effet de la clé de répartition des droits entre les sociétés en faisant jouer des données sur l'offre de signaux avant de faire intervenir des données sur l'écoute de ceux-ci. L'inscription des signaux canadiens dans une catégorie particulière a eu pour effet d'accorder aux émissions transmises par ces signaux une valeur supérieure à celle que leur part d'écoute permettait d'obtenir[65].

Les décisions de la Commission sont finales en matière de droit de retransmission. Cependant, le gouverneur en conseil peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la fixation, modifier rétroactivement au 1er janvier, la formule tarifaire établie par la Commission, à la condition qu'une demande à cet effet ait été formulée au ministre de l'Industrie[66] dans les trente jours suivant la publication du tarif[67]. Il n'a toutefois pas le loisir de modifier la quote-part de chaque société de perception dans ces droits.

La Commission du droit d'auteur est chargée de régler les conditions pécuniaires des usages des oeuvres découlant notamment des activités de radiodiffusion. Ainsi donc, les critères réglementaires venant baliser l'action de la Commission paraissent en harmonie avec la compréhension qu'elle manifeste de son mandat. Celle-ci tient compte de la politique canadienne de radiodiffusion et de ses principes sous-jacents. Mais les conditions proprement dites d'exercice des activités de radiodiffusion sont, pour leur part, délimitées par le CRTC.

2.2 Le CRTC

Le CRTC intervient de manière à stimuler ou accentuer la consommation d'oeuvres protégées. Il a également pris des décisions qui ont pour effet de contraindre les entreprises sous sa juridiction de disposer de leurs droits. Mais le Conseil s'est gardé de prendre des décisions qui peuvent raisonnablement être envisagées comme une tentative de tarifer les utilisations des oeuvres visées par la *Loi sur le droit d'auteur*.

2.2.1 Les pouvoirs du CRTC

L'article 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* définit ainsi la mission du Conseil:

> Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la Loi sur la radiocommunication et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la

64. *Ibid.*

65. Voir: Michel HÉTU, *Les interrelations entre la Commission du droit d'auteur et le CRTC*, allocution présentée devant l'ALAI Canada, Montréal, 12 mars 1996, p. 5.

66. *Loi constituant le ministère de l'Industrie et modifiant ou abrogeant certaines lois*, L.C., 1995, c. 1.

67. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 70.67(1).

présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en oeuvre la politique canadienne de la radiodiffusion.

L'article 5(2) précise les caractéristiques de la surveillance et de la réglementation que le Conseil peut mettre en place. La réglementation et la surveillance du système devraient, en plus d'être souples, comporter à la fois les caractéristiques suivantes:

a) tenir compte des caractéristiques de la radiodiffusion dans les langues française et anglaise et des conditions différentes d'exploitation auxquelles sont soumises les entreprises de radiodiffusion qui diffusent la programmation dans l'une ou l'autre langue;

b) tenir compte des préoccupations et des besoins régionaux;

c) pouvoir aisément s'adapter aux progrès scientifiques et techniques;

d) favoriser la radiodiffusion à l'intention des Canadiens;

e) favoriser la présentation d'émissions canadiennes aux Canadiens;

f) permettre la mise au point de techniques d'information et leur application ainsi que la fourniture aux Canadiens des services qui en découlent;

g) tenir compte du fardeau administratif qu'elles sont susceptibles d'imposer aux exploitants d'entreprises de radiodiffusion.

Les objectifs de la politique de radiodiffusion, énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*[68] doivent cependant avoir priorité en cas de conflit entre ces derniers et les principes devant présider à l'exercice de la mission de surveillance et de réglementation énoncée dans cette nouvelle disposition[69].

Le Conseil exerce ses fonctions de régulation au moyen de cinq instruments principaux, d'un poids juridique variable qui sont: 1° l'adoption de textes réglementaires[70], 2° les énoncés de politique qu'il

68. À ce sujet, voir: Pierre TRUDEL et France ABRAN avec la collaboration de Lucie Guibault, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éd. Thémis, 1991, chapitre 5.
69. *Loi sur la radiodiffusion*, art. 5(3).
70. *Id.*, art. 10.

rend publics périodiquement, 3° ses décisions et ordonnances[71] à l'endroit d'une entreprise ou d'un ensemble d'entreprises[72], 4° les décisions qu'il rend à la suite de l'étude de plaintes formulées à l'endroit des entreprises[73] et enfin, 5° les ordonnances exemptant une catégorie donnée d'entreprise à toute obligation découlant de la partie II de la loi lorsqu'il estime cela sans conséquence majeure pour le système de radiodiffusion[74].

Les pouvoirs du CRTC en vertu de la *Loi sur les télécommunications* sont plus spécifiques. Ils portent principalement sur la détermination des conditions auxquelles peuvent être fournis les services d'entreprises de télécommunication[75]. L'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* précise que «Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public». C'est donc de manière ancillaire que le CRTC, dans l'exercice de ses pouvoirs de réglementation, pourra aborder des questions de droits d'auteur.

Le CRTC délimite le statut des entreprises de radiodiffusion et de télécommunications; il définit ce qu'elles peuvent ou ne peuvent faire. En ce sens, il établit les conditions d'utilisation des oeuvres protégées par les entreprises de radiodiffusion et de télécommunications. En déterminant les conditions d'exploitation de ces entreprises, le CRTC peut tenir compte des dimensions de droit d'auteur: il peut choisir d'en tenir compte directement ou indirectement ou de les ignorer et s'en remettre à un autre organisme pour que ces questions trouvent leur réponse.

Plusieurs politiques du CRTC ont des impacts directs sur l'étendue de l'utilisation des oeuvres de même que sur les types d'utilisation.

2.2.2 Les politiques du CRTC touchant au droit d'auteur

De façon générale, le CRTC traite des questions de droits d'auteur dans ses avis et décisions en réaction à des commentaires, demandes ou propositions des intervenants ou des parties ayant comparu devant lui. Il ne prend que rarement l'initiative de soulever lui-même de telles questions.

71. *Id.*, art. 12.
72. *Id.*, art. 9.
73. *Id.*, art. 18(3).
74. *Id.*, art. 9(4).
75. *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 23 et s.

Le CRTC a ainsi mis en place des politiques affectant les droits de propriété des entreprises régulées, des politiques tendant à accroître le quantum des droits payables par les titulaires de licences de radiodiffusion, des politiques tendant à influer sur la valeur des droits et des politiques favorisant de nouvelles utilisations des oeuvres. Dans la section suivante, nous passons en revue les principales politiques du CRTC en matière de radiodiffusion en mettant en relief leurs principaux impacts sur les droits d'auteur.

2.2.2.1 Politiques affectant les droits de propriété des entreprises régulées

Dans l'exercice de ses compétences, le CRTC a la possibilité de contraindre les organismes sous sa juridiction de renoncer ou autrement disposer de leurs droits, y compris leurs droits d'auteur. C'est ce qui se produit lorsqu'il autorise les entreprises de distribution à distribuer des signaux éloignés sans le consentement des diffuseurs d'où émane le signal ou lorsqu'il ordonne à une entreprise de télécommunication de mettre une banque de données à la disposition d'autres entreprises.

Ainsi, dans sa décision CRTC Télécom 95-3 du 8 mars 1995, le CRTC écrit que:

> Le Conseil prend acte des arguments des compagnies de téléphone, selon lesquels les renseignements tirés de l'annuaire n'existent pas sous une forme brute et ces renseignements sont, d'abord, réunis par la compagnie de téléphone dans sa base de données. Le Conseil considère qu'il se peut que les compagnies de téléphone se prévalent d'un droit d'auteur pour une base de données d'annuaires et son contenu, sous forme imprimée ou électronique. De plus, selon le Conseil, les compilations que la White Directory recherche (par circonscription téléphonique) pourraient très bien donner lieu à une prétention de droit d'auteur.
>
> Le Conseil fait observer que la Loi l'oblige à s'assurer que les compagnies de téléphone, relativement à la fourniture d'un service de télécommunications, n'exercent pas de discrimination injuste ou n'accordent pas une préférence ou un avantage indus ou déraisonnables. On ne peut se servir d'une prétention de droit d'auteur pour permettre à la compagnie de téléphone d'exercer une discrimination injuste ou d'accorder une préférence indue à toute personne, ce qui est contraire à la Loi. Toutefois, le Conseil juge acceptable que les tarifs portant sur la fourniture des renseignements tirés des inscriptions comprennent une condition obligeant l'abonné à conclure une entente de sous-licence, afin de protéger tous les droits d'auteur que la compagnie de téléphone pourrait détenir.

Les droits d'auteur sont envisagés comme des biens détenus par les entreprises réglementées ou par les tiers: le Conseil exerce son mandat comme lui permettant d'imposer aux entreprises de disposer ou de se comporter d'une manière déterminée à l'égard de ces éléments de leur patrimoine. Il s'abstient toutefois de statuer sur les conditions financières auxquelles devraient être assujetties les utilisations qu'il impose du matériel protégé. Autrement dit, une entreprise ou une personne ne saurait se borner à prétendre qu'elle dispose d'un droit d'auteur pour refuser de se conformer à une obligation découlant de la *Loi sur les télécommunications* ou la *Loi sur la radiodiffusion*. L'objet même de ces lois est de contraindre les entreprises visées à consacrer leurs avoirs de manière conforme aux exigences prévues par le Parlement. Dans le cadre de ses compétences, le CRTC peut forcer une entreprise à concéder une licence d'utilisation d'une oeuvre protégée ou même autoriser l'utilisation d'une oeuvre.

Le CRTC n'abolit pas les droits d'auteur détenus par les sociétés de télécommunications sur les banques de données: il leur ordonne de concéder des licences d'utilisation afin d'éviter une situation dans laquelle une entreprise se trouverait à jouir d'une préférence indue face à ses concurrents. La *Loi sur le droit d'auteur* concerne les conditions devant être réunies pour que de telles licences soient valables.

Suite à l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis et à la modification de la législation sur le droit d'auteur, les télédistributeurs sont tenus de verser des redevances pour la retransmission de signaux de télévision éloignés. Au printemps 1989, l'Association canadienne de la télévision par câble a demandé au Conseil que ces paiements de droits d'auteur soient traités comme des frais imputables et ainsi passés aux abonnés[76]. Le Conseil n'a pas retenu cette approche, jugeant plutôt opportun de limiter les frais imputables aux tarifs qu'il a lui-même examinés et autorisés conformément au mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*. Il note, à propos des droits de retransmission:

76. CRTC, Avis d'audience publique 1989-14, 16 octobre 1989, p. 21 et 22.

> [...] que les critères que la Commission du droit d'auteur utilise pour évaluer le niveau approprié de droits d'auteur pour la retransmission des signaux éloignés reflètent nécessairement le cadre législatif de la *Loi sur le droit d'auteur*, et non la politique de radiodiffusion énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*.[77]

En somme, le Conseil montre une tendance à limiter les frais imputables aux tarifs qu'il a lui-même examinés et autorisés conformément à son mandat. «Ce n'est [écrit-il] que de cette façon qu'il peut se convaincre du caractère raisonnable des frais et s'assurer que la question des tarifs abordables a été réglée de façon satisfaisante»[78]. Il reconnaît cependant que les droits d'auteur sont des frais additionnels qui peuvent nuire financièrement à certaines titulaires; elles pourraient cependant recourir au mécanisme d'augmentation basée sur la nécessité économique (art. 18(8) du *Règlement de 1986 sur la télédistribution*).

Une telle approche peut étonner; elle paraît ignorer le fait que les tarifs fixés par la Commission l'ont été en tenant compte des critères fixés par le cadre législatif et réglementaire voulu par le Parlement. En conséquence, le CRTC ne devrait pas l'examiner à nouveau. Mais en revanche, on peut faire valoir que le CRTC ne révise pas les tarifs établis par la Commission: il ne fait qu'en analyser l'impact dans le cadre de son propre processus de détermination des tarifs. Il y a une différence entre la remise en cause de tarifs établis par une instance, ce qui créerait assurément un conflit opérationnel avec la décision de la Commission du droit d'auteur, et la prise en compte de tels frais en tant qu'éléments devant être considérés dans la détermination du tarif des entreprises de distribution.

Ainsi, ces phénomènes mettent bien en relief le fait que les deux organismes examinent certes les mêmes réalités mais sous des angles différents.

2.2.2.2 Politiques tendant à accroître le quantum des droits payables par les titulaires de licences de radiodiffusion

En principe, le CRTC observe une politique de non-ingérence dans les activités d'acquisition d'émissions des entreprises de radiodiffusion[79]. Cependant, la conséquence manifeste de ses politiques en

77. CRTC, *Avis public* 1990-53, 15 mai 1990, *Règlement de 1986 sur la télédistribution – Changements apportés à la réglementation des tarifs d'abonnement et questions connexes*, p. 14.
78. *Ibid.*
79. Voir: CRTC, Décision 91-804, 18 octobre 1991, *Nouvo Niagara Television, approbation du transfert du contrôle effectif d'une entreprise*.

matière de contenu canadien et en matière de retransmission de signaux canadiens éloignés est d'accroître le quantum des droits versés à des détenteurs canadiens de droits.

a) Les politiques de contenu canadien pour les entreprises de programmation

La disponibilité d'émissions canadiennes pour les téléspectateurs est une source constante de préoccupations pour le Conseil. Les règles sur le contenu canadien à la télévision sont au coeur même des finalités pour lesquelles on réglemente le système de radiodiffusion. Il constitue, à n'en point douter, l'un des champs d'activité du Conseil ayant le plus d'impact sur le plan économique et culturel.

La préservation et l'enrichissement du caractère canadien du système est l'un des objectifs majeurs de la politique canadienne de radiodiffusion. On en trouve une expression non équivoque à l'article 3(1)b) de la *Loi sur la radiodiffusion*[80] qui déclare que «le système canadien de radiodiffusion [...] offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle». L'article 3(1)d) déclare que le système canadien de radiodiffusion «devrait servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada»[81] tandis que l'article 3(1)e) affirme que «tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la présentation d'une programmation canadienne»[82]. Le principe est encore plus clairement réitéré à l'article 3(1)f) qui pose que:

> [...] toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources – créatrices et autres – canadiennes pour la création et la présentation de leur programmation à moins qu'une telle pratique ne s'avère difficilement réalisable en raison de la nature du service – notamment son contenu spécialisé ou l'utilisation qui y est faite de langues autres que le français ou l'anglais – qu'elles fournissent, auquel cas elles devront faire appel aux ressources en question dans toute la mesure du possible.[83]

80. *Loi sur la radiodiffusion*, art. 3(1)b).
81. *Id.*, art. 3(1)d).
82. *Id.*, art. 3(1)e).
83. *Id.*, art. 3(1)f).

Le même principe est repris pour les entreprises de programmation et les réseaux. L'article 3(1)*a*) déclare que «les réseaux et les entreprises de programmation privés devraient, dans la mesure où leurs ressources financières et autres le leur permettent, contribuer de façon notable à la création et à la présentation d'une programmation canadienne tout en demeurant réceptifs à l'évolution de la demande du public»[84].

Les effets des politiques de contenu canadien sur les droits d'auteur payés sont indéniables. En maximisant la diffusion des émissions canadiennes, on accroît sans doute les redevances versées à des Canadiens, mais c'est là un effet indirect de la politique du Conseil.

i) Les investissements dans les émissions canadiennes à la télévision

En intervenant avec des mesures qui amènent les radiodiffuseurs à présenter des émissions à teneur canadienne, le CRTC les force à acquérir des droits pour des émissions canadiennes. Ainsi, une partie du régime réglementaire visant à encourager la création d'émissions canadiennes de grande qualité et leur diffusion sur les ondes est fondée sur des règles quantitatives. Au fil des années, le CRTC a introduit une certaine souplesse dans les exigences quantitatives en matière de contenu canadien. L'exploitant d'une station ou d'un réseau de télévision privée doit ainsi consacrer à la diffusion d'émissions canadiennes au moins 60% de l'année de radiodiffusion et de chaque période de six mois spécifiée dans une condition de sa licence[85]. Mais, afin de prévenir les effets pervers des quotas, le CRTC attache de l'importance aux investissements qui sont susceptibles d'assurer une disponibilité effective d'émissions canadiennes de qualité[86].

84. *Id.*, art. 3(1)*a*).
85. *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, (1987) 121 *Gaz. Can.* II, 336, modifié par (1987) 121 *Gaz. Can.* II, 2822; (1988) 122 *Gaz. Can.* II, 3600; (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 1923; (1990) 124 *Gaz. Can.* II, 2325; (1991) 125 *Gaz. Can.* II, 3431; (1992) 126 *Gaz. Can.* II, 3124, 4148 et 4152; (1993) 127 *Gaz. Can.* II, 2218 et 3072; (1994) 128 *Gaz. Can.* II, 1521 et 3378; (1995) 129 *Gaz. Can.* II, 2668 et 2717, art. 4(6). Les entreprises de services spécialisés, de télévision payante et de télévision à la carte doivent également rencontrer des exigences en matière de contenu canadien.
86. Il s'agit d'éviter que les diffuseurs comblent les quotas de contenus canadiens avec des émissions à faible coût et utilisant un faible niveau de ressources créatrices canadiennes.

Dans le domaine de la télévision, le versement de droits constitue un facteur considéré lorsque le CRTC examine les dépenses au titre des émissions canadiennes. Le coût d'acquisition des droits de diffusion fait partie des dépenses au titre des émissions canadiennes et le CRTC exige une plus grande part de dépenses dans l'acquisition que dans l'investissement dans la programmation canadienne[87].

Par exemple, le CRTC a pour politique d'imposer, comme condition de licence, aux stations de télévision de langue anglaise réalisant plus de 10 millions de dollars en recettes publicitaires et en paiement de réseau, ou comme attente, aux stations réalisant moins de 10 millions de dollars, l'investissement d'une somme minimale dans les émissions canadiennes. Dans le calcul de ses dépenses, le CRTC tient compte entre autres du coût d'acquisition des droits de diffusion d'une émission canadienne et des coûts de production et d'acquisition (droits d'auteur) des émissions[88].

Soulignons qu'au renouvellement de la licence de TV5[89] en 1994, les dépenses reliées au paiement de droit de suite aux auteurs, compositeurs, créateurs et artistes interprètes pour la télédiffusion internationale de leurs oeuvres ont été un des éléments indirects pris

87. Les producteurs indépendants ont fait valoir, lors de l'audience sur le renouvellement des licences des entreprises de télévision payante en 1988, que ces dernières devaient allouer une part plus importante de leur budget de programmation à l'acquisition d'émissions canadiennes comparativement aux investissements en capital. L'acquisition d'émissions canadiennes par voie de paiements des droits de diffusion représente des revenus nets pour les producteurs alors que les investissements représentent pour eux le partage éventuel des revenus avec les investisseurs (CRTC, Avis public 1988-173, 27 octobre 1988, *Introduction aux décisions CRTC 88-772 à 88-777, Renouvellement de licences de réseaux de télévision payante d'intérêt général et de certaines licences de réseaux spécialisés*, p. 9). Le Conseil a ainsi imposé à chacune des titulaires une condition de licence quant à la répartition des dépenses de programmation canadienne entre les acquisitions et les investissements. Ainsi, au moins 60% des dépenses des titulaires (sauf pour Family Channel) relatives à l'acquisition d'émissions canadiennes ou à l'investissement dans celles-ci doit être alloué à l'acquisition d'émissions canadiennes. Les dépenses d'acquisition sont définies comme étant celles faites pour l'obtention de droits de diffusion dans le territoire autorisé (frais généraux non compris), pour la conception et la rédaction de scénarios (frais généraux non compris) et pour la production de matériel d'intermède (y compris les frais généraux directs). Les dépenses d'investissement désignent des dépenses d'investissement en capital ou des avances versées en acompte sur un investissement, mais ne comprend pas les frais généraux ou le préfinancement par voie de prêt.
88. Pour plus de détails, voir CRTC, Avis public 1993-93, 22 juin 1993, *La présentation de rapports sur les dépenses au titre des émissions canadiennes*.
89. CRTC, Décision 94-490, 4 août 1994, *Consortium de Télévision Québec Canada*.

en compte par le CRTC au moment de l'examen des dépenses faites par la titulaire au titre des émissions canadiennes[90].

ii) Les proportions de contenu canadien à la radio

Au niveau de la radio, les obligations de diffuser une certaine proportion d'oeuvres canadiennes ont des impacts sur le quantum de redevance versée à des Canadiens au titre des droits de communication au public.

En général, en ce qui concerne la musique populaire, les entreprises de radio doivent diffuser un minimum de 30% de pièces musicales canadiennes au cours de la semaine de radiodiffusion et les répartir de façon raisonnable sur chaque journée de radiodiffusion[91].

90. C'est ainsi que le CRTC précise que «*La titulaire a de plus souligné lors de l'audience l'apport indirect significatif qui découle de ses efforts en vue d'assurer le rayonnement international des émissions canadiennes. Ainsi, elle prévoit verser aux auteurs, compositeurs, créateurs et artistes-interprètes canadiens plus de 8 millions de dollars au cours de la nouvelle période d'application de la licence au titre des droits de suite pour la télédiffusion internationale de leurs oeuvres. La titulaire a signalé que ces sommes s'ajoutent à ses engagements relatifs aux dépenses au titre des émissions canadiennes*». (CRTC, Décision 94-490, 4 août 1994, *Consortium de Télévision Québec Canada*.)

91. Voir le *Règlement de 1986 sur la radio*, (1986) 120 *Gaz. Can.* II, 4192, modifié par (1988) 122 *Gaz. Can.* II, 4511; (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 1924; (1991) 125 *Gaz. Can.* II, 3039 et 3434; (1992) *Gaz. Can.* II, 4145 et 4150; (1993) 127 *Gaz. Can.* II, 2220, 3082, 3097 et 3990; (1994) 128 *Gaz. Can.* II, 1325; (1995) 129 *Gaz. Can.* II, 2715, art. 2.2(3). Une journée de radiodiffusion débute à six heures et se termine à minuit le même jour. Toutefois, les stations MF qui s'engagent à diffuser entre 35% et 50% de pièces instrumentales sont tenues à un niveau de contenu canadien de 20% et les stations MF qui en programment 50% ou plus, à un niveau de contenu canadien de 15%. (CRTC, Avis public 1990-20, 16 février 1990, *Un examen de la politique relative à la radio MF*, p. 25.)
Aux termes du *Règlement de 1986 sur la radio*, une pièce musicale est considérée comme canadienne dans les cas suivants:
• elle est l'interprétation instrumentale d'une oeuvre musicale dont le compositeur ou le parolier est canadien ou;
• elle est l'interprétation d'une oeuvre musicale composée par un Canadien exclusivement pour des instruments ou;
• elle a déjà été reconnue à titre de pièce musicale canadienne conformément aux dispositions d'un règlement d'application antérieure ou;
• elle remplit au moins deux des cinq conditions suivantes, soit: (1) la musique ou les paroles sont interprétées principalement par un Canadien; (2) la musique est composée entièrement par un Canadien; (3) les paroles sont écrites entièrement par un Canadien; (4) la pièce musicale est une interprétation en direct qui est soit enregistrée en entier au Canada, soit interprétée en entier au Canada et diffusée en direct au Canada; (5) la pièce musicale a été interprétée en direct ou enregistrée après le 1er septembre 1991 et un Canadien ayant collaboré avec un non-Canadien se voit attribuer les paroles et la musique dans une proportion d'au moins 50%, tel qu'il en est fait état dans les registres d'une société de droits d'exécution reconnue. Voir: *Règlement de 1986 sur la radio*, article 2.2(2).

Le Conseil analyse la teneur canadienne de la programmation musicale par le nombre de pièces musicales diffusées, peu importe leur durée[92].

L'imposition de quotas de diffusion d'oeuvres musicales canadiennes par le CRTC a donc nécessairement un effet sur les redevances en droits d'auteur à être payées à des Canadiens.

iii) Les politiques de développement de talents canadiens à la radio

Lors de l'élaboration de sa politique sur la radio MF de 1991, le CRTC s'est interrogé sur l'efficacité des projets des titulaires concernant le développement des talents canadiens et les façons de les évaluer. Sur la nécessité de ne pas se limiter aux activités de diffusion, il précise que:

> Le Conseil est d'avis que le système canadien de radiodiffusion a un rôle important à jouer dans le développement des artistes canadiens, notamment au chapitre du temps d'antenne. Il est tout aussi important, d'après lui, de veiller à ce qu'un approvisionnement satisfaisant de matériel canadien soit disponible de manière que chaque station puisse offrir aux auditeurs canadiens une diversité d'émissions canadiennes de qualité et dans divers genres musicaux et verbaux. Même si les radiodiffuseurs ont d'autres responsabilités que celles de trouver et de développer des talents créateurs canadiens, il est nettement dans leur intérêt de participer activement à ce processus de manière à s'assurer qu'il existe un réservoir suffisamment grand de musique enregistrée canadienne ainsi que d'autres types de matériel créateur canadien pouvant être diffusé.[93]

En réponse à la suggestion de certaines titulaires qui désiraient des lignes directrices claires et l'introduction d'une formule d'appli-

Les Canadiens sont par ailleurs définis comme étant des citoyens canadiens, des résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration de 1976* (L.R.C. (1985), c. I-2, art. 2) ou encore des personnes dont le lieu ordinaire de résidence était situé au Canada durant les six mois qui ont précédé leur apport à une oeuvre musicale, à un spectacle ou à un concert.

92. Voir: CRTC, Circulaire n° 343, 11 mai 1988, *L'évaluation par le Conseil des pots-pourris et des pièces musicales intégrés dans des montages*. Toutefois, dans CRTC, Décision 90-509, 5 juin 1990, *Trillium Cable Communications Limited*, p. 2, le CRTC soulignait que «dans ses analyses du contenu canadien et d'autres aspects de la programmation musicale d'une station, [il] n'accepte comme pièces musicales que celles qui durent au moins une minute».

93. Avis public 1990-111, 17 décembre 1990, *Une politique MF pour les années 90*, p. 15-16.

cation générale basée sur le pourcentage de recettes, le CRTC reconnaît l'impact que peuvent avoir les droits d'auteur sur les finances des stations de radio, mais il se garde d'intervenir en ces matières. Il écrit que:

> Même si le Conseil reconnaît qu'il est pratique d'avoir des lignes directrices claires, des questions demeurent encore en suspens, dont certaines ne sont pas de son ressort, et d'autres peuvent influer grandement sur la capacité des radiodiffuseurs à s'engager dans des projets importants dans un avenir rapproché. Il s'agit notamment de la révision de la *Loi sur le droit d'auteur* de manière qu'elle inclue les «droits voisins», ce qui peut influer sur les budgets des titulaires.[94]

Le CRTC évalue chaque initiative d'une station de radio afin de déterminer l'admissibilité du projet de développement des talents canadiens. Il vérifie le niveau d'engagement en comparant avec d'autres stations de même niveau. Il s'agit là d'un processus lourd pour les titulaires et le CRTC et les radiodiffuseurs, qui considèrent le niveau d'engagement financier trop élevé étant donné les difficultés financières de l'industrie de la radio, sont tentés de faire valoir, à titre de contribution, ce qu'ils assument déjà en termes de paiement de droits.

En 1995, le CRTC a proposé une nouvelle démarche en cette matière, inspirée d'une proposition de l'ACR, lors du renouvellement de licence des stations: l'imposition d'une condition de licence exigeant un versement annuel de la part de chaque station à un tiers admissible (FACTOR, MusicAction, organismes de musique nationaux et provinciaux, troupes et écoles d'arts d'interprétation, récipiendaires de bourses afférentes). Le montant de ce versement tiendrait compte de la dimension du marché de la station[95]. Ceci assurerait un paiement annuel minimum de 1,8 million de dollars à ces organismes. Les radiodiffuseurs commerciaux, généralement en faveur de la démarche proposée par le CRTC, soulignent que la radio contribue déjà au développement des talents canadiens en diffusant de la musique canadienne et en versant des droits d'auteur aux auteurs, aux compositeurs et aux éditeurs de musique[96].

L'application des politiques de contenu canadien ont évidemment un impact sur les redevances payées aux auteurs canadiens.

94. *Id.*, p. 16.
95. Voir Avis public 1995-196, 17 novembre 1995, *Contributions des stations de radio au développement des talents canadiens – une nouvelle démarche*, p. 4-9.
96. *Id.*, p. 3.

Mais le CRTC se garde bien de s'immiscer dans cette dimension de la problématique de la promotion des contenus canadiens. Pour le CRTC, c'est d'abord et avant tout une question de contribution au développement de contenus et le paiement de droits en tant que tel ne saurait être assimilé, en tant que tel, à une contribution aux objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*.

b) Les politiques en matière de retransmission des signaux de radiodiffusion

La mise en place de nouveaux modes de diffusion et de distribution a été envisagée par le CRTC à la lumière des principes de la politique de la radiodiffusion énoncée dans la législation sur la radiodiffusion.

Les contradictions entre une politique vouée à la promotion des contenus canadiens et une politique de droit d'auteur, fondée sur le souci d'assurer un traitement égal de tous les détenteurs de droits, peu importe leur nationalité, sont manifestes dans les politiques du CRTC en matière de retransmission.

De façon générale, le CRTC a développé ses politiques relatives aux entreprises de distribution de radiodiffusion en cherchant à préserver la valeur des droits exclusifs des radiodiffuseurs canadiens. Cet objectif l'a mené jusqu'à autoriser des actions que les détenteurs américains de droits ont qualifiées de spoliatrices[97].

97. Voir sur cette question et sur le droit de retransmission en général: Nancy B. WEISBERG, «Canadian Signal Piracy Revisited in Light of United States Ratification of the Free Trade Agreement and the Berne Convention: Is this a Blueprint for Global Intellectual Property Protection?», (1989) 16 *Syracuse J. Int'L & Com.* 130; Barbara L. WAITE et T. Gregory KANE, «Calling it Piracy: Mass Media and Copyright in the U.S. and Canada», (1989) 11 *Communications & the Law* 3; Lynn M. ROBINSON, «Satellite Piracy in the Great White North: Can U.S. Broadcasters Protect Themselves Against Unauthorized Retransmission of their Signals by Canadian Cable Systems?», (1988) 15 *Syracuse J. Int'l L. & Comm.* 104; Therese GOULET, «The Canada-U.S. Free Trade Agreement and the Retransmission of American Broadcasts in Canada», (1988-89) 24 *Gonzaga Law Review* 351; Peter S. GRANT, *Free Trade and the Retransmission of Program Signals: New Developments in Program Rights Payment and Protection in Canada*, March 1988, D-1-D13; Thomas J. CRYAN et James S. CRANE, «International Telecommunications Pirates: Protecting U.S. Satellite Signals from Unauthorized Reception Abroad», (1985) 17 *International Law and Politics* 851; Jildy GROSS, «Transborder Retransmission of T.V. Signals: A New Copyright Problem», (1985) 11 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 93; David W. TARBET, «Use of American Broadcast Signals by Canadian Cable Networks: The Cancom decision», (1983) 32 *Buffalo L.R.* 731.

i) La politique à l'égard de la câblodistribution

Le CRTC a constamment cherché à faire en sorte que les câblodistributeurs contribuent au financement de la production d'émissions canadiennes en échange de l'utilisation qu'ils font des émissions des radiodiffuseurs. Il envisage donc la question sous l'angle privilégié par la *Loi sur la radiodiffusion*, c'est-à-dire en termes de transfert de fonds vers le secteur de la programmation.

Dans une telle perspective, la question des droits d'auteur est une préoccupation indirecte pour le CRTC; ultimement, le transfert de fonds qu'il préconise profitera aux auteurs. Mais ce transfert ne concerne pas tous les auteurs. Il ne vise que les auteurs canadiens. La contribution de la câblodistribution à la programmation canadienne est également assurée par les règles du CRTC relatives à la distribution des services.

Dès son premier énoncé de politique sur la télévision par câble en 1971, le CRTC reconnaît que les stations de télévision sont les fournisseurs et les systèmes de télévision par câble sont les usagers et que chacun doit payer pour ce qu'il utilise dans l'exploitation de son entreprise[98]. Concernant le droit d'auteur, il précise:

> Le droit d'auteur assurerait aux détenteurs de droits leur juste part de toute rémunération que les systèmes de télévision par câble verseraient aux stations de télévision à la suite de négociations concernant l'utilisation des émissions ou parce que ces détenteurs recevraient une portion du revenu brut augmenté des stations de télévision en tant que membres d'une société d'auteurs. [...]
>
> Le droit d'auteur est cependant un principe dont l'application est assez restreinte dans le domaine des relations existant entre les stations de télévision et les systèmes de câble; il serait préjudiciable, à certains points de vue, de voir dans le droit d'auteur la solution unique et systématique au problème de l'équité à établir entre ces deux éléments du système de la radiodiffusion.[99]

Le CRTC est préoccupé par l'absence de contribution de la câblodistribution au coût de production des émissions qu'elle utilise. Mais il laisse de côté l'approche fondée sur le droit d'auteur pour y

98. Avis public, 16 juillet 1971, *La radiodiffusion canadienne «Un système unique» – Énoncé de politique sur la télévision par câble*, p. 21.
99. *Id.*, p. 22-23.

répondre. Cela se comprend, plusieurs câblodistributeurs distribuent des signaux en provenance des États-Unis. Le versement de redevances à ces entités paraît aller en contradiction avec les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion.

Comme les systèmes de télévision par câble utilisent la programmation des stations de télévision conventionnelle afin d'assurer leur service, le Conseil suggère que les exploitants de systèmes de télévision par câble assurent une forme de rémunération pour les émissions canadiennes obtenues des détenteurs de licence de télévision. Cette suggestion du Conseil, précise-t-il, n'est pas un énoncé de politique, mais bien une base de discussion entre les détenteurs de licence de télévision et les exploitants d'entreprise de câble[100]. Ainsi, le CRTC montre sa préférence pour une solution réglementaire plutôt qu'une solution de droit d'auteur au problème de l'utilisation des oeuvres par les câblodistributeurs.

En 1975, le CRTC réitère sa préoccupation quant à la nécessité que cette industrie développe des émissions plutôt que de consacrer ses énergies à améliorer les dispositifs techniques[101]. En effet, malgré l'expansion considérable qu'a connue l'industrie de la câblodistribution entre 1971 et 1975, le transfert espéré de fonds provenant de cette industrie au profit de la production canadienne n'a pas vraiment eu lieu.

En 1988, le législateur fédéral modifie la *Loi sur le droit d'auteur* afin de reconnaître des droits de retransmission. Cependant, l'article 28.01(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* venait prévoir une norme d'harmonisation entre le régime du droit d'auteur et celui de la *Loi sur la radiodiffusion* en décrétant que:

> (2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur la communication au public, par télécommunication, d'une oeuvre, lorsqu'elle consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas, celle-ci étant licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, intégralement et simultanément et que, dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les droits et respecté les modalités fixés sous le régime de la présente loi.

100. Pour les détails de cette formule, voir Avis public, 16 juillet 1971, *La radiodiffusion canadienne «Un système unique» – Énoncé de politique sur la télévision par câble*, p. 23-25.
101. Avis public, 16 décembre 1975, *Énoncé de politique relatif aux entreprises de réception de radiodiffusion (Télévision par câble)*, p. 9.

À l'audience de 1993 sur la structure de l'industrie de la câblodistribution, la question des conditions attachées à la retransmission des signaux est de nouveau soulevée[102]. Le CRTC souligne que «ce n'est qu'en fournissant des émissions distinctives, véritablement nationales auxquelles les Canadiens peuvent s'identifier que les entreprises de programmation canadiennes réussiront à se démarquer de la multitude de choix de programmation que les nouveaux progrès technologiques rendront possibles»[103]. Pour ce faire, il est nécessaire de générer du financement provenant exclusivement du Canada. Deux grands mécanismes de financement ont été proposés, l'un par l'ACR et l'autre par l'industrie de la câblodistribution.

L'ACR a suggéré que les stations de télévision reçoivent des télédistributeurs une contrepartie pour la distribution des signaux locaux[104]. Cette contrepartie serait conforme à l'article 28.01(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* et aux pouvoirs conférés par le CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion*. Pour l'ACR, le CRTC doit reconnaître des droits inhérents et exclusifs rattachés aux signaux des radiodiffuseurs en obligeant les télédistributeurs à choisir entre une distribution prioritaire, dont la contrepartie serait établie par le CRTC, ou une distribution négociée, dont la contrepartie serait décidée par les parties.

Cette contrepartie pour la distribution permettrait, selon l'ACR, d'atteindre l'objectif de l'article 3(1)e) de la *Loi sur la radiodiffusion* (contribution à la programmation canadienne) et qu'en vertu de la Loi, le CRTC peut décider de la structure et des caractéristiques particulières de cette contribution. L'ACR ajoute que le CRTC impose déjà des contributions directes (canal communautaire) et indirectes (substitution de signaux identiques, distribution prioritaire) à la création et à la présentation d'une programmation canadienne. L'ACR conclut donc que les mesures que prend le CRTC pour augmenter les ressources financières des radiodiffuseurs par des moyens directs ou indirects sont de la compétence du CRTC et conformes à la politique de radiodiffusion.

L'ACR mentionne que, même si un droit de signal local et un droit de distribution peuvent être reconnus en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, c'est le CRTC qui est responsable de la mise en oeuvre de la politique en matière de radiodiffusion et, à ce titre, c'est l'organisme de réglementation le mieux placé pour exiger une autorisation pour la distribution et une contrepartie pour la distribution de signaux locaux. Il n'y aurait pas de problème et ce n'est pas un précédent selon elle. Le CRTC résume ainsi l'argument de l'ACR en ce qu'il ne s'agit pas là d'un précédent:

> L'ACR a également fait remarquer que l'article 28.01 de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit spécifiquement la retransmission d'un signal local identique. Elle a ajouté que le droit de retransmettre des signaux est assujetti à des restrictions établies en vertu d'une loi fédérale, comme la *Loi sur la radiodiffusion*, et que la décision du Conseil d'adopter une disposition pour la substitution d'émissions identiques modifie donc effectivement le droit d'auteur.[105]

Les représentants de l'industrie de la télédistribution et particulièrement la Shaw se sont opposés à cette proposition[106]. Voici en résumé leurs arguments:

- aucune disposition de la *Loi sur la radiodiffusion* ni son interprétation n'habilite expressément le CRTC à exiger une contrepartie pour la retransmission de signaux locaux;
- les radiodiffuseurs n'ont pas un droit de propriété ou un droit exclusif sur leurs signaux les rendant admissibles pour une contrepartie.

Pour les représentants de l'industrie de la télédistribution, la question est de savoir si un signal de radiodiffusion peut être considéré comme appartenant à la titulaire lorsqu'il est retransmis par ondes hertziennes et qu'il peut être capté librement par le public. Pour eux, il s'agit là essentiellement d'une question de droit d'auteur et la proposition de l'ACR ne fait que passer outre à l'objet évident des modifications de 1988 de la *Loi sur le droit d'auteur* qui obligent les télédistributeurs à indemniser les détenteurs de droits d'émissions pour la retransmission de signaux éloignés seulement.

Le CRTC a rejeté la proposition de l'ACR et a plutôt adopté et modifié le mécanisme de financement proposé par l'industrie de la câblodistribution, soit la mise sur pied d'un fonds de production des

102. Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*.
103. *Id.*, p. 6.
104. Voir la proposition de l'ACR dans Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 15-16.
105. Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 15.
106. Voir leur opposition dans l'Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 15-16.

émissions canadiennes financé par l'industrie de la câblodistribution. Il rejette la proposition de l'ACR dans les termes suivants:

> Il est convaincu que son pouvoir d'exiger que chaque élément du système de radiodiffusion contribue aux émissions canadiennes est clair, et que la nature, la portée et le mécanisme de cette contribution sont à son entière discrétion. Le Conseil est toutefois d'avis qu'une reconnaissance explicite d'un droit à une contrepartie pour la retransmission de signaux locaux est essentiellement une question de droit d'auteur et qu'il appartient, à juste titre, à d'autres organismes que lui de trancher.[107]

Ainsi, le Conseil considère que le domaine de la détermination de la contrepartie pour le droit de retransmission se rattache au droit d'auteur. Le champ de la politique canadienne de radiodiffusion est plutôt celui de la détermination de la contribution de chacun des éléments du système au développement et à la mise en place d'une programmation canadienne.

La contribution de l'industrie de la câblodistribution à la programmation canadienne n'est pas seulement posée en termes de financement des émissions. L'activité principale d'une entreprise de câble, la distribution des services de télévision, n'est pas le fruit d'un hasard. Le CRTC a établi un ensemble de principes présidant à la détermination des conditions de distribution des services de programmation par les entreprises de télévision par câble. Ces principes sont: les règles concernant l'acheminement prioritaire des signaux canadiens[108], la règle concernant la prédominance de canaux vidéo de services canadiens[109], les règles d'étagement et d'assemblage des services de programmation canadiens et étrangers et la substitution simultanée des signaux éloignés par des signaux locaux quand la même émission est diffusée à la même heure. Ces règles poursuivent

107. Avis public 1993-74, *supra*, note 105, p. 17.
108. Pour le CRTC, cette réglementation fait écho au rôle des entreprises de câble en tant que distributeurs locaux de services et signaux de radiodiffusion. L'article 3(1*i*) de la *Loi sur la radiodiffusion* prescrit que les entreprises de distribution «devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes».
109. Pour le CRTC, il s'agit là de l'application de l'article 3(1*f*) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui prévoit que toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources canadiennes. Ces lignes directrices intégrées dans le *Règlement de 1986 sur la télédistribution* sont destinées à assurer un équilibre de distribution entre les services de programmation canadiens et étrangers. Voir Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 44, pour les modifications à la méthode de calcul des services de programmation canadiens.

la même finalité: assurer la viabilité des services de programmation locaux ou canadiens par la portée de diffusion qu'elles assurent. Par l'accroissement de la diffusion qu'elles procurent aux oeuvres canadiennes, ces politiques ont sans doute un effet sur les redevances versées à des auteurs canadiens.

ii) La distribution des signaux canadiens éloignés

La retransmission dans une région de signaux éloignés peut perturber le cours normal des autorisations de diffusion consenties par les détenteurs de droits. Ces ententes confèrent souvent une licence afin de diffuser sur le territoire normalement desservi par une station. La retransmission peut contredire les termes des ententes par lesquels les diffuseurs ont obtenu le droit de diffuser une oeuvre.

Jusqu'en 1984, la politique du Conseil en matière de signaux de stations canadiennes éloignées était d'en permettre la câblodistribution sur une base limitée et sélective dans le cas où la situation le justifiait. En 1985, le CRTC lève les restrictions relatives à l'extension de la distribution des signaux canadiens éloignés. Dans son énoncé de 1985, le Conseil estime que l'extension de signaux canadiens éloignés à de nouveaux marchés augmentera la diversité, la variété et la disponibilité des émissions canadiennes à travers le pays. De plus, cette extension des signaux canadiens assurera, selon le Conseil, «un meilleur équilibre entre les services canadiens et américains offerts aux abonnés et constituera une autre étape dans les efforts que le Conseil déploie pour favoriser l'égalité de l'accès à l'écoute au Canada»[110]. Cette distribution est cependant assujettie à certaines conditions[111].

Au moment de l'examen des répercussions possibles d'un tel changement de politique sur l'extension des signaux, la Canadian Motion Picture Distributors Association (CMPDA) a fait part de son inquiétude au sujet de «tout changement dans les modes de distribution d'émissions canadiennes qui nuit à leur capacité d'obtenir un dédommagement raisonnable de l'utilisation de leur matériel dont les droits sont réservés»[112].

110. CRTC, Avis public 1985-61, 22 mars 1985, *Les signaux de télévision canadiens éloignés*, p. 19.
111. Pierre TRUDEL et France ABRAN avec la collaboration de Lucie Guibault, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éd. Thémis, 1991, p. 709-760.
112. CRTC, Avis public 1985-61, 22 mars 1985, *Les signaux de télévision canadiens éloignés*, p. 6.

À l'audience publique qui a suivi, la question de l'influence d'un changement de politique sur les arrangements d'achat d'émissions a été soulevée (ex.: frais d'acquisition d'émissions accrus pour les stations sources, perte possible d'émissions pour de petites stations incapables d'en acheter les droits nationaux, surenchère pour les droits des émissions dans un même marché, augmentation des tarifs des émissions). Si la politique était changée, la CMPDA croit que ses membres devraient probablement s'en remettre à trois mécanismes pour assurer que leurs contrats soient respectés: la loi sur le droit d'auteur, le droit contractuel et les «politiques, décisions, règlements et conditions de licence du CRTC»[113].

La CMPDA a reconnu que «le CRTC n'est pas doté des moyens voulus pour jouer le rôle d'arbitre entre des parties contractantes sur des questions de droit d'auteur, mais qu'il devrait en tenir compte lorsqu'il rend sa décision»[114]. Elle signale cependant que les arrangements d'achat d'émissions peuvent s'adapter mais que le degré d'adaptation dépend de la réponse des radiodiffuseurs locaux. Les arrangements de licences sont souples en ce qui concerne la couverture mais il est essentiel de préciser où le titulaire a le droit de transporter l'émission[115].

Lors de la formulation de sa politique, le CRTC ne reprend pas comme tel cet argument. Cependant, pour assurer la prédominance canadienne du système de radiodiffusion canadien dans un milieu de plus en plus concurrentiel, il se borne à préciser que chacun doit mettre du sien et accepter le compromis et la coopération[116].

En 1993, le CRTC révisait sa politique sur la distribution de signaux éloignés. Il assujettit désormais la distribution de signaux canadiens éloignés sur le volet facultatif à son approbation. Sa décision est liée à l'apparition des volets facultatifs à forte pénétration; elle donne aux radiodiffuseurs locaux l'occasion d'intervenir[117]. Il revient en quelque sorte à sa position de départ.

iii) L'extension des services de radiodiffusion aux localités éloignées

Dès 1979, alors que le CRTC cherchait à améliorer les services de radiodiffusion dans les localités éloignés par l'extension des si-

113. *Id.*, p. 13.
114. *Id.*, p. 13.
115. *Id.*, p. 14.
116. *Id.*, p. 16.
117. Voir CRTC, Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 35.

gnaux, les préoccupations des détenteurs de droits d'auteur sur les émissions ont été soulevées. Le CRTC mentionnait qu'il s'attendait à des indications précises de la part des détenteurs de droits d'auteur ou de leurs représentants, au sujet des émissions et de la formule qui sera élaborée afin d'assurer un paiement adéquat pour l'utilisation des émissions. D'après les débats à l'audience, le CRTC reconnaissait que:

> de sérieux problèmes existent en ce qui a trait à l'acquisition des droits d'auteur nécessaires pour exploiter un service de radiodiffusion qui utilise des enregistrements et des reprises d'émissions diffusées précédemment par d'autres stations de télévision. Même s'il était évident qu'aucun requérant, au moment de l'audience n'avait résolu les problèmes inhérents à la protection adéquate des droits d'auteur, le Conseil est convaincu qu'il existait des possibilités qui, une fois examinées attentivement, rendraient possible ce genre de distribution d'émissions. On se préoccupait particulièrement de la sécurité des enregistrements, de leur reproduction non autorisée et des coûts probablement excessifs des reprises.
>
> Le Conseil juge important que l'autorisation pour les droits d'auteur soit obtenue et s'attend à ce que les titulaires concluent les arrangements contractuels nécessaires avec les détenteurs des droits d'auteur pour les émissions.[118]

Le Conseil approuvait, le 14 avril 1981, la demande présentée par la compagnie Les Communications par satellite canadien Inc. (CanCom) en vue d'exploiter un réseau visant la distribution par satellite d'émissions de radio et de télévision aux localités éloignées et mal desservies[119]. La société CanCom était autorisée à transmettre des signaux par satellite aux localités éloignées et à celles du Nord qui ne recevaient pas plus de deux signaux de télévision. La proposition de CanCom est fondée sur le consentement des radiodiffuseurs participants pour la distribution de leurs signaux. Pour le Conseil, cette proposition est la solution la plus satisfaisante pour offrir le service rapidement et sans interruption.

Initialement, CanCom ne devait distribuer que des signaux d'origine canadienne. Cependant, les pressions du marché l'amenèrent à réclamer la possibilité de distribuer les signaux des trois grands réseaux commerciaux américains et du réseau PBS.

118. CRTC, Avis public, 27 juin 1979, *Extension des services de radiodiffusion aux petites localités éloignées*, p. 9.
119. CRTC, Décision 81-252, 14 avril 1981, *Canadian Satellite Communications Inc.*

Dans sa décision de mars 1983[120], le CRTC autorisait CanCom à retransmettre sur son réseau les signaux des quatre réseaux [3+1] américains. En accordant cette autorisation, le Conseil invoquait un objectif d'égalisation de l'accès à l'écoute pour les populations des régions éloignées et mal desservies[121]. Ce faisant, il reconnaît les problèmes possibles susceptibles de se produire au niveau de la diffusion locale telles la contravention éventuelle aux droits d'auteur et la question connexe du consentement du radiodiffuseurs. Il s'attend à ce que les parties impliquées concluent des arrangements ou ententes nécessaires. Afin de permettre à CanCom de distribuer des signaux américains, le CRTC a défini deux notions clés, lors de la modification de sa licence, dans les conditions régissant le fonctionnement de cette entreprise: le marché principal et le marché secondaire. Au renouvellement de la licence de CanCom en 1985, certains intervenants ont fait remarquer que CanCom n'avait pas conclu d'accord avec les radiodiffuseurs aux fins d'une liaison ascendante pour leur réseau. Le CRTC réitère son souhait que les parties prennent des mesures pour prendre des arrangements contractuels et, en ce qui concerne les contraventions au droit d'auteur, il note que le Parlement étudie actuellement ces questions[122]. Effectivement en 1988, le Parlement adoptait des modifications à la *Loi sur le droit d'auteur* afin de réglementer la question des droits de retransmission.

2.2.2.3 Politiques tendant à influer sur la valeur des droits

Certaines politiques du CRTC visent à garantir que les radiodiffuseurs qui détiennent les droits de diffuser des émissions puissent en recouvrer la valeur dans le marché publicitaire canadien. Comme la retransmission de ces mêmes émissions contenues dans des signaux américains mettait à mal la capacité des diffuseurs canadiens à réaliser la valeur des droits de diffusion qu'ils détiennent sur ces émissions, le CRTC a mis en place des mécanismes visant à permettre la récupération par les radiodiffuseurs canadiens de la valeur des droits qu'ils détiennent. Ces politiques ont pour but de compenser les réductions de la valeur des droits détenus sur certaines émissions par les entreprises canadiennes qui résultent de la retransmission de ces émissions dans des signaux étrangers.

120. CRTC, Décision 83-126, 8 mars 1983, *Les Communications par satellite canadien Inc. – Norcom Telecommunications Ltd.*

121. Cette attitude a suscité plusieurs critiques, notamment de la part des détenteurs américains de droits sur les émissions retransmises. Voir à ce sujet: David W. TARRET, «Use of American Broadcast Signals by Canadian Cable Networks: The Canons decision», (1983) 32 *Buffalo L.R.* 731.

122. CRTC, Décision 85-423, 7 juin 1985, *Les Communications par satellite canadien Inc.*, p. 12.

a) La substitution de services de programmation identique par les entreprises de câble

La politique relative à la substitution de services de programmation identiques indique bien que le CRTC envisage la politique canadienne de radiodiffusion comme permettant la mise en oeuvre de conditions assurant la viabilité des activités des entreprises canadiennes de radiodiffusion. Le fait que cette mise en oeuvre peut conduire à ignorer les droits des radiodiffuseurs étrangers ne paraît pas constituer un obstacle à cette politique.

Les télédiffuseurs canadiens tirent une part importante de leurs revenus publicitaires de la diffusion de certaines émissions américaines pour lesquelles ils ont dûment acquis les droits exclusifs pour le Canada[123]. Les réseaux américains détiennent les droits pour le territoire américain. La politique du «3+1» permet l'importation des signaux américains par les entreprises de distribution sans égard aux droits exclusifs détenus sur les émissions.

En effet, le CRTC autorise la distribution de signaux américains captés en direct ou reçus à la frontière par des installations micro-ondes dans des régions où ils ne seraient pas normalement captées suivant la règle du «3+1»: l'entreprise ne peut distribuer plus de trois signaux commerciaux et un signal non commercial américains (une station affiliée à chacun des trois grands réseaux commerciaux américains ABC, CBS et NBC et une station affiliée au réseau PBS)[124].

123. *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 592.

124. Jusqu'en 1993, la distribution de stations de télévision non canadiennes entrées en ondes après le 1er janvier 1985 ainsi que la distribution additionnelle de services identiques de programmation de réseaux américains, faisaient l'objet d'une autorisation, même si ces services étaient captés en direct. Dans le cas de demande de télédistributeurs voulant distribuer des stations de télévision américaines récemment établies et situées près des frontières canadiennes, le Conseil tenait compte des répercussions de leur distribution sur les radiodiffuseurs canadiens situés dans ces marchés, particulièrement s'il était évident que l'auditoire cible et les recettes publicitaires de la station américaine comprenaient des localités avoisinantes canadiennes. En 1993, il assouplit sa politique à l'égard des stations indépendantes entrées en ondes après 1985 et captées en direct de la tête de ligne locale: il accorde une autorisation générale de distribution en mode ensemble au volets facultatifs de télévision payante, et dans le cas de distribution au service de base ou à un volet facultatif en clair à degré élevé de pénétration, l'autorisation sera sous réserve que la station américaine ne livre pas fortement concurrence sur le plan des recettes publicitaires canadiennes. Quant au dédoublement du signal de PBS capté en direct, le CRTC en autorisera la distribution au service de base ou à des volets facultatifs dans le provinces non desservies par un radiodiffuseur éducatif provincial. (Pour plus de détails, voir AP 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 28.)

Cette politique engendre, pour les télédiffuseurs canadiens, la perte des bénéfices de leurs droits exclusifs de diffusion sur les marchés locaux, régionaux ou nationaux canadiens.

Afin de pallier la perte de l'exclusivité des droits de diffusion sur les émissions subie par les télédiffuseurs canadiens, le CRTC a conçu une mesure réglementaire: la substitution simultanée des émissions identiques, qui est partie intégrante de la réglementation de la télédistribution depuis 1971[125]. Cette politique du Conseil, qui permet le remplacement des signaux de la station éloignée par ceux des stations locales ou régionales lorsqu'ils sont identiques, vise à redonner à la licence locale sa logique première et «profite aux stations locales, en rapatriant une certaine proportion des auditoires qu'elles auraient autrement perdus»[126].

Le *Règlement de 1986 sur la télédistribution* exige ainsi, dans certaines conditions, qu'une titulaire d'une licence aux fins d'exploiter une entreprise de câble comptant 6 000 abonnés ou plus (classe 1) retire le service de programmation d'une station de télévision afin d'y substituer le service de programmation identique d'une station de télévision locale ou d'une station de télévision régionale si cette dernière a priorité en vertu de l'article 9[127].

Cette substitution de services de programmation identiques n'est possible que si l'entreprise de câble a reçu une demande écrite en ce sens du radiodiffuseur exploitant la station locale ou régionale au moins sept jours avant la date de diffusion[128] ou, s'il y a eu une entente entre l'entreprise de câble et le radiodiffuseur afin que ce

125. Voir: CRTC, Avis public, 16 juillet 1971, *La radiodiffusion canadienne «un système unique» – Exposé de politique sur la télévision par câble*, p. 26.

126. CRTC, Avis public, 26 mars 1979, *La télévision par câble – Révision de certains aspects des services de programmation*, 4 R.T.C., p. 898.

127. *Règlement de 1986 sur la télédistribution*, (1986) 120 *Gaz. Can.* II, 3334, modifié par (1987) 121 *Gaz. Can.* II, 2820; (1988) 122 *Gaz. Can.* II, 3237; (1989) 122 *Gaz. Can.* II, 2424; (1990) 124 *Gaz. Can.* II, 2326; (1991) 125 *Gaz. Can.* II, 599 et 3204; (1992) 126 *Gaz. Can.* II, 4147; (1993) 127 *Gaz. Can.* II, 3077; (1994) 128 *Gaz. Can.* II, 905, 1323, 2176, 2818, 2819 et 2973; (1995) 129 *Gaz. Can.* II, 1954, art. 20(2), voir l'article 2 pour les définitions de «station de télévision locale» et «station de télévision régionale». Pour l'application de cet article quant à la substitution de services de programmation identiques, une autorité éducative responsable d'un service de programmation de télévision éducative est assimilée à une station de télévision locale en vertu de l'article 20(1) du règlement.

128. *Règlement de 1986 sur la télédistribution*, art. 20(2a). L'article 20(6) précise que si plus d'un radiodiffuseur demande la substitution, la préférence doit être accordée au service de programmation de la station de télévision qui a la priorité en vertu de l'article 9 du règlement.

dernier procède lui-même au retrait et à la substitution du service au moyen d'un dispositif de commutation actionné à la station[129].

En 1994, le CRTC a modifié sa politique du 3+1 en autorisant la distribution au service de base de trois des quatre services de réseaux commerciaux américains en plus du service non commercial PBS, de même que la distribution à titre facultatif d'un quatrième service de réseau commercial américain (Fox), sous réserve des règles relatives à l'assemblage. Les interventions défavorables soulevaient entre autres des préoccupations concernant la substitution identique et les droits d'auteur. Mais, dans sa décision, le CRTC ne reprend pas les préoccupations concernant le droit d'auteur[130].

L'obligation de substitution de services de programmation identiques par les entreprises de câble témoigne de leur rôle de distributeurs locaux de service de radiodiffusion. Elle a pour but de permettre aux stations canadiennes de récupérer l'écoute et, par le fait même, la valeur commerciale des émissions qui sont également diffusées par les stations américaines[131]. Cette obligation met également en évidence le fait que le CRTC peut en venir à ignorer les droits des radiodiffuseurs étrangers pour en arriver à ses fins.

b) La substitution de services de programmation identique pour les entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe

Le 30 août 1994, le CRTC publiait son *Ordonnance d'exemption relative aux entreprises canadiennes de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD)*[132]. À la suite d'un examen de la politique du gouvernement concernant la radiodiffusion par SRD où l'on recommande entre autres la révocation de l'ordonnance d'exemption, le gouverneur en conseil publiait deux décrets qui donnaient des ins-

129. *Id.*, art. 20(2b). Il est possible, pour une entreprise de câble, de mettre fin à la substitution si elle constate, après vérification, que les services de programmation ne sont pas identiques ou ne le sont plus (art. 20(5)). Des services de programmation sont considérés comme étant «identiques» si au moins 95% de leurs composantes visuelles et sonores, à l'exclusion des messages publicitaires et de toute partie des services distribués par un signal secondaire, sont les mêmes et sont diffusées simultanément (art. 2).

130. Voir CRTC, Avis public 1994-107, 29 août 1994, *Préambule aux décisions CRTC 94-702 à 94-705 – Approbation de la télédistribution des signaux d'affiliés du réseau de la Fox*.

131. Sur l'effet de *l'Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis* sur ces mécanismes, voir: Pierre TRUDEL et Pearce ABRAN avec la collaboration de Lucie Guibault, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991, p. 108 et s.

132. CRTC, Avis public 1994-111, 30 août 1994.

tructions au CRTC sur les politiques visant à régir l'attribution de licences d'exploitation d'entreprises de distribution par SRD et d'entreprises de programmation à la carte distribuée par SRD respectivement[133].

Le 20 décembre 1995, le CRTC autorisait ainsi deux entreprises de distribution par SRD[134]. À cette occasion, le CRTC fait remarquer que la protection des droits des émissions achetés par les entreprises canadiennes de programmation de télévision est essentielle pour préserver l'intégrité du marché des droits au Canada et pour protéger les assises publicitaires des stations de télévision locales et régionales, et ce afin de leur permettre de s'acquitter de leurs engagements en matière de programmation canadienne. Le CRTC oblige les entreprises de distribution par SRD à certaines règles de substitution et de retrait d'émissions:

- retrait d'un service de télévision non canadien et substitution de la programmation de l'entreprise de programmation de télévision canadienne si la programmation est identique (lorsque l'entreprise de SRD distribue les deux);
- retrait de la programmation reçue par les abonnés qui habitent dans le périmètre de rayonnement de classe B de toute entreprise canadienne de programmation de télévision dans le cas où les émissions distribuées par SRD sont identiques à la programmation diffusée par l'entreprise canadienne de programmation de télévision et diffusées en même temps ou au cours de la même semaine de radiodiffusion.

Dans l'ensemble, ces distributeurs sont assujettis à des règles et obligations semblables aux autres distributeurs (prédominance d'émissions canadiennes, assemblage, distribution prioritaire, accès juste et raisonnable...). On exige d'eux et des entreprises de télévision à la carte distribuées par SRD une contribution financière de 5% des revenus bruts à la production d'émissions canadiennes dont l'administration est indépendante de l'entreprise[135]. Le CRTC demeure à l'égard de ces nouvelles entreprises fidèle à l'approche développée à l'égard de la câblodistribution: il pose le problème en termes de transfert de fonds vers la production plutôt qu'en termes de droit d'auteur.

Ainsi, le CRTC se préoccupe de protéger le caractère exclusif des droits détenus par les radiodiffuseurs canadiens, et même si cela peut le mener à méconnaître les droits des radiodiffuseurs américains. Lorsqu'il s'agit de départager les conséquences financières des autorisations qu'il accorde et qui ont pour effet d'accroître l'aire de diffusion des programmes, le CRTC s'en remet aux négociations des parties ou aux instances chargées de régir les droits d'auteur.

2.2.2.4 Politiques favorisant de nouvelles utilisations des oeuvres

Les avancés de la technique rendent possible la mise en place de nouvelles formes d'entreprises de radiodiffusion. En accueillant ces nouveaux modes de diffusion et de distribution dans le cadre défini par la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC influe sur le niveau d'utilisation des oeuvres.

a) Les nouvelles entreprises de programmation

Le développement des nouvelles capacités de diffusion et de transmission engendre de nouvelles possibilités de diffusion des oeuvres. Face à ces nouveaux véhicules, le CRTC a tenu une politique axée sur la stimulation de la production canadienne.

i) Les réseaux satellite-câble

Les entreprises de programmation qui exploitent des réseaux satellite-câble se distinguent de celles exploitant des réseaux conventionnels par le type d'affiliés et la nature du service. Bien qu'assumant eux aussi le statut de programmateur, les réseaux satellite-câble ont, comme leur nom l'indique, pour affiliés des câblodistributeurs et non des entreprises d'émission de radiodiffusion. De plus, ces réseaux assument l'entière responsabilité de la programmation des émissions et de la publicité, le cas échéant.

133. Voir *Décret d'instructions au CRTC (entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD))*, C.P. 1995-1105, 6 juillet 1995; (1995) 129 Gaz. Can. II, 1924 et *Décret d'instructions au CRTC (entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite de radiodiffusion directe (SRD))*, C.P. 1995-1106, 6 juillet 1995; (1995) 129 Gaz. Can. II, 1928.

134. Voir les décisions 95-901, *ExpressVu Inc.* et 95-902, *Power Direct TV*, du 20 décembre 1995. AP 1995-217, 20 décembre 1995, *Préambule-Attribution de licences d'exploitation de nouvelles entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD) et de nouvelles entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite*, p. 16.

135. Voir *Décret d'instructions au CRTC (entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD))*, art. 3c) et AP 1995-217, 20 décembre 1995, *Préambule - Attribution de licences d'exploitation de nouvelles entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD) et de nouvelles entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite*, p. 16; voir les décisions 95-901, *ExpressVu Inc.* et 95-902, *Power Direct TV*, du 20 décembre 1995.

L'ensemble de leur programmation est transmis, via satellite, aux affiliés, les câblodistributeurs, qui le distribuent à leurs abonnés sans modifier le signal, si ce n'est, dans certains cas, pour le coder de manière à le rendre disponible aux seules personnes qui se sont spécifiquement abonnées à leurs services.

En plus des entreprises canadiennes qui détiennent des licences pour l'exploitation des réseaux satellite-câble, il y a plusieurs autres entreprises qui exploitent partiellement ou totalement sur le territoire canadien des réseaux satellite-câble sans toutefois détenir de licences. Parmi celles-ci, on compte un certain nombre d'entreprises américaines avec lesquelles les câblodistributeurs canadiens sont autorisés à s'affilier.

Parmi les réseaux satellite-câble détenant une licence, certains ont conclu des contrats d'affiliation avec des entreprises de câblodistribution, principalement pour fixer des dispositions d'ordre pécuniaire.

La responsabilité de ces entreprises pour les droits d'auteur est réglée par l'article 3(1.4) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui prévoit que toute transmission par une personne d'une oeuvre, par télécommunication, communiquée au public par une autre – sauf le retransmetteur d'un signal, au sens du paragraphe 28.01(1) – constitue une communication unique. Les personnes impliquées dans une entreprise de programmation sont solidairement responsables du paiement des redevances afférentes à toute transmission d'oeuvre par télécommunication au public[136].

L'entreprise de programmation telle qu'entendue dans le cadre de la *Loi sur le droit d'auteur* est donc une réalité résultant de l'action conjuguée des entreprises de programmation telles que définies dans la *Loi sur la radiodiffusion* et des entreprises de distribution telles que définies par cette dernière loi. Leur action conjuguée a pour résultat la diffusion des oeuvres vers le public. Elles sont, de ce fait, solidairement responsables de cette communication au public face aux ayants droit. Le principe de la responsabilité solidaire régit donc les relations entre l'entreprise de programmation telle qu'entendue dans le cadre de la *Loi sur le droit d'auteur* et les ayants droit.

Par cette réglementation, le gouvernement vient poser une règle destinée à déterminer les responsabilités des entreprises de programmation et des entreprises de distribution en matière de droit d'auteur. Si l'on s'en remet à la *Loi sur la radiodiffusion*, l'entreprise de

136. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1.4).

distribution n'exerce pas de maîtrise sur la teneur de la programmation de l'entreprise de programmation, mais comme elle tire un bénéfice de la transmission de cette programmation, elle assume une responsabilité solidaire.

Voilà qui illustre une situation où le gouvernement prend la réalité d'une entreprise de radiodiffusion telle que modelée par le CRTC et vient prévoir les conditions dans lesquelles devra être assumée la responsabilité relativement aux droits d'auteur.

De son côté, le CRTC s'en tient, à l'égard de ces entreprises, à une politique visant à amener les entreprises à investir dans la production. Par exemple, au moment où le CRTC lui a accordé sa licence en 1984, MuchMusic a proposé de fournir 2,4% de ses recettes brutes en redevances d'interprétation aux organismes concernés de protection des droits d'interprétation. Elle a même indiqué qu'elle serait disposée à augmenter ce taux après des négociations équitables. Le CRTC a répondu qu'il s'attendait à ce que la titulaire entreprenne ces négociations et l'informe des résultats de celles-ci[137]. En 1987, le CRTC constatait qu'au cours des trois premières années d'exploitation, MuchMusic a consacré 100 000$ par année ou 2,4% de ses recettes brutes au financement de la production de vidéos canadiens par l'entremise de VideoFACT, organisme instauré par elle pour stimuler la production de musique vidéo canadienne[138].

ii) La distribution des services spécialisés et payants étrangers

En 1982, l'introduction de nouveaux services, ceux notamment de la télévision payante, a amené le Conseil à réviser la structure de distribution des services de télévision[139]. En effet, ces services dont plusieurs sont offerts à titre de services facultatifs pour les abonnés favorisent la diversité par l'augmentation des services de programmation; ils peuvent également engendrer un fractionnement de l'auditoire et mettre en péril la viabilité des services locaux de radiodiffusion[140]. D'où la nécessité, selon le Conseil, d'établir un ensemble de principes présidant à la détermination des conditions de distribution des services de programmation pour les entreprises de

137. Décision 84-338, 2 avril 1984, *Demandes de licence de réseau pour distribuer un service canadien d'émissions spécialisées de musique*, p. 10.
138. CRTC, Décision 87-902, 30 novembre 1987, *CHUM Ltd.*
139. Voir: CRTC, Avis public 1982-65, 7 juillet 1982, *Etagement des services de télévision par câble et services de télévision payante universel – Appel d'observations.*
140. Voir: CRTC, Avis public 1982-245, 26 octobre 1983, *Etagement des services de télévision par câble et Service universel de télévision payante.*

télévision par câble. Là encore, s'est posée la question des droits d'auteur.

Mais la distribution de services spécialisés étrangers a principalement été envisagée par le CRTC, en termes de contribution de la télévision par câble au système canadien de radiodiffusion en échange de cette autorisation de distribuer ces services étrangers[141]. Le CRTC est d'accord avec ceux qui voient dans la distribution de ces services étrangers la possibilité d'un afflux de revenus susceptibles d'être investis dans les émissions canadiennes. Certains intervenants ont fait des suggestions à cet égard: l'imposition d'un supplément pour la réception de signaux importés, les revenus d'un tel prélèvement étant destinés à la production d'émissions canadiennes; un droit sur les revenus bruts provenant de la télévision par câble; l'amélioration des programmes fiscaux...

Dès 1983, le CRTC a mis sur pied un comité consultatif pour étudier les divers mécanismes de financement pour compenser les effets sur les diffuseurs canadiens de cette autorisation[142]. Ce n'est qu'en 1993 que le CRTC exige des câblodistributeurs le versement d'un pourcentage de leur revenu brut dans un fonds pour la production d'émissions canadiennes.

À défaut d'une contribution financière directe, le Conseil a imposé aux entreprises de télévision par câble des règles de distribution des services de programmation qui cherchent à assurer la viabilité des services de programmation canadiens. Le Conseil limite le nombre de canaux alloués à la distribution des services étrangers et exige l'assemblage obligatoire d'un service étranger avec au moins un service canadien de service spécialisé ou de télévision payante. Ces exigences sur l'assemblage des services de programmation ont pour but d'aider à l'implantation et à la commercialisation des services de télévision payante et des services spécialisés canadiens dans le marché des services facultatifs en s'assurant que l'implantation ordonnée des services spécialisés étrangers contribue à ce succès.

En 1987, le CRTC ajoutait une disposition dans les règles relatives à l'assemblage en vue de minimiser les répercussions sur l'industrie canadienne de la télévision payante de la migration de certains services spécialisés canadiens au service de base des entreprises de câble. Certains superstations et services spécialisés américains peuvent être assemblés exclusivement avec des services canadiens de télévision payante (Partie B de la liste des services par

141. *Id.*, p. 15.
142. *Id.*, p. 16.

satellites). À cette occasion, il estimait que les titulaires désirant distribuer ces services devraient négocier avec les fournisseurs américains et ajouter au tarif à payer un montant à titre de compensation pour les droits d'auteur en attendant les modifications pertinentes à la loi canadienne sur le droit d'auteur[143]. En 1988, alors qu'il autorisait cinq services américains supplémentaires devant être assemblés avec des services de télévision payante, le CRTC réitérait sa suggestion de la façon suivante:

> d'ici à ce que des modifications à la loi canadienne sur le droit d'auteur soient apportées, les télédistributeurs décidant de distribuer n'importe lequel de ces cinq services devraient négocier avec les fournisseurs étrangers ou les détenteurs de droit d'auteur de ces services en vue d'inclure dans le tarif à payer à ces distributeurs un montant approprié à titre de compensation pour les droits d'auteur.[144]

En 1993, lors de l'audience sur la structure de l'industrie de la télédistribution, le CRTC modifiait quelque peu sa politique sur l'ajout aux listes des services par satellite admissibles. À cette occasion, il précise que lorsqu'il envisagera l'ajout d'un service non canadien, il s'attendra à ce que le fournisseur de service ait obtenu les droits de distribution nécessaires pour la programmation qu'il distribue au Canada; de plus, il s'attendra à ce que le fournisseur de services non canadiens existants ait obtenu les droits canadiens. Il peut même exiger une preuve à cet effet[145].

iii) La diffusion selon la technologie numérique

La technologie numérique permet la reproduction du son d'une qualité comparable à celle du disque compact[146]. La diffusion selon la technologie numérique constitue ainsi un nouveau mode d'utilisation des oeuvres. Il n'est alors pas étonnant qu'à chaque fois que le CRTC s'est penché sur cette question, que ce soit à l'occasion de l'implantation de la radio audionumérique ou de la programmation numérique sonore payante distribuée par câble ou par satellite, plusieurs inter-

143. CRTC, Avis public 1987-260, 30 novembre 1987, *Préambule des Décisions CRTC 87-895 à 87-906: Services canadiens d'émissions spécialisées et de télévision payante*, p. 75.
144. CRTC, Avis public 1988-57, 13 avril 1988, *Services canadiens d'émissions spécialisées et de télévision payante: Modifications au Règlement de 1986 sur la télédistribution*, p. 9.
145. CRTC, Avis public 1993-74, 6 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 35.
146. Voir: Pierre C. BELLANGER, *La radio du futur*, Paris, Armand Colin, 1992, p. 44 et s.

venants ont soulevé des préoccupations relativement aux droits d'auteur.

Radiodiffusion audionumérique

La radiodiffusion audionumérique se «rapporte à la transmission et à la réception en direct de signaux radio au moyen de la technologie numérique»[147]. Le CRTC estime que la radio numérique deviendra une technique de remplacement des services de radio AM et FM en place. Le 29 octobre 1995, il publiait le premier volet de sa démarche à l'égard de l'implantation de la radiodiffusion numérique au Canada où il établit le processus d'attribution conditionnelle de licences à des entreprises de radio numérique et ce sur une base transitoire, en attendant une instance publique où l'on examinerait tous les aspects de la radiodiffusion numérique à long terme (prévue à l'automne 1996)[148]. Plusieurs intervenants ont soulevé des questions relatives aux droits d'auteur. Le CRTC mentionne alors que «le mandat qu'il détient en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* fait en sorte qu'il ne constitue pas l'organisme le plus approprié pour traiter des questions de droits d'auteur»[149].

La programmation numérique sonore distribuée par câble

Le 25 juin 1993, le CRTC accordait deux licences d'exploitation d'entreprises de programmation sonore du satellite au câble à la Shaw Cablesystems Ltd. au nom de la DMX Canada Ltd. et à Cogeco[150]. Ces deux entreprises proposaient chacune un service de musique, composé d'enregistrements numériques, transmis du satellite aux télédistributeurs pour être mis à la disposition de leurs abonnés sur une base facultative moyennant un tarif d'abonnement.

Au moment de l'attribution des licences, des intervenants se sont inquiétés, entre autres, de l'insuffisance des plans des requérantes relatifs au versement d'indemnités aux détenteurs de droits d'auteur[151]. Le CRTC répond que la *Loi sur le droit d'auteur*, récemment modifiée, contient une disposition prévoyant un mécanisme visant à établir les droits qui devront être versés par les entreprises de radiodiffusion pour l'utilisation du matériel protégé par le droit d'auteur. En attendant que la Commission du droit d'auteur rende une décision concernant une structure adéquate régissant le paiement de droits par ces nouveaux services, le CRTC note l'engagement des deux requérantes de verser, dans l'intervalle, 2% de leurs recettes brutes aux personnes titulaires de droits d'auteur et souligne la proposition de Cogeco d'adopter une échelle mobile pour ces paiements qui augmente en fonction des revenus bruts[152].

À la suite de la publication des deux décisions du CRTC, le gouverneur en conseil a renvoyé, en septembre 1993, les décisions au CRTC pour un nouvel examen portant sur les questions telles:

- Pourquoi on préconise l'utilisation des installations canadiennes de télécommunications pour la distribution de la programmation canadienne au lieu d'installations non canadiennes?
- Pourquoi les services ne sont pas offerts dans toutes les régions du Canada?
- Pourquoi les entreprises ne peuvent pas utiliser plus de contenu musical canadien?
- Pourquoi le CRTC a approuvé des niveaux différents de contenu canadien pour les deux services?[153]

En réponse à ces questions, Cogeco proposait, entre autres, d'augmenter le niveau minimum de contenu canadien (de 12% à 17%) et de modifier ses engagements relatifs au paiement de droits d'auteur en les faisant passer de 2% des recettes brutes annuelles à un montant d'environ 20% de ses recettes annuelles provenant des tarifs de gros, montant qui serait imposé aux abonnés à titre de frais imputables. Selon ses prévisions, les détenteurs de droits d'auteur recevraient ainsi un montant douze fois supérieur à ce qui était initialement prévu sur une période de sept ans. Elle proposait également de devenir un service monopolistique jouissant de l'exclusivité territoriale. Selon elle, cette volte-face s'explique, notamment, par les coûts supplémentaires de ses engagements relatifs au contenu ca-

147. CRTC, Avis public 1995-95, 14 juin 1995, *Appel d'observations sur le projet de démarche relative à l'implantation de la radio numérique*, p. 1-2.
148. CRTC, Avis public 1995-184, 29 octobre 1995, *Politique régissant l'implantation de la radio numérique*.
149. *Id.*, p. 14.
150. Voir Décision 93-236, 25 juin 1993, *Cogeco Radio-Télévision Inc.*, Nouvelle entreprise de programmation sonore payante (Radio numérique canadienne) et D. 93-235, 25 juin 1993, *Shaw Cablesystems Ltd. au nom de DMX Canada Ltd.*, Nouvelle entreprise de programmation sonore payante (Select Digital Music).
151. CRTC, Avis public 1993-94, 25 juin 1993, *Attribution de licences d'exploitation de deux nouvelles entreprises de programmation sonore du satellite au câble*, p. 5.
152. *Id.*, p. 7.
153. Voir Décret C.P. 1993-1799 du 23 septembre 1993 et Décision 94-670, *Shaw Cablesystems Ltd. on behalf of DMX Canada Ltd. et Cogeco Radio-Télévision Inc.*, Nouvel examen des décisions CRTC 93-235 et CRTC 93-236 concernant des demandes de licences d'exploitation de nouvelles entreprises de programmation sonore payante.

nadien et sur les sommes versées aux détenteurs de droits d'auteur. Le tarif de gros majoré qu'elle devrait imposer aux télédistributeurs affiliés de même que les frais imputables proposés à l'égard du paiement de droits d'auteur l'empêcheraient de livrer concurrence à la Shaw[154].

En discutant de la question de l'utilisation du contenu canadien, le CRTC souligne les préoccupations soulevées par les organismes représentant les artistes, musiciens et compositeurs canadiens à l'égard des conséquences éventuelles des services audionumériques en ce qui touche à leurs intérêts. Il fait remarquer que ses décisions initiales étaient basées sur une réévaluation du contenu canadien en fonction des résultats financiers et qu'il a tenu compte des coûts de transmission par satellite de canaux de programmation produite au Canada par rapport à la viabilité de tels services. Quant à la question du paiement de droits d'auteur, il fait remarquer que depuis le 1er janvier 1994, les titulaires de droits d'auteur disposent d'une mesure législative par laquelle ils peuvent revendiquer ce qui leur est dû. Mais le CRTC décide de refuser les deux demandes en raison des modifications substantielles aux demandes après la publication du décret, Cogeco voulant l'exclusivité territoriale et la Shaw, la concurrence. De plus, le CRTC ne croit pas que le service proposé par Cogeco pourrait attirer un nombre suffisant de télédistributeurs affiliés et leurs abonnés pour assurer sa viabilité, même si on lui accordait l'exclusivité territoriale, étant donné les tarifs de gros plus élevés et les frais imputables liés aux droits d'auteur[155].

La programmation numérique sonore distribuée par satellite

Le 20 décembre 1995, le CRTC autorisait quatre services de programmation numérique sonore payante (DMX Canada[156], Power Music Choice[157], Allegro[158] et Galaxie[159]) pour fins de distribution par toutes les entreprises de distribution. CWP Partnership, qui veut offrir le service Allegro, a proposé d'établir une réserve pour les détenteurs de droits dans laquelle serait conservée une partie des recettes brutes annuelles du service aux fins des paiements aux détenteurs de droits d'auteur et à ceux qui cherchent à faire valoir de nouveaux droits juridiques; un taux moyen d'environ 13% des recettes brutes pour la période d'application de la licence était estimé à cet effet[160]. Les sommes non versées aux détenteurs de droits seraient attribuées entre FACTOR (60%) et MusicAction (40%). Et ces sommes versées ne seraient jamais inférieures à 10% de la valeur de la réserve des détenteurs de droits, même si la réserve elle-même était complètement épuisée par les paiements aux détenteurs de droits.

154. Voir Décision 94-670.
155. *Ibid.*
156. CRTC, Décision 95-911, 20 décembre 1995, *DMX Canada (1995) Ltd.* DMX entend offrir 35 canaux de musique dont 10 seront produits au Canada.
157. CRTC, Décision 95-912, 20 décembre 1995, *M. Peter Kruyt, au nom d'une société devant être constituée.* Power Music Choice offrira 12 canaux dont 6 seront produits au Canada.
158. CRTC, Décision 95-913, 20 décembre 1995, *Les Communications par satellite canadien Inc., la Westcom Radio Group Ltd. et la Polmara Radio Inc. associés dans une société en nom collectif qui sera appelée la CWP Partnership.* Le service Allegro sera composé de 12 canaux, tous produits au Canada.
159. CRTC, Décision 95-914, 20 décembre 1995, *La Société Radio-Canada.* Au début de son exploitation, le service Galaxie offrira 30 canaux, tous produits au Canada.

Le CRTC n'a pas, comme tel, discuté de cette proposition. Il estime cependant que toutes les titulaires doivent apporter une contribution au développement des talents canadiens. À cet égard, il assimile les entreprises de programmation sonore payante aux stations de radio en exigeant d'elles la même contribution, soit l'obligation, au moyen d'une condition de licence, de verser annuellement un montant de 4% des recettes brutes à un tiers admissible associé au développement des talents canadiens (FACTOR, MusicAction, organismes de musique nationaux et provinciaux, troupes et écoles d'arts d'interprétation et récipiendaires de bourses)[161].

Cet épisode met une fois de plus en relief le fait que le CRTC envisage la problématique des versements financiers aux créateurs dans une perspective d'obligation pour les diffuseurs de contribuer à la production canadienne. Il n'est pas prêt à reconnaître que les paiements de droits d'auteur sont en eux-mêmes suffisants pour constituer cette contribution attendue.

ii) Les entreprises de télévision à la carte

La télévision à la carte est considérée comme un nouveau moyen de diffuser les contenus télévisuels et une nouvelle source de contributions financières pour la création de contenu canadien.

160. CRTC, Décision 95-913, *supra*, note 158.
161. Avis public 1995-218, 20 décembre 1995, *Attribution de licences à quatre nouvelles entreprises de programmation sonore payante*, p. 4. Voir également la politique révisée du CRTC concernant la contribution des stations de radio au développement des talents canadiens, AP 1995-196, 17 novembre 1995, *Contributions des stations de radio au développement des talents canadiens – Une nouvelle démarche*

Dans le *Décret d'instructions au CRTC [entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite de radiodiffusion directe (SRD)]*, il est ordonné entre autres au CRTC[162]:

- «d'interdire à l'entreprise, par les moyens qui conviennent, d'acquérir le droit exclusif ou tout autre droit privilégié de distribution de la programmation de télévision à la carte au Canada, y compris les longs métrages» (art. 5a)).

Lorsque le CRTC a accordé des licences d'entreprise de télévision à la carte d'intérêt général distribuée par SRD[163], il a imposé comme condition de licence aux titulaires:

- l'interdiction d'acquérir le droit exclusif ou tout autre droit privilégié de distribution de la programmation de télévision à la carte.

Le CRTC précise:

> Parce que l'expression «droits privilégiés» a une portée générale et qu'elle pourrait faire l'objet de différentes interprétations à la lumière des cas particuliers en cause, le Conseil juge préférable, lorsqu'il traite les plaintes au sujet de l'acquisition de droits privilégiés, de permettre aux parties de cerner les questions comme elles en auront décidé et de faire valoir leurs points de vue respectifs quant à ce qui constitue une infraction à la condition de licence, sur une base individuelle.

Cette mesure découle d'une crainte exprimée par le gouvernement et le *Groupe de travail sur la politique sur les satellites de radiodiffusion directe*: comme les entreprises de distribution par SRD ont une surface de diffusion «nord-américaine», il est possible que l'on cherche à obtenir les droits de distribution nord-américains sur les émissions plutôt que les droits locaux, régionaux ou nationaux, limitant ainsi l'accès concurrentiel aux émissions[164]. La non-exclusivité des droits de télévision à la carte a pour objet d'assurer que toutes les

162. *Décret d'instructions au CRTC (entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite de radiodiffusion directe (SRD))*, Décret C.P. 1995-1106, 6 juillet 1995; (1995) 129 *Gaz. Can.* II, 1928.

163. D. 95-904, 20 décembre 1995, *Les associés de Viewer's Choice Canada*, D. 95-905, 20 décembre 1995, *Allarcom Pay Television Limited* (Home Theatre), D. 95-906, 20 décembre 1995, *Joel Bell, au nom d'une société devant être constituée* (Power DirecTicket).

164. Voir *Document de travail concernant la politique relative aux entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe*, Avis du gouvernement, (1994) *Gaz. Can.* I, 4505, p. 4509-4510 et *La radiodiffusion directe à domicile par satellite – Le rapport du groupe de travail*, avril 1995, p. 26-27.

entreprises de télévision à la carte aient un accès garanti à la programmation de télévision à la carte. On reconnaît que la logique des droits exclusifs doit s'appliquer différemment dans le marché de la télévision à la carte.

D'ailleurs, le CRTC reconnaissait déjà ce fait lors du renouvellement du service Viewer's Choice, service de télévision payante offrant un service à la carte à des télédistributeurs affiliés de l'Est du Canada, lorsqu'il exprime qu'il «s'attend que la titulaire respecte son engagement de ne pas acheter de films ou d'événements sur une base exclusive, pour maintenir ainsi le même «marché ordonné» qui existait avant l'entrée en exploitation de la VCC en ce qui a trait aux vitrines d'émissions»[165].

Le *Décret d'instructions au CRTC [entreprises de programmation de télévision à la carte distribuée par satellite de radiodiffusion directe (SRD)]* ordonne de plus au CRTC:

- «d'appliquer, en prenant en compte le nombre total de canaux que l'entreprise consacre à la fourniture de son service, des règles comparables ou équivalentes à celles qui s'appliquent aux autres entreprises de programmation de télévision à la carte, en ce qui touche [...] les sommes à verser par l'entreprise aux détenteurs de droits à l'égard des films et événements canadiens qu'elle diffuse» (art. 5c)).

Le CRTC a imposé aux titulaires d'entreprises de télévision à la carte d'intérêt général distribuée par SRD[166] les conditions de licence suivantes (dont les deux premières sont comparables à celles applicables au service à la carte Viewer's Choice offert par la télévision payante aux télédistributeurs[167]):

165. CRTC, Décision 95-71, 28 février 1995, *Viewer's Choice Canada*.

166. D. 95-904, 20 décembre 1995, *Les associés de Viewer's Choice Canada*, D. 95-905, 20 décembre 1995, *Allarcom Pay Television Limited* (Home Theatre), D. 95-906, 20 décembre 1995, *Joel Bell, au nom d'une société devant être constituée* (Power DirecTicket).

167. Voir CRTC, Décision 95-71, 28 février 1995, *Viewer's Choice Canada*. Les conditions de licence de ce service portent entre autres sur l'obligation de distribuer des films canadiens, au moins 12 longs métrages canadiens, y compris tous les nouveaux longs métrages canadiens pouvant être distribués au service de télévision à la carte et conformes aux normes et pratiques de programmation de la télévision payante. L'entreprise a également l'obligation de diffuser, pour chaque année de diffusion, au moins quatre événements se déroulant au Canada. La titulaire doit verser aux détenteurs de droit de tous les films canadiens et aux détenteurs des droits de deux événements se déroulant au Canada la totalité des recettes nettes générées par la diffusion de ces films et événements.

- de verser aux détenteurs de droits de tous les films canadiens la totalité des recettes obtenues par la titulaire pour la diffusion de ces films;
- de verser aux détenteurs de droits de deux événements (sur 4) se déroulant au Canada la totalité des recettes obtenues par la titulaire pour la diffusion de ces deux événements;
- de veiller à ce que les recettes brutes de télévision à la carte générées par un long métrage soient partagées également entre elle, le distributeur par SRD et le détenteur de droits de diffusion. Ce partage de 1/3 des recettes permet, selon le CRTC, de maintenir la stabilité du marché en garantissant qu'aucune titulaire n'est pressée indûment d'accepter une hausse des coûts de la programmation (ce qui risquerait d'arriver en autorisant la concurrence);
- d'acheter les droits de diffusion, autres que de propriété, pour les longs métrages auprès de distributeurs canadiens (les productions autres que les exceptions prévues dans la politique actuelle d'Investissement Canada qui définit les droits de propriété comme les droits de distribution dans le monde entier détenus par l'autorisant ou pour lesquels l'autorisant a fourni au moins la moitié du coût de la création du film). L'imposition de cette condition de licence découle d'une demande de l'Association canadienne des distributeurs et exportateurs de films et parce que le CRTC considère que cette exigence apporterait un appui solide à l'industrie canadienne de distribution des films, moteur important du système canadien de radiodiffusion.

Là encore, on relève le souci de mettre en place un cadre réglementaire reflétant les exigences de la *Loi sur la radiodiffusion*. Pour ce faire, le CRTC n'hésite pas à interdire certains modes d'acquisition des droits qui pourraient donner lieu à des pratiques préjudiciables.

La réglementation du secteur de la vidéo sur demande n'échappe pas à ce souci du CRTC. En 1994, le CRTC a établi des critères d'exemption pour les essais techniques de vidéo sur demande[168]. Pour être exemptées de l'obligation de détenir une licence et des autres exigences réglementaires, les entreprises expérimentales de programmation de vidéo sur demande doivent, entre autres, acquérir les droits de distribution:

168. CRTC, Avis public 1994-118, 16 septembre 1994, *Ordonnance d'exemption relative aux entreprises expérimentales de programmation vidéo sur demande*.

- d'un service à la carte canadien exploité dans le même territoire, dans le cas de tout long métrage destiné à l'origine aux salles de cinéma;
- d'un service de programmation autorisé par le Conseil, dans le cas de toute autre émission destinée à l'origine à la télévision conventionnelle;
- des établissements d'enseignement qui détiennent les droits, dans le cas d'une programmation composée de matériel en cours.

Le CRTC cherche ainsi à éviter que les entreprises de programmation de vidéo sur demande exemptées ne nuisent à l'acquisition de droits de diffusion commerciale par les entreprises de programmation autorisées. Cette exigence concrétise sa position exprimée en 1993 lors de l'audience publique sur la structure de l'industrie et selon laquelle «les services de radiodiffusion et de télécommunications doivent maintenant explorer des occasions d'entreprises en collaboration en vue de renforcer le système canadien de la radiodiffusion»[169].

b) La perspective des autoroutes de l'information

Les avancés de la technologie numérique atténuent les différences entre l'univers des télécommunications et ceux de l'audiovisuel et même des autres activités culturelles. Il est de plus en plus envisageable de réaliser dans des environnements de télécommunications ce qu'on croyait constituer l'apanage de l'audiovisuel. Inversement, des entreprises vouées jusqu'ici à la transmission de programmes sont en mesure d'offrir des facilités transactionnelles que l'on croyait, par nature, réservées aux environnements de la télécommunication. Cette convergence emporte la nécessité de revoir les catégories fondamentales à partir desquelles était jusqu'ici envisagé le cadre juridique de la radiodiffusion et de la télécommunication. Le 11 octobre 1994, le gouvernement donnait instruction au CRTC de recueillir des renseignements, de solliciter des opinions et de faire rapport sur des questions relatives à la convergence des technologies de l'information[170].

169. Voir, CRTC, Avis public 1994-33, 23 mars 1994, *Appel d'observations – Projet d'ordonnance d'exemption relative aux entreprises expérimentales de programmation vidéo sur demande*, p. 3 et Avis public 1993-74, 3 juin 1993, *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, p. 10.

170. Décret C.P. 1994-1689, 11 octobre 1994.

Dans *Concurrence et culture sur l'autoroute de l'information: gestion des réalités de transition*[171], le CRTC souligne que plusieurs intervenants, principalement de l'industrie de la production, sont préoccupés par la question des droits d'auteur et veulent l'assurance qu'ils seront fonctionnels sur l'autoroute de l'information. On craint que les copies parfaites susceptibles d'être produites par la technologie numérique entraînent des violations du droit d'auteur et compliquent le processus d'obtention ou de négociation de droits.

Les intervenants ont soutenu qu'il faut garantir que les producteurs et créateurs soient dédommagés pour l'utilisation de leurs œuvres à défaut de quoi ils ne voudront pas placer leurs œuvres dans le système, ce qui desservirait les objectifs culturels de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette question du droit d'auteur, selon eux, est implicite et découle des questions du décret concernant les moyens de faire en sorte que le contenu canadien soit appuyé sur l'autoroute de l'information.

Encore une fois, le CRTC souligne que la question du droit d'auteur ne relève pas de son mandat dans les termes suivants:

> Le Conseil est conscient de la grande importance de la protection des droits d'auteur et il porte ainsi ces préoccupations à l'attention du gouvernement. Même si le Conseil n'a pas lui-même mandat d'intervenir dans de telles questions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, le Conseil consultatif sur l'autoroute de l'information a, pour sa part, chargé un sous-comité des droits d'auteur d'examiner la question.[172]

La circulation de matériel protégé par le droit d'auteur dans les autoroutes de l'information demeure une source majeure de préoccupation. Dans beaucoup de cas, la livraison électronique, par différents moyens de communication au public pourra remplacer la vente sur support physique. Ainsi, les œuvres pourront être transmises par différents canaux de transmission, y compris par ceux qui relèvent des entreprises de télécommunication. Cette question ramène sur le devant de la scène toute la problématique de la responsabilité de ces entreprises pour les contenus transmis. En principe, les entreprises de télécommunications ne peuvent régir le contenu ou influencer le sens ou l'objet des télécommunication qu'elles acheminent pour le

171. CRTC, *Concurrence et culture sur l'autoroute de l'information: gestion des réalités de transition*, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 19 mai 1995, p. 52-53.
172. *Id.*, p. 53.

public[173]. Le plus souvent, elles se bornent à fournir des capacités de transmission suivant des conditions qui doivent correspondre à des exigences d'équité et être exemptes de pratiques discriminatoires[174]. Les modalités de service prévoient que les compagnies de téléphone ne sont pas responsables de violations de droits d'auteur découlant d'informations transmises ou reçues via leurs installations[175].

Comme les entreprises de télécommunications exercent parfois un certain leadership dans le choix des services et contenus transmis, la question de leur responsabilité dans le contexte des nouveaux environnements électroniques prend des dimensions nouvelles. L'exploitation de certains réseaux confère un certain droit de regard au transporteur sur les contenus transportés. Il est prévisible que la question de leur responsabilité à l'égard des contenus devra se poser avec plus de nuances[176].

Les inforoutes présentent de ce fait le potentiel de modifier significativement le mode de consommation des œuvres et donc la structure de rémunération des créateurs. Il devient donc nécessaire d'imaginer des mécanismes efficaces pour assurer la rémunération des créateurs et le déroulement harmonieux de transactions afférentes à l'utilisation des œuvres. Il y a là un champ naturel de coopération entre les deux organismes.

173. *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 36.
174. Michael H. RYAN, *Canadian Telecommunications Law and Regulation*, Toronto, Carswell, 1993, p. 3-8 et s.
175. Cette question est discutée dans Fernand BÉLISLE, *Le CRTC et la protection des droits d'auteur*, notes en vue d'une allocution devant l'ALAI Canada, Montréal, 12 mars 1996, p. 10. Voir aussi: M. David DOBBINS, «Computer Bulletin Board Operator Liability for Users' Infringing Acts», (1995) 94 *Michigan Law Rev.* 217; Niva ELKIN-KOREN, «Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators», (1995) 13 *Cardozo Arts & Entertainment L.R.* 345-411.
176. Cette question est traitée notamment dans: Daniel BRENNER, «Telephone company entry into video services: A First Amendment Analysis», (1991) 67 *Notre Dame L. Rev.* 97; Jerome A. BARRON , «The telco, the common carrier model and the First Amendment – The "Dial-a-porn" precedent», (1993) 19 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 371; Patrick O'NEILL, «Structural implications of telephone content regulation: Lessons from the Audiotex controversy», (1991) 13 *Hastings Comm. /Ent. L.J.* 379; Pour le droit français, voir Jean LITINGRE, «La responsabilité de l'État français en qualité de transmetteur d'informations», dans *La télématique, Actes du colloque organisé à Namur les 5 et 6 décembre 1983 par le Centre de recherches Informatique et Droit des Facultés Notre-Dame de Namur*, Gand, Story Scientia, 1983, p. 81-91.

CONCLUSION

La nature des relations entre le CRTC et la Commission du droit d'auteur découle du champ respectif d'intervention de l'un et l'autre organisme. Il est possible d'identifier certaines zones d'interinfluence.

D'abord, les interrelations entre le monde de la radiodiffusion et celui du droit d'auteur vont de soi. Les entreprises de radiodiffusion, par leur nature même, sont des utilisateurs d'oeuvres. Leur fonctionnement, voire leur rentabilité, tient en partie à l'existence d'oeuvres susceptibles d'être diffusées au public. Ensuite, le CRTC et la Commission du droit d'auteur agissent selon leur loi habilitante respective. Ce sont des organismes statutaires, ils ne peuvent aller au-delà des attributions prévues dans les lois pertinentes. Mais les décisions que prend chacun des organismes étudiés ne sont pas sans modifier les conditions d'exercice des activités de diffusion et les modes de consommation des oeuvres. L'exercice de la plupart des activités de radiodiffusion ne se conçoit pas sans le recours à des oeuvres protégées par le droit d'auteur. L'objet des attributions de chacun des organismes est interrelié.

De façon générale, il est utile de rappeler que l'interprète doit rechercher l'harmonisation, plutôt que la contradiction, entre les décisions de la Commission du droit d'auteur et du CRTC. Les principes d'interprétation des textes législatifs postulent une cohérence entre les textes législatifs et réglementaires. Cependant, il faut convenir que les champs respectifs des deux organismes paraissent assez bien délimités et que les contradictions sont peu prévisibles.

La Commission du droit d'auteur n'a pas un mandat général de surveillance et de réglementation de tous les aspects du droit d'auteur. Son action touche principalement la régulation des mécanismes de gestion des droits d'auteur. Le mandat du CRTC est plus global. Il concerne la surveillance et la réglementation de tous les aspects du système canadien de radiodiffusion dans une perspective de mise en oeuvre de la politique énoncée par le Parlement. Dans ces domaines, son action est donc plus générale. Elle l'amène à déterminer les conditions d'exercice des activités de radiodiffusion et de télécommunications. Par là, le Conseil a une action qui crée les conditions de diffusion et d'utilisation des oeuvres protégées par le droit d'auteur.

Dans l'exercice de ses compétences, le CRTC a la possibilité de contraindre les organismes sous sa juridiction de renoncer ou autrement disposer de leurs droits, y compris leurs droits d'auteur. Par exemple, il peut autoriser les entreprises de distribution à distribuer des signaux éloignés sans le consentement des diffuseurs d'où émane le signal ou il peut ordonner à une entreprise de télécommunication de mettre une banque de données à la disposition d'autres entreprises.

Le CRTC s'abstient toutefois de statuer sur les conditions financières auxquelles devraient être assujetties les utilisations qu'il impose du matériel protégé. Une entreprise ou une personne ne saurait invoquer ses droits d'auteur pour refuser de se conformer à une obligation découlant de la *Loi sur les télécommunications* ou la *Loi sur la radiodiffusion*. L'objet même de ces lois est précisément de contraindre les entreprises visées à organiser leur fonctionnement de manière conforme aux exigences prévues par le Parlement. C'est ainsi que dans le cadre de ses compétences, le CRTC peut forcer une entreprise à concéder une licence d'utilisation d'une oeuvre protégée ou même autoriser l'utilisation d'une oeuvre.

Une fois les conditions d'exercice des activités de radiodiffusion déterminées, la Commission du droit d'auteur intervient afin d'établir les conditions financières attachées aux cessions de droits inhérentes aux activités de radiodiffusion et de télécommunication.

Malgré les champs respectifs somme toute assez bien délimités du CRTC et de la Commission du droit d'auteur, le pouvoir réglementaire du gouvernement peut être mis à contribution et a été, de fait, utilisé afin de départager les champs d'action de l'un et l'autre des organismes et fournir des critères convergents à chacun des organismes chargé de réguler une partie ou un angle spécifique d'une activité qui, en fin de compte, se présente comme un tout. Il y a dans la *Loi sur la radiodiffusion*, la *Loi sur les télécommunications* et la *Loi sur le droit d'auteur* des dispositions habilitant le gouvernement à mettre en place les harmonisations qui peuvent s'avérer nécessaires entre les décisions du CRTC et de la Commission du droit d'auteur.

Si les recoupements entre le champ de la gestion du droit d'auteur et celui de la mise en oeuvre de la politique de la radiodiffusion devaient se multiplier, on peut prévoir que le pouvoir réglementaire du gouvernement soit davantage sollicité afin de pourvoir aux harmonisations qui deviendront nécessaires. Car on convient sans peine que les postulats fondateurs des politiques en matière de droit d'auteur, de radiodiffusion et de télécommunications sont passablement divergents. Le droit d'auteur procède de conventions internationales épousant le principe du traitement national de tous les

ayants droit. La politique de radiodiffusion est l'expression d'une volonté nationaliste. Elle accorde priorité à la promotion des entreprises culturelles canadiennes; c'est à l'opposé du principe cardinal en matière de droit d'auteur fondé sur un traitement semblable de toutes les prestations créatrices protégées.

Vol. 8, nº 3

À cheval donné, on ne retient pas la bride: l'abandon du brevet au bénéfice du public

André Dorion[1]

INTRODUCTION 449

I- L'ABANDON DU BREVET AU BÉNÉFICE DU PUBLIC 451

A- Historique 451

B- Lois étrangères 452

II- DOCTRINE CANADIENNE 453

A- Les précurseurs 453

B- Gordon Henderson 455

i. L'abandon d'un brevet au bénéfice du public: une cession ou bien une licence permanente au public? 456

ii. Le principe de *common law* de l'*estoppel* 456

iii. La doctrine de l'*estoppel* peut-elle s'appliquer à l'abandon? 457

© André Dorion, 1996.

1. L'auteur est avocat aux Services juridiques d'Industrie Canada, division du droit de la concurrence et des consommateurs. Les opinions de l'auteur ne reflètent pas nécessairement celles du gouvernement du Canada et ne sauraient donc être interprétées comme représentant la position de ce dernier sur le sujet.
L'auteur aimerait remercier les personnes suivantes pour leur précieuse collaboration à cet article: Mᵉ David Edwards, Mᵉ Diane Champagne, Mᵉ Carole Vary, Mᵉ Johanne Daniel, M. Stéphane Beaulac et Mme Louise G. Bernier.