

LA RÉGLEMENTATION D'INTERNET EN VERTU DE LA CONSTITUTION CANADIENNE



AVRIL 2021

PETER GRANT

© Peter S. Grant, 2021

Ce rapport a été publié par la Coalition pour la diversité des expressions culturelles (CDEC). Les opinions qui y sont exprimées sont celles de l'auteur uniquement et ne représentent pas nécessairement celles de la CDEC ou de l'un de ses membres. Ce rapport a été achevé en avril 2021.
Une note sur l'auteur est fournie à la fin du rapport.



En janvier 2020, le Groupe d'examen du cadre législatif en matière de radiodiffusion et de télécommunications a publié son rapport [1]. L'une de ses 97 recommandations visait à ce « que toutes les entreprises de contenu médiatique qui bénéficient du secteur audio et audiovisuel canadien y contribuent de manière équitable ». Cela inclurait les services de diffusion en continu sur Internet comme Netflix qui, jusqu'à présent, étaient exemptés de toute réglementation.

Le gouvernement a maintenant introduit des modifications à la *Loi sur la radiodiffusion* qui permettraient spécifiquement de réglementer les services de programmation sur Internet tels que Netflix, comme le préconisait le rapport du Groupe d'examen. Les entreprises de transmission de programmes sur Internet seraient désignées comme des « entreprises en ligne » et seraient soumises à un régime réglementaire distinct aux termes de la Loi.

Mais est-ce cela serait constitutionnel ?

Le chapitre canadien de l'Internet Society (ISCC) ne le pense pas.

Il n'est pas surprenant de voir ce groupe s'opposer à toute réglementation d'Internet, puisque ses vues sont largement guidées par les objectifs de laissez-faire de son homologue américain.

[1] *L'avenir des communications au Canada: le temps d'agir*, Groupe d'examen du cadre législatif en matière de radiodiffusion et de télécommunications, 29 janvier 2020 (« Rapport final »). L'auteur de cet article était l'un des membres du Groupe d'examen.

Cependant, l'ISCC va plus loin. Il fait valoir que la compétence fédérale ne s'applique pas aux fournisseurs de contenu Internet comme Netflix. Son argument a été formulé dans les termes suivants :

La décision du Groupe d'examen visant à réglementer les fournisseurs de contenu en ligne soulève un défi constitutionnel majeur. La radiodiffusion n'est pas un chef de compétence attribué au gouvernement fédéral par la *Loi constitutionnelle* de 1867. Le contenu audio-vidéo ne relève pas intrinsèquement de la réglementation fédérale. Les provinces ont toujours réglementé les cinémas – le diffuseur original de contenu audio-vidéo. L'arrêt faisant autorité en ce qui a trait à la radiodiffusion, le *Renvoi relatif à la radio* de 1932, a placé la radiodiffusion sous réglementation fédérale uniquement parce que les moyens de sa diffusion, les ondes radio, traversent par nature les frontières interprovinciales et internationales. Les radiodiffuseurs ont donc été considérés comme des entreprises interprovinciales – une exception à la règle générale selon laquelle les pouvoirs provinciaux en matière de propriété, de droits civils et d'entreprises locales ont préséance sur les pouvoirs législatifs fédéraux.

La compétence fédérale en matière de radiodiffusion dépendait donc de la technologie de diffusion, soit les ondes radio. Ce raisonnement a été affirmé dans les décisions reconnaissant le pouvoir législatif fédéral sur la télévision par câble. Cependant, le transport de masse de données sur Internet ne repose pas sur la transmission d'ondes radio. Les fournisseurs de contenu en ligne n'ont pas les moyens de livrer des programmes au public. Leurs transmissions se font par l'intermédiaire d'entreprises de télécommunications, qui sont des entreprises interprovinciales relevant du pouvoir législatif fédéral. L'ISCC est donc d'avis que le gouvernement fédéral n'a pas la compétence pour légiférer à l'égard des fournisseurs de contenu en ligne. Il nous semble que l'ensemble du schéma proposé par le Groupe d'examen achoppe sur cette question. Non seulement est-il inhabituel et peu judicieux de tenter de réglementer les fournisseurs de contenu en ligne en tant que radiodiffuseurs, mais il est inconstitutionnel pour le Parlement fédéral de le faire.

L'argument de l'ISCC est-il donc fondé ? On pourrait s'attendre à ce que l'ISCC se réfère à des affaires judiciaires à l'appui de sa position. Mais il a choisi de ne pas le faire.

Ce mémorandum explore cette question en examinant la jurisprudence, y compris les affaires judiciaires pertinentes. Et il devient évident que l'argument de l'ISCC est complètement erroné. En fait, il est tout à fait clair que les fournisseurs de contenu en ligne comme Netflix sont soumis à la compétence fédérale au Canada.

LES ENTREPRISES SOUS RÉGLEMENTATION PROVINCIALE

Pour effectuer une analyse, il est important de comprendre de quoi nous parlons. De nombreuses entreprises commerciales au Canada ont un site Web et utilisent accessoirement Internet. Mais cela n'en fait pas pour autant des entreprises sous réglementation fédérale. Par exemple, il a été jugé qu'un « exploitant de magasins de détail dont les activités courantes consistent à vendre des marchandises au détail aux clients dans ses magasins et par l'intermédiaire de son site Web » relèverait de la compétence provinciale, malgré son utilisation du site Web [2].

[2] *Papouchine c. Best Buy Canada*, 2018 CF 1236 (CanLII)

Les entreprises de production cinématographique et télévisuelle relèvent aussi généralement de la compétence provinciale, même si elles peuvent vendre leurs programmes à des diffuseurs sous réglementation fédérale [3]. Toutefois, cela ne s'applique pas si l'activité de production est intégrée à l'opération de radiodiffusion. Dans ce cas, l'ensemble de l'entité relève de la compétence fédérale exclusive [4].

Dans le rapport du Groupe d'examen du cadre législatif en matière de radiodiffusion et de télécommunications, il est indiqué que ses recommandations ne devaient pas s'appliquer aux entreprises qui diffusent du contenu sur Internet à titre accessoire à leur activité principale. Comme l'indique le rapport, « [a]u nombre des exemples de ces entreprises exclues, il y a les sites de voyage, de vente de biens immobiliers, d'offres de soins hospitaliers, ainsi que la myriade de sites de commerce électronique qui diffusent du contenu médiatique par l'intermédiaire des télécommunications dans le cadre d'une autre activité commerciale [5] ». Bon nombre de ces entreprises relèvent probablement de la compétence des provinces.

Mais les entreprises comme Netflix, dont l'activité principale consiste à distribuer du contenu sur Internet, sont tout à fait différentes.

LA COMPÉTENCE FÉDÉRALE À L'ÉGARD DES ENTREPRISES INTERNET

L'ISCC concède que les entreprises de télécommunications qui distribuent Internet, comme Bell, Telus et Rogers, relèvent de la compétence fédérale exclusive puisqu'elles sont clairement des entreprises interprovinciales en vertu de l'article 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle*. Cette disposition donne une compétence exclusive au gouvernement fédéral sur les « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province ». À cet égard, la Cour suprême du Canada a statué que les fournisseurs de services Internet relèvent de la *Loi sur les télécommunications*, plutôt que de la *Loi sur la radiodiffusion*, puisque les fournisseurs de services Internet ne participent pas à la sélection, à la création ou à la mise à disposition de contenu [6].

Contrairement aux fournisseurs de services Internet, les fournisseurs de contenu en ligne participent à la sélection, à la création et à la mise à disposition de contenu. Cependant, étant donné qu'ils ne possèdent pas eux-mêmes les moyens de transmission, l'ISCC fait valoir qu'ils ne peuvent être considérés comme des entreprises interprovinciales.

Ce que cet argument ignore totalement, c'est le sens large du mot « entreprise ». Comme l'indique le *Renvoi relatif à la radio*, une entreprise « n'est pas une chose physique mais plutôt une mesure en vertu de laquelle des choses physiques sont utilisées [7] ».

[3] *Canadian Labour Relations Board et al. c. Paul L'Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 RCS 147, 146 DLR (3d) 202. Voir également *Paul L'Anglais Inc. c. Canada (Labour Relations Board)*, 1980 CanLII 2460 (QC CA).

[4] *City-TV, CHUM City Productions Limited, MuchMusic Network et BRAVO!, division de CHUM Limited*, 1999 CCRI 22 (CanLII); *Writers Guild of Canada v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2006 CanLII 24463 (ON SCDC) ; voir également *Island Telecom Inc.*, 2000 CCRI 59 (CanLII).

[5] Rapport final, à la p. 145.

[6] *Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion*, 2012 CSC 4, [2012] 1 RCS 142.

[7] *Renvoi relatif à la radio*, [1932] CA 304.

Il n'est donc pas nécessaire qu'une entreprise soit propriétaire des moyens de transmission pour être considérée comme une entreprise interprovinciale [8]. La véritable question est de savoir quelle est la nature de l'entreprise.

À cet égard, on peut citer la compétence fédérale incontestée sur les fournisseurs de programmes par satellite Shaw Direct (anciennement StarChoice) et Bell Satellite TV (anciennement Bell ExpressVu). Aucune de ces entités ne possède ses moyens de transmission, qui sont entièrement fournis par Télésat Canada. Pourtant, peut-on sérieusement prétendre qu'il ne s'agit pas d'entreprises interprovinciales ?

De même, des douzaines de services de programmation spécialisée, comme TSN ou History Network, sont autorisés par le CRTC, mais ils transmettent leur programmation en utilisant les installations d'un transporteur plutôt que leur propre spectre radioélectrique. Néanmoins, ils sont clairement qualifiés d'entreprises interprovinciales. Pourquoi ? Parce que leur activité ou entreprise de base consiste à organiser la distribution de la programmation au-delà des frontières.

À ce propos, il est utile de rappeler la déclaration faite par le CRTC en 1993 au sujet de sa compétence à l'égard des fournisseurs de services de radiodiffusion directe (SRD) étrangers [9] :

En ce qui a trait aux fournisseurs de SRD étrangers qui peuvent vouloir faire leur entrée sur le marché canadien, le Conseil a établi que, dans certains cas, il aurait la compétence sur ces services en vertu du paragraphe 4(2) de la Loi. Un fournisseur de SRD dont le signal peut être capté au Canada pourrait être considéré comme étant distribué par une entreprise de radiodiffusion exploitée au Canada en tout ou en partie lorsque, par exemple, il a certaines ou toutes les caractéristiques suivantes :

- il acquiert des droits d'émissions pour le Canada ;
- il sollicite des abonnés au Canada ;
- il sollicite de la publicité au Canada ;
- il active et désactive les décodeurs d'abonnés canadiens.

Le Conseil prendra les mesures voulues pour établir sa compétence sur ces entreprises si elles entraient dans le marché canadien sans faire de contributions au système canadien comme toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de le faire en vertu de la Loi.

Les mêmes facteurs s'appliquent évidemment aux fournisseurs de contenu Internet comme Netflix, Amazon Prime, Disney+ et Crave. Ils acquièrent tous des droits sur des programmes pour le Canada, sollicitent des abonnés au Canada et contrôlent l'accès à leur programmation. Leur activité principale consiste à envoyer ces programmes aux abonnés Internet en échange de rémunération, au-delà des frontières provinciales ou nationales si nécessaire.

8] Par exemple, les installateurs de Nortel ont été considérés comme relevant de la compétence fédérale exclusive, même s'ils ne transmettaient pas de signaux ; la transmission proprement dite était effectuée sur des installations appartenant à Bell Canada et exploitées par celle-ci. Voir *Northern Telecom Canada Ltd. c. Communications Workers of Canada*, [1983] RCS 733, 147 DLR (3d) 1.
[9] *Audience publique portant sur la structure de l'industrie*, Avis public CRTC 1993-74, 3 juin 1993.

Comme la plupart des services de programmation spécialisée transmis par satellite ou par câble, ces entreprises ne possèdent pas les moyens de transmission, mais prennent des dispositions pour la transmission sur Internet par l'intermédiaire d'entreprises de télécommunications. Toutefois, suggérer que les activités des fournisseurs de contenu en ligne qui organisent leurs affaires par le biais de ces arrangements ne constituent pas des entreprises interprovinciales en vertu de l'alinéa 92(10)a), c'est aller à l'encontre de la réalité.

LA COMPÉTENCE GÉNÉRALE EN MATIÈRE D'ÉCHANGES ET DE COMMERCES

La réglementation d'Internet au niveau fédéral peut également être justifiée en vertu compétence générale en matière d'échanges et de commerce accordée au gouvernement fédéral à l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle*.

Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'affaire *General Motors* en 1989, pour relever du volet général de l'article 91(2), la législation doit servir l'intérêt national d'une manière qualitativement différente des préoccupations provinciales [10]. Pour déterminer si une loi est valablement adoptée en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce, il faut se demander (1) si la loi s'inscrit dans un système général de réglementation ; (2) si le régime fait l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation ; (3) si la loi porte sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier ; (4) si elle est d'une nature telle que les provinces, agissant seules ou de concert, seraient constitutionnellement incapables de la promulguer ; et (5) si le régime législatif est tel que l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays. Ces indices de validité ne sont pas exhaustifs et il n'est pas nécessaire qu'ils soient présents dans tous les cas.

La compétence en matière d'échanges et de commerce appuie la législation fédérale relative à la politique de la concurrence, y compris l'interdiction de la publicité mensongère. Elle appuie également la législation fédérale sur la protection de la vie privée ainsi que la *Loi canadienne anti-pourriel* (LCAP) [11]. Par conséquent, même les entreprises locales qui relèvent de la compétence provinciale sont soumises à ces lois, qui influent sur la manière dont elles utilisent Internet.

L'application de la compétence en matière d'échanges et de commerce pour justifier la réglementation fédérale des fournisseurs de contenu en ligne est également évidente. Comme l'a déclaré le juge Nadon dans la récente décision de la Cour d'appel fédérale appuyant la réglementation fédérale des pourriels, « [e]n ce qui a trait à l'objectif véritablement national qu'est la protection de la cyberéconomie des menaces en ligne susceptibles d'émaner de toute localité au pays ou d'avoir des effets délétères sur toute localité, la réglementation fédérale s'impose [12] ». La plupart des éléments énumérés dans l'affaire *General Motors* s'appliqueraient aux fournisseurs de contenu en ligne, en particulier ceux qui opèrent à partir de l'étranger, comme c'est le cas de la plupart d'entre eux. Ces éléments soutiennent donc clairement la compétence fédérale.

[10] *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641.

[11] 3510395 *Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2020 CFA 103 (CanLII).

[12] *Ibid.*, at paragraph 126.

LA PAIX, L'ORDRE ET LE BON GOUVERNEMENT

Enfin, il convient de mentionner la disposition relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement (POBG) de la constitution. Selon le critère de la « dimension nationale », qui a été appliqué à la radiocommunication, si l'objet de la législation va au-delà des préoccupations ou des intérêts locaux ou provinciaux et doit, de par sa nature même, concerner le Dominion dans son ensemble, il relève de la compétence du Parlement en tant que question affectant la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada [13]. C'est ce que l'on appelle aussi le critère de « l'intérêt national ».

En 1991, la définition de la « radiodiffusion » dans la *Loi sur la radiodiffusion* a été volontairement étendue au-delà de l'utilisation des ondes radio pour inclure la transmission de programmes « par fil, câble, système radio ou optique ou autre système électromagnétique ». Ainsi, la transmission de programmes sur Internet constitue clairement une « radiodiffusion » au sens de la Loi. Il est également vrai que, tout comme les programmes transmis par radio, les programmes transmis par Internet ignorent les frontières provinciales. Dans ces conditions, il est évident que les arguments qui ont conduit le tribunal à déclarer la compétence fédérale exclusive sur la radio en 1932 s'appliquent également à Internet.

La pertinence de la clause relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement a récemment été soulignée par la Cour suprême du Canada dans sa décision selon laquelle la taxe fédérale sur le carbone est constitutionnelle [14]. Cette taxe était un élément clé du plan fédéral de lutte contre les changements climatiques et le gouvernement fédéral a fait valoir que, compte tenu de la dimension nationale de la question, ses actions étaient justifiées en vertu de la disposition POBG. La Cour a reconnu que les changements climatiques ne respectent pas les frontières et que toute réponse canadienne à ce problème ne serait efficace que si elle était appliquée au niveau fédéral.

La même conclusion s'applique à la réglementation des fournisseurs de programmes Internet. Pour toutes les raisons exposées dans cet article, les fournisseurs de contenu en ligne comme Netflix, Amazon Prime, Disney+ et Crave relèvent clairement de la compétence fédérale au Canada.



[13] Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373.

[14] Renvois relatifs à la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 (CanLII).

À PROPOS DE L'AUTEUR

Peter S. Grant est professeur auxiliaire à la Schulich School of Business de l'Université York. Le 1er mai 2020, M. Grant a pris sa retraite en tant qu'avocat-conseil chez McCarthy Tétrault LLP à Toronto, après avoir pratiqué le droit au sein de ce cabinet pendant plus de 50 ans. Il était l'ancien président de son groupe Technologie, communications et propriété intellectuelle.

Peter Grant est un expert en droit des communications, en droit du divertissement, en droit d'auteur et en politique culturelle et commerciale. Dans le domaine des communications, il est le coauteur de nombreux articles et publications, dont le *Canadian Broadcasting Regulatory Handbook*, dont la 14e édition a été publiée en 2017. Ce manuel est la référence standard au Canada sur la *Loi sur la radiodiffusion* (Canada) et les règlements et politiques du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). Dans le domaine du droit d'auteur, Peter est l'auteur principal du *Guide to the Copyright Board of Canada*, publié en 2020. Il est également l'auteur de *Communications Law and the Courts in Canada*, dont la troisième édition a été publiée en 2020.

En 2004, Douglas & McIntyre a publié *Blockbusters and Trade Wars : Popular Culture in a Globalized World*, un ouvrage coécrit par Peter Grant et Chris Wood. L'ouvrage porte sur l'économie de la culture populaire, les efforts déployés pour assurer la diversité d'expression dans le monde et l'impact de la technologie et du droit commercial sur la diffusion des produits culturels. Le livre a été qualifié de « brillant et radical » par le Toronto Star.

En 2013, le *Porcupine's Quill* a publié l'autobiographie de M. Grant, intitulée *Changing Channels: Confessions of a Canadian Communications Lawyer*. Le livre a été qualifié de « lecture incontournable pour les étudiants en droit, les avocats (de toute ancienneté) ainsi que les étudiants et les praticiens des politiques publiques » dans le *Journal of Parliamentary and Political Law*.

De 1993 à 2020, M. Grant a été nommé arbitre en matière de radiodiffusion lors des élections fédérales, avec l'approbation de tous les partis à la Chambre des communes.

M. Grant était l'un des six experts nommés par le gouvernement fédéral au Groupe d'étude de la législation sur la radiodiffusion et les télécommunications en 2018. Ce groupe a publié son rapport final le 27 janvier 2020, intitulé *L'avenir des communications au Canada : le temps d'agir*.