

CHAPITRE 5

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA RÉGLEMENTATION DE LA RADIODIFFUSION

L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, intitulé «Politique canadienne de radiodiffusion», énonce les principes généraux applicables aux décisions réglementaires en matière de radiodiffusion¹. C'est le Comité Fowler² qui a proposé d'inclure dans cette loi un énoncé détaillé des principes et objectifs qui devaient animer le système canadien de radiodiffusion. Selon Grant Hammond :

*The Fowler Committee contended that the problems associated with Canadian broadcasting were not structural but related rather to inadequate goal formulation on the part of Parliament itself.*³

Le gouvernement s'est montré d'accord avec la recommandation du Comité Fowler et le Livre blanc⁴, déposé au Parlement en 1966, annonçait l'intention de faire en sorte que la loi énonce plus clairement les objectifs et principes applicables aux décisions réglementaires en matière de radio et de télévision.

Hammond rapporte que cinq versions préliminaires de la loi ont été préparées au cours de l'année 1967. Trois autres versions furent préparées pour les comités du cabinet. Ensuite, la version présentée en chambre, le Bill C-163, devint la *Loi sur la radiodiffusion*⁵. Au cours des diverses étapes de la rédaction du projet de loi, l'on a ajouté des principes à ce qui devait devenir l'article 3. À ce propos, Hammond écrit :

*Was there a coherent, externally evolved plan, or were there a series of compromises which could lead to later difficulties? A review of the drafts shows that new statements were added to the prospective section 3 as it evolved through the drafting process. These additions brought with them their own conflicts and compromises.*⁶

¹ *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.

² *Rapport du Comité sur la radiodiffusion* (ci-après cité «Rapport Fowler II»), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

³ R. Grant HAMMOND, «Embedding Policy Statements in Statutes: A Comparative Perspective on the Genesis of a New Public Law Jurisprudence», (1982) 5 *Hastings Int'l & Comp. L. R.* 323, 354.

⁴ CANADA, SECRETARIAT D'ÉTAT, *Livre blanc sur la radiodiffusion* (ci-après cité «*Livre blanc sur la radiodiffusion*») Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966.

⁵ R.G. HAMMOND, *loc. cit.*, note 3, 355.

⁶ *Id.*, 355, 356.

Déjà, à ce moment, la disposition contenant les principes fondamentaux de la réglementation de la radiodiffusion canadienne commençait à acquérir le caractère symbolique qu'elle ne devait jamais cesser, depuis lors, de posséder. Chacun des groupes d'intérêts chercha à y faire apparaître un principe qui pourrait plus tard justifier et légitimer ses actions, prises de position et revendications. Les projets de loi déposés au cours des deux décennies qui ont suivi comportaient tous des propositions d'ajouter aux principes énoncés dans l'article 3 de la loi de 1968 sur la radiodiffusion. Il n'est donc pas étonnant que l'énoncé de la politique de radiodiffusion dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 soit près de trois fois plus imposant que dans la loi de 1968.

Ce phénomène témoigne bien du caractère rhétorique de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ce caractère tient de cette accumulation d'affirmations solennelles, d'objectifs et de principes contradictoires, d'imprécisions, voire même parfois, des lieux communs qu'on y trouve. En particulier, on a fait état de l'absence de principes de hiérarchisation des divers objectifs et affirmations⁷ se présentant comme un ensemble de valeurs importantes dont il est nécessaire de tenir compte dans la régulation des activités visées. On peut aussi constater le caractère incantatoire de certaines proclamations comme celle selon laquelle la programmation de chaque radiodiffuseur doit être de «haute qualité»⁸ ou voulant que «la programmation offerte par les services de programmation complémentaires de programmation télévisée soit innovatrice et compléter celle qui est offerte au grand public»⁹.

En dépit du fait que l'énonciation d'un principe dans l'article 3 soit, en bonne partie, un acte de foi, le tout est affirmé comme si les mesures qui seront prises allaient nécessairement engendrer des résultats conformes aux énoncés qui se trouvent dans la loi. On espère de l'organisme de réglementation qu'il trouvera un certain équilibre entre ces principes et objectifs énoncés selon un modèle analogue à celui d'une liste d'épicerie¹⁰!

Le processus public menant à l'adoption d'un texte législatif d'une telle importance symbolique porte nécessairement à une certaine sacralisation des principes et objectifs. Les standards énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ont acquis, depuis 1968, une valeur symbolique qu'il n'est plus possible d'ignorer. Tant et si bien que l'on imagine difficilement que le Parlement mette de côté l'un ou l'autre des principes s'y trouvant déjà. Les législateurs seraient aussitôt soupçonnés de mettre au rancart l'un des principes fondamentaux de la politique canadienne de la radiodiffusion.

⁷ R. Grant HAMMOND, Wayne MACKAY, Murray DAVIDSON et Stephanie ROBINSON, *An analysis of Parliament's Objectives for Canadian broadcasting : Recommendations for future legislative amendments*, étude réalisée pour le Ministère des Communications, non publié, s.d. (1980).

⁸ *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art. 3(1)g).

⁹ *Id.*, art. 3(1)r(i).

¹⁰ Ce phénomène tient en grande partie aux difficultés de faire réviser les décisions du Conseil par les tribunaux en soutenant que ce dernier a méconnu un principe se trouvant à l'article 3 ou s'est mépris sur sa portée et sa signification.

Les principes énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne sont pas tous de la même nature. Certains ne sont que des rappels de principes désormais consignés dans des textes revêtus d'une plus grande autorité, comme le droit à l'égalité. D'autres cherchent avant tout à décrire une réalité, comme celui déclarant que «les radiodiffusions de langue française et anglaise, malgré certains points communs, diffèrent quant à leurs conditions d'exploitation et, éventuellement quant à leurs besoins»¹¹. L'article 3 énonce aussi des objectifs, comme celui à l'effet «que le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle»¹². Enfin, il importe de rappeler que certains principes de l'article 3 se rapportent au service national de radio et de télévision assumé par la Société Radio-Canada¹³.

Aux termes de l'article 5 de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC «réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en oeuvre la politique canadienne de radiodiffusion». L'article 3 qui énonce cette politique est donc bien plus qu'un simple préambule; c'est là qu'on trouve la mesure et l'ampleur des prérogatives du CRTC. Jacques Frémont constate que cette disposition n'est que déclaratoire car elle «ne fait en soi qu'énoncer la politique de la radiodiffusion, sans pour autant lui donner un effet contraignant»¹⁴. Cet auteur reconnaît que l'effet contraignant de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* lui provient du fait que d'autres dispositions de la loi accordent au Conseil des pouvoirs spécifiques de faire des règlements et d'énoncer des conditions de licence afin, précisément, de mettre en oeuvre cette politique¹⁵.

La place de l'article 3 dans la *Loi sur la radiodiffusion* a été analysée dans une série de décisions judiciaires ayant permis d'identifier de quelle façon les énoncés de la politique de la radiodiffusion produisent des effets juridiques. Dans *CKOY Ltd. c. La Reine*¹⁶, la Cour suprême avait à décider de la validité d'une disposition du *Règlement sur la radiodiffusion (M.A.)*¹⁷ qui interdisait à une station ou à un exploitant de réseau de diffuser toute conversation téléphonique avec une personne, à moins que celle-ci n'ait donné son consentement ou n'ait téléphoné à la station afin de prendre part à l'émission. Le juge Spence, s'exprimant au nom de la majorité, a établi la méthode d'analyse permettant de déterminer la nature du lien existant entre les énoncés de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les pouvoirs du Conseil de faire des règlements. Cette méthode a été

11 *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art 3(1)c).

12 *Id.*, art. 3(1)a).

13 *Id.*, art. 3(1)l) et 3(1)m).

14 Jacques FRÉMONT, *Étude des objectifs et des principes proposés et adoptés relativement au système de la radiodiffusion canadienne*, Étude réalisée à l'intention du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, Centre de recherche en droit public, 1986, p. 114.

15 *Id.*, pp. 114 et 115.

16 [1979] 1 R.C.S. 2.

17 *Règlement sur la radiodiffusion (M.A.)*, C.R.C., c. 379. Ce règlement est aujourd'hui remplacé par 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.

développée lors de l'analyse de la *Loi sur la radiodiffusion*¹⁸ de 1968 mais elle demeure valable pour la *Loi sur la radiodiffusion*¹⁹ de 1991 qui est rédigée de la même façon.

Ainsi, écrit le juge Spence, «pour déterminer la validité des règlements établis en vertu de l'art. 16 [l'article 6 dans la version révisée de 1985, l'article 10 dans la Loi de 1991], il faut décider s'ils portent sur une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3 de la Loi et [...] examiner les règlements d'un point de vue objectif»²⁰. Cependant, comme le texte de l'article 3 est très général, le juge Spence opine que le Parlement a certainement voulu donner au Conseil une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir réglementaire pour la mise en oeuvre de la politique et des objets pour lesquels il a été créé. Par conséquent, selon la Cour, «il importe peu que l'article litigieux mette en oeuvre une politique du moment qu'on établit objectivement qu'il vise une catégorie de sujets mentionnée à l'article 3»²¹.

C'est donc en référant à l'article 3 qu'on déterminera l'étendue des sujets sur lesquels le CRTC peut adopter des règlements. Cette disposition ne renvoie pas qu'à des sujets de réglementation. Au contraire, elle énonce surtout des principes, des objectifs, des standards. Le mandat du Conseil est de réglementer et de surveiller en vue de mettre en oeuvre la politique énoncée à l'article 3. C'est donc une marge considérable d'appréciation qui est confiée au CRTC par le Parlement. L'ampleur des pouvoirs dévolus à cet organisme a fait écrire à Daniel Jay Baum que le CRTC n'était ni plus ni moins que le «Parlement de la radiodiffusion»²².

Le genre de rattachement que l'on doit faire entre les habilitations réglementaires prévues à l'article 10 et 11 de la *Loi sur la radiodiffusion*²³ et les dispositions de l'article 3 est donc d'un type particulier. Ces dernières fixent en effet une finalité aux normes que l'organisme de réglementation est habilité à adopter. Ces normes sont valides dès qu'il est possible d'établir un lien entre celles-ci et l'un des principes et objectifs de l'article 3.

La portée du pouvoir d'imposer des conditions d'attribution de licence, conféré au Conseil par l'article 9 de la loi²⁴, se trouve aussi déterminée par les énoncés de l'article 3. Dans l'affaire *CTV Television Network Ltd. c. CRTC*²⁵, la Cour d'appel fédérale, plus tard

18 S.C. 1968 c. 25, remplacée par S.R.C. 1970, c. B-11 puis par L.R.C. (1985), c. B-9, modifiée par c.1 (4^e supp.), art. 3; L.C. 1988, c. 65, art. 50 et 51; L.C. 1989, c. 17, art. 9 et 10.

19 Précitée, note 1.

20 *CKOY Ltd. c. La Reine*, précité, note 16, 11.

21 *Id.*, 12.

22 Daniel J. BAUM, «Broadcasting Regulation in Canada : The Power of Decision», (1975) 13 *Osgoode Hall. L.J.* 693.

23 Précitée, note 1.

24 Voir au chapitre 4 pour l'étude du pouvoir du CRTC de déterminer des conditions de licence.

25 [1981] 2 C.F. 248 (C.A.F.).

confirmée en cela par la Cour suprême, a reconnu que le pouvoir d'attribuer des licences et d'en définir les conditions est très large. Selon la Cour :

[l']*article 17* [l'article 7 dans la version révisée de 1985, l'article 9 dans la loi de 1991] confère au comité tout le pouvoir voulu pour imposer, [...] une condition pour favoriser la poursuite d'un des objets de la politique de radiodiffusion, à condition qu'elle soit «propre à la situation» de l'appelante [la requérante de licence ou une titulaire qui en demande le renouvellement] et à la condition que son imposition ne soit pas contraire à la Loi ou à un règlement adopté en application du pouvoir de réglementation prévu à l'article 16 [l'article 6 dans la version révisée de 1985, l'article 10 dans la loi de 1991].²⁶

Ainsi, en plus de fonder les pouvoirs réglementaires qu'exerce le CRTC ainsi que ses décisions particulières, ces principes tracent le cadre général dans lequel s'exercent les activités de radiodiffusion au Canada.

Il est à craindre que le grand nombre de principes énoncés dans les articles 3 et 5 de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 engendre certaines difficultés. En voulant plaire à tous les groupes en présence et à force de tenter de cristalliser les préoccupations de tous au moment de l'adoption de la loi, le risque s'accroît de se retrouver avec des principes contradictoires. Sheridan Scott craint que cette accumulation de principes engendre des «*jurisdictional concerns, since it raises the likelihood of appeals to Cabinet or to the Courts, on the grounds that a Commission decision did not further a given objective*»²⁷.

La politique canadienne de radiodiffusion est énoncée suivant la séquence suivante. Dans un premier temps, elle affirme l'existence d'un système canadien de radiodiffusion et pose les principes fondamentaux qui en constituent les assises. Il s'agit du caractère de «service public essentiel» de la radiodiffusion et du caractère public des fréquences. Dans un deuxième temps, la politique affirme la différence entre les radiodiffusions en français et en anglais. En troisième lieu, la politique énonce les objectifs du système dans son ensemble. En quatrième lieu, il est fait état des objectifs assignés aux entreprises de radiodiffusion. Suivent les objectifs portant sur la programmation offerte par les entreprises. Enfin, la politique énonce les objectifs relatifs au service public national de radiodiffusion, aux services de programmation télévisés complémentaires et aux entreprises de distribution.

1. LE CARACTÈRE DE «SERVICE PUBLIC ESSENTIEL» DE LA RADIODIFFUSION

L'article 3(1)b) de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare, aussitôt après la proclamation de la nécessité que le système canadien de radiodiffusion soit sous contrôle canadien, que :

[...] le système canadien de radiodiffusion, composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public et offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel

²⁶ *Id.*, 254.

²⁷ Sheridan SCOTT, «The New Broadcasting Act : An Analysis», (1990) 1 *M.C.L.R.* 25, 44.

*pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle.*²⁸

Il y a une certaine filiation entre cette déclaration et l'article 36(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982* suivant lequel :

Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à :

[...]

*c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels.*²⁹

En déclarant que le système canadien de radiodiffusion fournit un service public essentiel, le Parlement s'engage, dans une mesure qui reste à déterminer, du moins au plan juridique, à en préserver les éléments essentiels. Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* constatait que l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* «circonscriit dans une mesure encore mal définie, l'initiative du Parlement et des législatures quant aux services publics de radiodiffusion»³⁰.

C'est par «sa programmation essentiellement en français et en anglais» que le système offre un service public essentiel. C'est l'affirmation de la caractéristique la plus fondamentale du système canadien de radiodiffusion. Voilà une affirmation importante qui pourra contribuer à marquer encore plus la légitimité des services en anglais et en français ainsi que les mesures découlant de leur situation respective. Enfin, c'est le système dans son ensemble qui est déclaré offrir un service public essentiel, non l'une ou l'autre de ses composantes. Les notions de service public et de «système» font échos à certaines caractéristiques de la radiodiffusion canadienne, ce qui justifie de les examiner plus en profondeur.

1.1 Le service public

À la fois mode d'organisation des activités de radio et de télévision et facette du discours public sur l'intérêt général, la notion de service public est au nombre des concepts fondateurs de la plupart des systèmes de radiodiffusion. Même dans les pays où l'on fait une grande place à l'initiative privée, l'idée suivant laquelle les diffuseurs exercent des fonctions dans l'intérêt public demeure présente. Partout, l'on pose, à la manière d'un fait

²⁸ *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art. 3(1)b).

²⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art 36(1)c).

³⁰ *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* (ci-après cité «Rapport Caplan-Sauvageau»), Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 159.

de la nature, que les fréquences radioélectriques sont du domaine public et devraient être utilisées de façon respectueuse des besoins du public.

Les valeurs que vise à défendre le service public ont évolué, tout comme le contexte de la télévision et de la radio³¹. Les services publics sont passés d'un environnement largement monopolistique à un environnement commercial marqué par la multiplication des canaux, la concurrence, la banalisation des produits audiovisuels et la raréfaction des fonds publics.

Le service public est au cœur des institutions juridiques encadrant les activités de radiodiffusion dans le monde. Il prend parfois le rôle de principe directeur, subordonnant à ses impératifs l'ensemble des acteurs oeuvrant dans le domaine de la télévision. Au nom des valeurs rattachées d'emblée au service public, l'on a mis sur pied des entités vouées à la fourniture de services de radio et de télévision. On a doté ces entités de missions exigeantes en matière d'information du public ou de soutien aux arts.

La notion de service public est donc un fondement de plusieurs systèmes de radiodiffusion dans le monde. Mais les valeurs rattachées au service public ne sont plus les mêmes qu'autrefois. De nouvelles valeurs ont émergé qui ont pu modifier les assises et les principes de légitimité du service public, par exemple, la nécessité, de plus en plus ressentie, de faire place aux femmes et aux minorités dans les médias. Le service public n'existerait donc plus tellement pour offrir à tous des services de radio et de télévision, mais plutôt pour permettre l'existence d'activités créatrices non susceptibles de découler du marché.

1.2 Le «système unique»

La notion de système unique figurait en tête des énoncés de la politique de radiodiffusion dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968. Dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991, elle est mentionnée à l'article 3(2) pour introduire l'idée suivant laquelle la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à en confier la réglementation et la surveillance à un seul organisme public autonome.

Ellis écrit que «[l]'historique de la radiodiffusion canadienne tourne essentiellement sur l'évolution du système unique en une structure ressemblant à un système double»³². Pour cet auteur, le phénomène résulte du fait que le secteur public et le secteur privé se sont développés dans des directions différentes, «le but du premier étant de servir l'intérêt public et celui du second de réaliser le maximum de bénéfices à partir de ses investissements»³³.

³¹ Voir : Gaëtan TREMBLAY, *Le service public : principe fondamental de la radiodiffusion canadienne*, Rapport présenté à la Commission Caplan-Sauvageau, s.l., s.é., septembre 1986, 135 p.

³² David ELLIS, *La radiodiffusion canadienne : objectifs et réalités, 1928-1968*, Ottawa, Ministère des Communications du Canada, 1979, p. 83.

³³ *Id.*

La persistance de la notion de système unique tient en bonne partie aux tensions ayant marqué l'histoire de la radiodiffusion. Jusqu'en 1958, la politique canadienne de radiodiffusion reposait sur la prémisse que les entreprises de radiodiffusion devaient être en principe publiques. Les entreprises privées, pourtant implantées depuis plus longtemps que les entreprises publiques, étaient envisagées comme ayant un rôle complémentaire, voire supplétif, au service public de radiodiffusion assumé par la Société Radio-Canada. Jusqu'en 1958, la Société Radio-Canada exerçait, en plus de ses fonctions de radiodiffuseur public, des fonctions de réglementation à l'égard de l'ensemble des entreprises. L'adoption de la loi de 1958 laissa subsister des ambiguïtés sur les pouvoirs du nouvel organisme de réglementation, le Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion (BGR), à l'égard de la Société Radio-Canada. Lors de l'adoption de la loi de 1968 sur la radiodiffusion, on a voulu assujettir clairement à la fois les entreprises publiques et les entreprises privées à l'autorité du CRTC. La *Loi sur la radiodiffusion* fait donc expressément état, depuis 1968, de la notion de «système unique». On a donc décrit l'ensemble des entreprises de radiodiffusion comme constituant un système unique, composé d'entreprises publiques et d'entreprises privées. Ellis prétend que la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968 «louait du bout des lèvres les principes de base du service national en affirmant que la radiodiffusion canadienne est «une» même si elle a deux composantes». Selon cet auteur, ce fut une «tentative maladroite de couper la poire en deux [qui] n'aura servi qu'à léser tout le monde»³⁴.

Le système canadien de radiodiffusion est un système composé de divers types d'entités ayant à évoluer dans des contextes forts différents. En fait, la notion de système unique n'est pertinente que pour appuyer le principe selon lequel le CRTC doit surveiller et réglementer l'ensemble des entreprises de radiodiffusion, qu'elles soient publiques ou privées. Dans *Société Radio-Canada c. La Reine*³⁵, le juge Estey écrit que la Société Radio-Canada «a été créée par le Parlement en vue de fournir un service national de radiodiffusion, y compris la création et la diffusion d'émissions, et de le faire à titre de partie intégrante du "système de la radiodiffusion canadienne"». Il ajoute plus loin que la situation de cette dernière est, à l'égard de la *Loi sur la radiodiffusion* et des règlements adoptés en vertu de celle-ci, ni meilleure ni pire que celle des radiodiffuseurs qui ne sont pas mandataires de Sa Majesté.

Sans doute, le CRTC a-t-il imposé des obligations réglementaires différentes à la Société Radio-Canada et aux entreprises privées de radiodiffusion. Cela marque les limites de la notion de système unique. Le secteur public et le secteur privé n'ont pas à être assujettis nécessairement aux mêmes obligations, mais ils participent à l'accomplissement des objectifs assignés au système par le Parlement.

La notion de système unique n'a pas vraiment eu de conséquences normatives directes; elle n'a jamais empêché comme telle l'adoption de réglementation différente pour certains types d'entreprises. C'est pourquoi cette notion est fréquemment décriée comme inutile. En tant que concept descripteur, elle est en effet inexacte, voire trompeuse, car le système canadien de radiodiffusion n'est plus un *single system* depuis au moins 1958. Son

³⁴ *Id.*, p. 84.

³⁵ [1983] 1 R.C.S. 339, 352.

utilité, souvent purement rhétorique, en fait une notion qui contribue à accentuer le caractère de législation symbolique de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Dans son rapport, le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion représente désormais le système comme «un ensemble composite où se côtoient non seulement les secteurs public et privé, français et anglais, mais aussi des services généraux et des services spécialisés, des stations commerciales et des stations communautaires, des zones de diffusion urbaines ou quasi désertiques»³⁶. Cette variété d'entreprises, de statuts, de situations fait douter du réalisme d'une démarche qui entretiendrait les mêmes attentes envers chaque composante du système. C'est pourquoi le rapport du Groupe de travail proposait de considérer le système canadien de radiodiffusion comme un «système composite». Le Groupe de travail affirmait qu'en réalité, les entreprises qui composent le système canadien de radiodiffusion sont animées par des objectifs différents. Pour le Groupe de travail, ces différences ne sont toutefois pas incompatibles avec les objectifs nationaux que le Parlement a définis pour la radiodiffusion. Chacune des entreprises doit, à sa façon, contribuer à la réalisation des objectifs définis pour le système de radiodiffusion dans son ensemble. Dans cet esprit, l'article 3(1)e) de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 déclare que «tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne».

2. LE CARACTÈRE PUBLIC DES FRÉQUENCES

L'article 3(1)b) de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce que le système canadien de radiodiffusion utilise des fréquences qui sont du domaine public. Ce principe fait partie de ceux qui sont les plus souvent invoqués afin de justifier le statut particulier de la radiodiffusion eu égard aux garanties constitutionnelles de la liberté d'expression. Cela justifie d'en faire un examen approfondi.

La question que soulève le principe du caractère public des fréquences se divise en deux volets : pourquoi les fréquences vouées à la radiodiffusion sont-elles déclarées faire partie du domaine public et cette détermination est-elle valide au plan de la liberté constitutionnelle de la presse et des autres moyens de communication? Cette deuxième question est traitée au chapitre 3 consacré au cadre constitutionnel.

Le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion mentionne dans son rapport que «dans tous les pays du monde [...], les fréquences radioélectriques utilisées pour la radiodiffusion sont réputées faire partie du domaine public»³⁷. D'ailleurs, on ne connaît pas de pays ayant choisi de développer un modèle d'allocation des fréquences radioélectriques reposant sur l'attribution de droits de propriété privée. Bien plus, Sydney Head rappelle que les autorités gouvernementales ont le monopole des ondes dans la

³⁶ Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 162

³⁷ *Id.*, p. 160.

majorité des pays³⁸. Les droits d'utiliser les fréquences sont donc, dans la plupart des pays occidentaux³⁹, déterminés grâce à un mécanisme d'autorisation de l'État.

2.1 Les conséquences du caractère public des fréquences

Affirmer le caractère public des fréquences, comme le fait l'article 3(1)b) de la *Loi sur la radiodiffusion*, c'est proclamer que l'on ne peut acquérir un droit de propriété privée sur celles-ci. Les autorisations d'usage accordées par les autorités étatiques doivent être considérées comme des permissions précaires, susceptibles d'être un jour révoquées.

Le fait que la propriété des fréquences soit du domaine public permet à l'État d'en réglementer les conditions d'usage, voire même d'en interdire l'usage à ceux qui n'ont pas reçu d'autorisation. Ces mesures doivent toutefois, à l'instar des autres actions étatiques, être compatibles avec les garanties constitutionnelles, c'est-à-dire constituer des limites raisonnables et justifiables au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁰. Il faut analyser les mesures prises afin de réglementer les activités de radiodiffusion au Canada dans cette perspective.

L'inclusion des fréquences parmi les biens publics soulève toutefois d'autres questions : de quelle façon le caractère public des fréquences constitue-t-il un fondement suffisant rendant compte de l'ensemble de la réglementation canadienne de la radio et de la télévision? La concession de fréquences publiques à des radiodiffuseurs implique-t-elle qu'ils accomplissent par là une fonction étatique?

2.2 Le caractère public des fréquences comme fondement de la réglementation

Le caractère public des fréquences peut certes expliquer le statut et la réglementation des entreprises d'émission de radiodiffusion. Celles-ci font, en effet, usage des fréquences afin de rendre accessible leur programmation au public en général. C'est même la condition essentielle de leur activité. Il en va de même, en principe, des autres entreprises de radiodiffusion comme les réseaux et les entreprises de réception de radiodiffusion. Mais pourtant, à première vue, ces entreprises ne font pas usage des fréquences de la même façon que les entreprises de réception de radiodiffusion. C'est peut-être ce qui explique que la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 énonce quelque peu différemment le principe au paragraphe 3(1)b) : «le système canadien de radiodiffusion composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public». Ce n'est pas tant les entreprises qui font usage de fréquences, mais plutôt le système dans son ensemble. Il peut donc y avoir des entreprises qui n'utilisent pas, comme tel, les fréquences. Cela ne les empêche pas de faire partie du système.

³⁸ Sydney W. HEAD, *World Broadcasting Systems : A Comparative Analysis*, Belmont, Walsworth Publishing, 1985, p. 59.

³⁹ *Id.*, p. 57 et suiv.

⁴⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 29.

Ainsi, les réseaux ne font pas directement usage des fréquences. L'exploitation d'un réseau résulte de l'existence d'une délégation de responsabilités de l'entreprise de radiodiffusion à l'exploitant de réseau⁴¹. Le réseau constitue donc une entité faisant usage des installations d'une entreprise d'émission ou de réception de radiodiffusion afin d'accomplir ses fonctions. Cet usage des fréquences radioélectriques résulte de la délégation. Voilà pourquoi les réseaux sont visés par la loi en tant qu'entreprises de radiodiffusion faisant partie d'un système qui, dans son ensemble, fait usage des fréquences radioélectriques.

Il en va de même des entreprises de câblodistribution : au plan technique, une entreprise de câblodistribution est un agencement comprenant des installations destinées à recevoir des signaux et d'autres permettant la redistribution de ces signaux aux abonnés. Il s'agit de la tête de ligne, du système de distribution et des prises chez les abonnés. Les activités des entreprises de câblodistribution sont analysées au chapitre 1.

Plusieurs auteurs ont tenté de définir le statut de la câblodistribution, notamment afin d'identifier son régime eu égard à la liberté d'expression, étant donné que la rationalité de rareté ou du caractère public des fréquences est ici moins manifeste. De telles entreprises doivent-elles être traitées en tous points comme des entreprises de radio et de télévision transmettant leurs programmes au seul moyen des ondes? Ne pourrait-on pas utiliser des standards différents selon le genre d'entreprises mises en cause pour juger de la compatibilité des règles régissant ces entreprises avec les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression? Dans l'affaire *Preferred Communications*⁴², la Cour suprême des États-Unis a reconnu que des entreprises de nature différente justifient des standards différents eu égard au Premier Amendement.

Le statut des entreprises de câblodistribution a engendré beaucoup de perplexité. Rattachées aux activités de radiodiffusion, elles n'avaient souvent qu'un rôle passif de retransmission des signaux d'autrui. Les capacités des réseaux de câbles coaxiaux sont aujourd'hui telles qu'il a été possible aux entreprises de câble de développer plusieurs services qui leur sont exclusifs, en plus d'offrir aux abonnés des services de programmation qui ne seraient pas autrement disponibles ou ne le seraient qu'à des coûts beaucoup plus élevés.

Ces multiples facettes des activités et des services offerts par les entreprises de câblodistribution leur ont valu un statut fondamentalement hybride. Tantôt, on les traite comme des radiodiffuseurs, avec les conséquences qui en découlent, alors que pour certains aspects de leurs activités, il est plus approprié de les considérer comme étant des entreprises de télécommunications.

Cette question n'a pas qu'un intérêt théorique. Il n'est pas indifférent d'assimiler l'entreprise à un journal, à une entreprise de radiodiffusion ou à un télécommunicateur. Dans le premier cas, on lui reconnaîtrait un important degré de liberté éditoriale, lui laissant pleine liberté de choisir les services et les émissions qu'elle juge approprié de transmettre à

⁴¹ *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art. 2(1) (définition de «réseau»).

⁴² *City of Los Angeles c. Preferred Communications Inc.*, 476 U.S. 488 (1986).

sa clientèle. Par contre, si l'on devait considérer l'entreprise comme un télécommunicateur, elle serait assujettie à des obligations plus strictes en matière de tarification, telle l'obligation de traiter ses abonnés sans discrimination. Au Canada, c'est la voie mitoyenne qui semble privilégiée : l'entreprise est assimilée à une entreprise de radiodiffusion et les problèmes particuliers qui ne trouvent pas réponse à partir des principes inhérents au statut de radiodiffuseurs sont réglés à la pièce par l'organisme de réglementation.

Aux États-Unis, plusieurs tentatives ont été faites en vue de préciser le statut des entreprises de câblodistribution, afin notamment d'établir les standards selon lesquels devraient être analysées les législations régissant les activités de ces entreprises.

On peut identifier deux grands courants de pensée. Un premier traite l'entreprise de câble en tant qu'éditeur électronique auquel il convient d'appliquer les standards et les principes applicables à la réglementation de la presse écrite. Selon cette approche, on va porter attention aux réglementations qui viendraient limiter la liberté éditoriale de l'entreprise.

Un autre courant considère les entreprises de câble comme étant de la nature d'un monopole naturel. On fait alors valoir que les services de câblodistribution sont de ceux qui ne peuvent être dispensés avec efficacité par plus d'une entreprise. En outre, ces entreprises doivent nécessairement faire usage du domaine public pour y passer leurs installations.

Dans l'affaire *Quincy Cable T.V. Inc. c. Federal Communications Commission*⁴³, le tribunal est venu à la conclusion que les rationalités rattachées à la rareté des fréquences ne valaient plus pour justifier la réglementation des entreprises de câble. La Cour fait valoir la grande capacité des canaux qui caractérise les entreprises de câble et, par voie de conséquence, l'impossibilité de considérer ce médium comme «physiquement» rare⁴⁴. Aussi, elle refuse d'appliquer à l'entreprise de câblodistribution le traitement défini pour les radiodiffuseurs conventionnels par la Cour suprême dans l'arrêt *Red Lion Broadcasting*⁴⁵. La Cour s'explique ainsi :

*The First Amendment theory espoused in National Broadcasting Co. and reaffirmed in Red Lion Broadcasting Co. cannot be directly applied to cable television since an essential precondition of that theory – physical interference and scarcity requiring an umpiring role for government – is absent.*⁴⁶

Cette analyse mène la Cour à invalider une réglementation prescrivant des règles de *must carry* en vertu desquelles le câblodistributeur ne peut déterminer librement les services qu'il fournit à ses abonnés.

⁴³ 768 F. 2d 1434 (1985), infirmé par 106 S. Ct. 2889 (1986).

⁴⁴ La Cour ajoute que la caractéristique du monopole naturel de ces entreprises tient aux «conditions économiques».

⁴⁵ *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969).

⁴⁶ *Quincy Cable T.V. Inc. c. Federal Communications Commission*, précité, note 43.

Le juge Posner adopte une toute autre vision dans l'arrêt *Omega Satellite Products Company c. City of Indianapolis*⁴⁷. Dans cette affaire, l'entreprise contestait une ordonnance des autorités municipales qui avaient découvert des câbles de l'entreprise dans un conduit souterrain se trouvant sous un passage public. Selon la municipalité, l'entreprise devait obtenir une concession municipale afin d'installer ses câbles dans les dépendances du domaine public municipal. L'entreprise entendait empêcher la municipalité, par voie d'injonction, de mettre son ordonnance d'enlèvement à exécution.

En confirmant la décision de rejeter la demande de l'entreprise, le juge Posner explique que la technologie suivant laquelle les services de câblodistribution sont rendus disponibles au public, implique nécessairement que ce service soit envisagé comme un «monopole naturel», ce qui pourrait alors justifier les mesures prises par la municipalité. Il explique ainsi la nature de monopole naturel de l'entreprise :

The cost of the cable grid appears to be the biggest cost of a cable television system and to be largely invariant to the number of subscribers the system has. We said earlier that once the grid is in place – once every major street has a cable running above or below it that can be hooked up to the individual residences along the street – [...] the cost of each grid will be spread over a smaller number of subscribers, and the average cost per subscriber, and hence price will be higher. If the foregoing accurately describes conditions in Indianapolis [...] it describes what economists call «a natural monopoly», wherein the benefits, and indeed the very possibility, of competition are limited. You can start with a competitive free-for-all – different cable television systems frantically building out their grids and signing up subscribers in an effort to bring down their average costs faster than their rivals – but eventually there will be only a single company, because until a company serves the whole market it will have an incentive to keep expanding in order to lower its average costs. In the interim there may be wasteful duplication of facilities. This duplication may lead not only to higher prices to cable television subscribers, at least in the short run, but also to higher costs to other users of the public ways, who must compete with the cable television companies for access to them. An alternative procedure is to pick the most efficient competitor at the outset, give him a monopoly, and extract from him in exchange a commitment to provide reasonable service at reasonable rates.⁴⁸

Reconnaissant que le phénomène de la rareté des fréquences ne pouvait justifier, à l'égard des entreprises de câble, un traitement différent de celui réservé à la presse écrite, le juge Posner énonce cependant des motifs au nom desquels il est raisonnable pour l'État d'intervenir sans qu'il s'agisse pour autant d'une violation de la liberté d'expression. D'abord, les entreprises de câble interfèrent avec les autres utilisateurs d'installations d'utilités publiques, tels les poteaux et les conduites souterraines. Ensuite, la nature de monopole naturel de l'entreprise constitue aussi une justification aux mesures destinées à contrôler l'entrée dans ce marché. Enfin, l'influence pénétrante des médias de radiodiffusion, encore aujourd'hui au coeur des services offerts par les câblodistributeurs,

⁴⁷ 694 F. 2d 119 (1982).

⁴⁸ *Id.*, 126.

ainsi que la nécessité de protéger les enfants expliquent l'identification de telles entreprises à un statut se rapprochant des entreprises de radio et de télévision.

Au Canada, où les entreprises de câble sont aussi des monopoles et empruntent les voies publiques pour acheminer leurs signaux, il y a des motifs permettant de fonder une réglementation de ces entreprises qui reposerait sur des obligations semblables à celles qui s'imposent aux radiodiffuseurs, d'une part, et aux entreprises de télécommunications, d'autre part.

Il importe cependant de constater que les rationalités se fondant uniquement sur le caractère public des fréquences seront parfois insuffisantes, en particulier s'il s'agit de trouver des justifications au contrôle des contenus diffusés. D'autres motifs sont invoqués afin de justifier les limites à la liberté des entreprises.

2.3 Les usages des fréquences publiques et l'action étatique

Le caractère public de la ressource utilisée a-t-il pour effet d'investir les personnes autorisées d'une activité gouvernementale à laquelle la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁹ s'applique? Si tel est le cas, on doit analyser les gestes des radiodiffuseurs en s'assurant de leur conformité avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Katherine Swinton écrit que :

Les tribunaux devraient élaborer un critère de "fonction gouvernementale" pour décider quelles activités, quels organismes subordonnés et quels particuliers devraient être soumis à la Charte. Pour l'élaboration d'un tel critère, on peut se guider dans une certaine mesure sur la doctrine américaine de l'action gouvernementale, sur les lois relatives à la qualité de mandataire de la Couronne et sur la jurisprudence.⁵⁰

En matière de radiodiffusion, on ne voit pas très bien en quoi la notion de mandataire de la Couronne pourrait contribuer à définir le statut de ces entreprises eu égard à la Charte constitutionnelle⁵¹. Toutefois, la doctrine américaine de l'action gouvernementale peut fournir d'intéressantes avenues aidant à préciser le statut des radiodiffuseurs. Selon cette doctrine, les actes émanant d'entités privées peuvent être traités comme des actes posés par

⁴⁹ Précitée, note 40.

⁵⁰ Katherine SWINTON, «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans Gérard A. BEAUDOIN et Walter S. TARNOPOLSKY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, pp. 60 et 61.

⁵¹ Il est en effet admis que le seul fait de l'attribution d'une licence de radiodiffusion n'a pas en soi pour effet de conférer à une personne le statut de mandataire de la Couronne. Voir : Marc DUFOUR, «L'attitude restrictive des tribunaux en matière de reconnaissance de privilèges et d'immunités aux agents de la couronne», (1986) 46 *R. du B.* 381.

les autorités étatiques et, par conséquent, leur compatibilité avec les principes constitutionnels est ainsi assujettie au contrôle judiciaire⁵².

À l'égard des radiodiffuseurs, Lange écrit que les tribunaux américains ont envisagé les contestations contre les radiodiffuseurs fondées sur des prétentions constitutionnelles avec «*a rather firm presumption against a finding of state action*»⁵³. Ainsi, en 1945, dans *McIntire c. William Penn Broadcasting Company of Philadelphia*⁵⁴, la Cour d'appel du troisième circuit déclare simplement que le radiodiffuseur est une entité privée et, par conséquent, non assujetti aux prescriptions du Premier Amendement. On ne discute pas de la nature des fonctions accomplies par la station de radio, de l'implication gouvernementale résultant de l'attribution d'une licence ou encore de la participation de l'organisme de réglementation dans les gestes attaqués. Même assurance tranquille dans *Massachusetts Universalist Convention c. Hildreth & Rogers Co.*⁵⁵. Dans une décision confirmée en tous points par la Cour d'appel du premier circuit en 1950, la Cour fédérale de district du Massachusetts rejette, en une phrase, les prétentions de la demanderesse fondées sur le Premier Amendement : «*But this Amendment limits only the action of Congress or of agencies of the federal government and not private corporations such as defendant here*»⁵⁶.

Dans les années subséquentes, on a assisté à un développement considérable de la doctrine de l'action gouvernementale. S'appuyant sur les nombreux précédents ayant étendu, dans une large mesure, la notion de *state action*, les plaideurs et les tribunaux américains ont imaginé diverses façons de rattacher l'activité des radiodiffuseurs à l'action étatique⁵⁷.

En 1971, dans *Post c. Payton*⁵⁸, les requérants se plaignaient de la fermeture d'une station de radio universitaire et du congédiement du directeur à la suite de la diffusion de prétendues obscénités. On a tenté de rapprocher le mécanisme d'attribution de licences par les autorités gouvernementales à celui par lequel les autorités postales accordent des autorisations de distribuer le courrier aux entreprises privées. On alléguait que la livraison

⁵² Voir : David S. ELKIND, «Note, State Action : Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity», (1974) *Colum. L.R.* 656; Jerome A. BARRON et C. Thomas DIENES, *Constitutional Law : Principles and Policy*, 2^e éd., Charlottesville, Michie Co., 1982, pp. 1019-1067.

⁵³ David L. LANGE, «The Role of the Acces Doctrine in the Regulation of the Mass Media : A Critical Review and Assessment», (1973) 52 *N.C. L. Rev.* 1; voir également : Ruth WALDEN, «The Applicability of State Action Doctrine to Private Broadcasters», (1985) 7 *COMMENT L.J.* 265.

⁵⁴ 151 F. 2d 597 (1945), infirmé par 327 U.S. 779 (1946).

⁵⁵ 87 F. Supp. 822 (1949), confirmé par : 183 F. 2d 497 (1950).

⁵⁶ *Id.*, 825.

⁵⁷ R. WALDEN, *loc. cit.*, note 53, 285.

⁵⁸ 323 F. Supp. 799 (1971).

de courrier et la radiodiffusion étaient des méthodes fonctionnellement équivalentes de dissémination de l'information⁵⁹. La Cour de district refusa toutefois d'y voir une action étatique étant donné que le Congrès n'avait pas manifesté l'intention de faire de la radiodiffusion une activité devant être accomplie par l'État.

On en arrivait au même résultat dans *Smothers c. Columbia Broadcasting System Inc.*⁶⁰ où les requérants se plaignaient de la décision d'un réseau ayant censuré leur émission. Tout en reconnaissant la proximité de la relation entre la CBS et l'organisme de réglementation, la Cour affirme que cela ne suffit pas à démontrer que l'entreprise effectue une fonction qui devrait normalement être accomplie par l'État⁶¹. On ne saurait évidemment s'étonner que les tribunaux américains n'aient pas vu, dans l'activité des radiodiffuseurs, de l'action étatique dans la mesure où celle-ci se définit comme résultant de l'accomplissement, par une partie privée, d'activités traditionnellement rattachées à la fonction gouvernementale. On sait que la radio et la télévision ont toujours été aux États-Unis principalement une activité privée⁶². On ne peut davantage considérer cette activité comme étant rattachée à la fonction du gouvernement puisque l'histoire législative américaine sur les communications, à partir de 1934, ne montre aucune indication d'une intention de considérer la radiodiffusion comme étant une activité ou une prérogative gouvernementale. La raison d'être du *Communications Act* de 1934 est notamment de «*maintain the control of the United States over all the channels of interstate and foreign radio transmission, and to provide for the use of such channels, but not the ownership thereof, by persons for limited periods of time*». Ruth Walden ajoute que :

[...] *both the legislative history of broadcast legislation and its application and interpretation for more than fifty years indicate that the maintenance-of-control language was designed primarily to establish and justify federal power to regulate, not operate, broadcast stations.*⁶³

On peut sans doute voir là une différence significative avec la situation canadienne où l'objectif avoué de la politique de radiodiffusion a été, au moins officiellement jusqu'en 1958, de faire de cette activité le monopole d'une corporation publique.

⁵⁹ Ce raisonnement s'appuyait sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Amalgamated Food Employees Union Local 590 c. Logan Valley Plaza Inc.*, 391 U.S. 308 (1968), où la Cour avait assimilé un centre d'achat à une place publique ou à une rue publique. Le centre d'achat était, selon la Cour suprême, l'équivalent fonctionnel de la rue.

⁶⁰ 351 F. Supp. 622 (1972).

⁶¹ Une telle analyse a de quoi surprendre selon R. WALDEN, *loc. cit.*, note 53, qui fait remarquer que dans *Wilmington Parking Authority*, 375 U.S. 715 (1961), la Cour suprême avait trouvé que l'exploitation d'un restaurant suivant une concession de l'État équivalait à de l'action étatique.

⁶² Voir : Sydney W. HEAD et Christopher H. STERLING, *Broadcasting in America : A Survey of Television and Radio*, 4^e éd., Boston, Houghton Mifflin, 1982, p. 5.

⁶³ R. WALDEN, *loc. cit.*, note 53, 289.

Aux États-Unis, suite à l'arrêt *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*⁶⁴ qui reconnaissait le caractère rare des fréquences radioélectriques, on a cru que cela pourrait donner ouverture à une qualification de l'activité des radiodiffuseurs comme action étatique. Cette opinion se fondait sur la reconnaissance d'une sorte de responsabilité fiduciaire attribuée au radiodiffuseur, responsabilité fondée sur une certaine prééminence des droits du public sur ceux des diffuseurs.

Toutefois, dans *Columbia Broadcasting System Inc. c. Democratic National Committee*⁶⁵, la Cour suprême a eu l'occasion de discuter plus longuement du statut constitutionnel des radiodiffuseurs. Cet arrêt faisait suite au refus des radiodiffuseurs de diffuser les messages éditoriaux des organisations requérantes. La Federal Communications Commission (FCC) rejeta les plaintes logées à la suite de ces refus. La Cour d'appel du district de Columbia, dans *Business Executives' Move for Vietnam Peace c. Federal Communications Commission*⁶⁶ renversait la décision de l'organisme de réglementation, jugeant le refus général de diffuser toute annonce éditoriale comme contraire au Premier Amendement. La Cour allait même jusqu'à déclarer que l'action des radiodiffuseurs constituait de l'action étatique. En renversant la décision, la Cour suprême donnait raison à la FCC et reconnaissait que ni la loi ni la Constitution n'obligeaient les radiodiffuseurs à vendre du temps d'antenne pour la diffusion de points de vue controversés. Quatre juges rejetaient l'application de la doctrine du *state action* à l'activité des radiodiffuseurs. Dissident, le juge Brennan considérait que les radiodiffuseurs faisaient de l'action gouvernementale pour quatre raisons : la nature publique des fréquences, le statut spécial des radiodiffuseurs créé par l'État, l'imposante réglementation des contenus par l'État fédéral et l'acquiescement explicite de la FCC à la politique de l'entreprise de télévision, attaquée en l'espèce.

Pour sa part, le juge Burger, rendant la décision majoritaire, fondait son analyse sur les notions d'indépendance et de discrétion journalistique. Ce qui différencie les radiodiffuseurs des autres entités jouissant de concessions importantes de l'État, c'est le fait qu'il leur est reconnue une importante marge de discrétion journalistique. Cette discrétion est incompatible avec une conception de ces entreprises les assimilant à l'action étatique.

C'est manifestement cette notion de responsabilité éditoriale qui rend si difficile l'application de la doctrine du *state action* aux radiodiffuseurs. Ruth Walden écrit à ce propos que :

Unable to reconcile the journalistic role and rights of broadcasters with a theory that would subject journalistic decisions to constitutional scrutiny and restraints, the judiciary has rejected applicability of the state action theory [...] To accomplish this, Chief justice Burger and others have used what might be termed a negative approach

⁶⁴ Précité, note 45.

⁶⁵ 412 U.S. 94 (1973).

⁶⁶ 450 F. 2d 642 (1971).

*to symbiosis analysis. In essence, that approach says that state action is not present because it should not be present.*⁶⁷

La même tendance se décèle au Canada bien qu'une telle question ne s'y soit pas encore posée à l'égard des radiodiffuseurs. Dans *Mc Kinney c. University of Guelph*⁶⁸, le juge La Forest conclut que les universités jouissent d'une marge d'autonomie importante face aux instances gouvernementales, ce qui empêche de conclure que ces entités exercent une fonction étatique. Après avoir passé en revue le statut des universités ontariennes, il conclut que :

*Légalement, le gouvernement n'a donc aucun pouvoir de régir les universités même s'il voulait le faire. Bien que les universités, comme d'autres organismes privés, soient assujetties à la réglementation gouvernementale et dépendent en grande partie des fonds publics, elles dirigent leurs propres affaires et répartissent ces sommes ainsi que celles qui proviennent des frais de scolarité, de fondations et d'autres sources.*⁶⁹

Le rapprochement avec les radiodiffuseurs et singulièrement les radiodiffuseurs publics, porte à conclure que cette analyse devrait leur être appliquée. Les radiodiffuseurs, même ceux qui sont financés par l'État, ne répondent de leurs décisions éditoriales que devant le CRTC et devant les tribunaux de droit commun, non le gouvernement. Il est difficile de les considérer, à la lumière des critères dégagés dans l'arrêt *Mc Kinney*, comme des entités dépendantes de la volonté gouvernementale. L'autre motif avancé par le juge La Forest pour conclure que les institutions universitaires ne participent pas de l'action gouvernementale est encore plus pertinent à la situation des radiodiffuseurs au Canada. Le juge La Forest explique en effet que :

*L'autonomie en droit des universités est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société. Toute tentative du gouvernement d'influencer les décisions des universités, particulièrement celles qui concernent la nomination, la permanence et le renvoi de membres du personnel enseignant, ferait l'objet d'une opposition acharnée de la part des universités puisque cela pourrait conduire à des violations de la liberté académique.*⁷⁰

Là encore, il est possible d'extrapoler qu'à l'égard des radiodiffuseurs, les tribunaux tireraient une conclusion de même nature.

⁶⁷ R. WALDEN, *loc. cit.*, note 53, 300 et 301.

⁶⁸ *Mc Kinney c. University of Guelph*, [1991] 13 C.H.R.R., D/ 171; voir aussi : *Harrison c. University of British Columbia*, [1991] 13 C.H.R.R., D/ 317; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1991] 13 C.H.R.R., D/337; Andrée LAJOIE et Michèle GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, pp. 246 et suiv.

⁶⁹ *Mc Kinney c. University of Guelph*, *op. cit.*, note 68, par. 41.

⁷⁰ *Id.*, par. 42.

Comme il est conjugué avec le principe de la liberté d'expression, le caractère public des fréquences ne peut aller jusqu'à engendrer, pour les radiodiffuseurs, un statut qui reviendrait à leur imputer une implication dans une action gouvernementale. Cela n'empêche cependant pas le principe du caractère public des fréquences de constituer un important fondement à la réglementation de la radio et de la télévision.

3. LA RECONNAISSANCE DES POINTS COMMUNS ET DES DIFFÉRENCES DES RADIODIFFUSIONS EN FRANÇAIS ET EN ANGLAIS

L'article 3(1)c) de la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît le caractère distinct de la radiodiffusion en français. L'importance de cette reconnaissance est accentuée en raison du fait qu'il en est fait mention à deux autres endroits différents de la loi⁷¹.

Cette reconnaissance est formulée sous la forme d'une affirmation de fait. Ce n'est pas un objectif à atteindre ou un souhait qui est formulé, c'est un fait qui est affirmé comme étant un déterminant majeur de la politique canadienne de radiodiffusion. Après avoir rappelé l'existence de certains points communs entre la radiodiffusion en langue française et celle en langue anglaise, il est affirmé que celles-ci diffèrent quant à leurs conditions d'exploitation et, éventuellement, quant à leurs besoins.

Ce qui est reconnu, c'est le fait : il existe une différence quant aux conditions d'exploitation. Il n'en découle pas nécessairement une différence quant aux besoins. Une telle différence pourra «éventuellement» en résulter. Ainsi, le Parlement ne reconnaît pas qu'en tout temps, la radiodiffusion en français a des besoins différents et par conséquent doit être traitée de façon différente. Cette démonstration devra être faite, à chaque fois qu'il le faudra, devant les instances chargées de la réglementation.

L'idée que la radiodiffusion francophone possède un caractère distinct par rapport à la radiodiffusion anglophone est à la fois ancienne et nouvelle. C'est une idée ancienne en ce qu'il est aisé, pour ceux qui oeuvrent dans cette industrie, de constater les différences significatives existant entre le contexte et les traits visibles de l'industrie francophone et de son pendant anglophone. Le tissu culturel dans lequel se sont développées la radio et la télévision en français, surtout au Québec, est significativement différent. Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* constatait qu'il «s'est effectivement édifié au Québec un système qui a ses propres rites, son histoire, ses programmes, son auditoire, ses problèmes. Et qui aspire pour progresser à un traitement "sur mesure"»⁷².

Les différences qui caractérisent la radiodiffusion francophone n'ont jamais été explicitement reconnues dans les textes officiels énonçant les politiques canadiennes de radiodiffusion. Ce n'est que dans des occasions particulières que les autorités, prenant acte des différences que présentaient les marchés à prédominance francophone, optèrent pour des approches différentes à l'égard de la radiodiffusion francophone. La reconnaissance du

⁷¹ Il en est fait expressément mention à l'article 3(1)m)(iv) concernant la programmation de Radio-Canada, à l'article 5(2)a) concernant les caractéristiques que doivent posséder la surveillance et au niveau de la réglementation du CRTC.

⁷² Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 223.

caractère distinct de la radiodiffusion francophone, soit dans des textes gouvernementaux, soit par des groupes d'enquête est, à plusieurs égards, un phénomène récent.

L'énoncé de 1983, *Vers une nouvelle politique nationale de la radiotélédiffusion*⁷³, reconnaissait que «la télévision d'expression française» était dans une situation sensiblement différente que la télévision d'expression anglaise et mettait de l'avant certaines mesures destinées à l'accroissement des services en français tant au Québec qu'ailleurs au Canada.

Il a fallu attendre le rapport sur *L'Avenir de la télévision francophone*⁷⁴ pour un constat officiel des traits particuliers que présentait la radiodiffusion francophone. Réalisé par les deux ministères des Communications, ce rapport recommande «Que l'on reconnaisse la spécificité du système télévisuel francophone par rapport à l'ensemble du système canadien et que les politiques gouvernementales et les réglementations soient adaptées en conséquence».

Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* publié en septembre 1986 recommande pour sa part «que la politique canadienne de radiodiffusion reconnaisse le caractère distinct de la radiodiffusion québécoise, en soi et comme point d'appui de la radiodiffusion en langue française partout au Canada»⁷⁵. Il y a dans l'approche du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, la reconnaissance, absente dans les autres prises de position officielles, de la dimension québécoise, en tant qu'assise essentielle du fait francophone au Canada. Cette reconnaissance de la part du Groupe de travail s'inscrit dans la même veine que celle de la Commission MacDonald sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. On peut en effet lire dans le rapport de cette Commission que :

*Ce qui caractérise le Québec, au point de départ, c'est l'existence sur son territoire d'une population majoritairement francophone dotée d'institutions politiques et sociales qu'elle contrôle et dont elle détermine les orientations. Cette première constatation, qui met l'accent sur le statut majoritaire des francophones québécois par opposition au statut minoritaire des francophones hors-Québec, est fondamentale.*⁷⁶

73 CANADA, MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *Vers une nouvelle politique nationale de la radiotélédiffusion*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

74 COMITÉ FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'AVENIR DE LA TÉLÉVISION FRANCOPHONE, *L'avenir de la télévision francophone*, Québec, Ministère des Communications du Québec, Ottawa, Ministère des Communications du Canada, 1985, p. 91.

75 Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 171.

76 *Rapport – Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, vol. 3, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 382.

Le Comité de coordination de l'entente de concertation et d'harmonisation Canada-Québec sur le développement du système de la télévision francophone a exprimé son accord au principe de la reconnaissance, dans une nouvelle loi sur la radiodiffusion, de la spécificité du système de radiodiffusion francophone⁷⁷.

Le ministre des Communications du Canada a affirmé son intention de reconnaître, dans la législation, une réalité évidente comme celle du caractère foncièrement distinct de la radiodiffusion francophone au Canada⁷⁸. Dans sa réponse aux questions soulevées par le Comité permanent des communications et de la culture, en novembre 1987, la ministre des Communications déclarait que :

Le secteur de la radiodiffusion en langue française, au Québec comme dans les autres provinces, et les réalités concrètes du marché qui le gouverne nous obligent à nous préparer à adopter des solutions propres au contexte français. Certaines de ces solutions seront fort différentes, peut être même radicalement distinctes, des solutions exigées par les marchés de langue anglaise.

A toutes les étapes de nos délibérations, il nous est interdit de supposer que la situation du secteur français peut être considérée brièvement et qu'il suffirait d'appliquer les solutions adoptées pour le secteur anglais, telles quelles ou légèrement modifiées, pour satisfaire aux besoins des téléspectateurs francophones et aux conditions économiques dans lesquelles fonctionne cette industrie. [...] Je considère cette spécificité comme un élément important de la politique de la radiodiffusion [...].⁷⁹

À diverses occasions, les traits spécifiques de la radiodiffusion francophone ont appelé des approches et des solutions réglementaires différentes, souvent originales, mais presque toujours imaginées sur une base *ad hoc* afin de répondre à des impératifs ressentis par l'industrie. Ces mesures ont dû parfois être prises en marge des principes et fondements de la réglementation du système canadien de radiodiffusion puisque ceux-ci ne comprenaient pas de reconnaissance officielle du caractère particulier de la radiodiffusion francophone.

⁷⁷ Voir : *Analyse et propositions du Comité de coordination de l'entente de concertation et d'harmonisation Canada-Québec sur le développement du système de la télévision francophone au sujet du Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion*, s.d., s.l.

⁷⁸ Voir notamment : CANADA, MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *Notes pour une allocution de l'honorable Flora MacDonald députée de Kingston et les lles ministre des Communications en vue de présenter le plan de dépenses du Ministère des Communications*, Ottawa, 4 mai 1987, p. 14; CANADA, MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *Notes pour une allocution prononcée par l'honorable Flora MacDonald députée de Kingston et les lles ministre des Communications devant le Comité permanent des Communications et de la Culture*, Ottawa, 22 septembre 1987.

⁷⁹ CANADA, MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *Réponse de la ministre des Communications aux questions soulevées par le Comité permanent des communications et de la culture dans une lettre envoyée par le président à la ministre*, Ottawa, novembre 1987, p. 4

On peut identifier un certain nombre de précédents, dans les décisions du CRTC en matière de radiodiffusion, qui révèlent jusqu'à quel point le système de réglementation de la radiodiffusion a dû s'adapter *de facto* aux caractéristiques spécifiques de la radiodiffusion francophone. Les caractéristiques du marché de la radiodiffusion francophone ont, en certaines occasions, amené le CRTC à prendre des décisions se différenciant sensiblement de celles qu'il aurait vraisemblablement prises à l'égard d'entreprises oeuvrant dans le marché anglophone. Cette reconnaissance du caractère distinct du secteur francophone transparaît de multiples façons. Par exemple, dans sa décision⁸⁰ concernant l'attribution d'une licence au réseau de Télévision Quatre-Saisons, le Conseil note que «la majorité de l'auditoire de la nouvelle station se retrouverait dans un marché linguistique et culturel fondamentalement distinct de celui de CFCF-TV».

Dans sa décision 79-460 du 8 août 1979⁸¹, le CRTC autorisait des câblodistributeurs québécois à distribuer les émissions de la Société d'édition et de transcodage. Cette société assemblait des émissions des trois chaînes de télévision de France présentées sous l'indicatif TVFQ 99. L'autorisation de distribuer la programmation de TVFQ était accordée à chaque câblodistributeur, TVFQ n'ayant pas de licence de réseau. Le CRTC autorisait plutôt les câblodistributeurs qui en faisaient la demande à distribuer cette programmation sous leur seule responsabilité, car il n'y a pas, entre TVFQ et l'entreprise de câblodistribution, de délégation de responsabilité, à l'égard des contenus diffusés, une telle délégation constituant l'essence d'un arrangement de réseau. Le contenu d'un tel service étant entièrement non canadien, il n'était pas possible pour le Conseil d'émettre une licence de réseau⁸² à la SETTE⁸³. Le CRTC a choisi plutôt d'autoriser les entreprises de câble qui le souhaitaient à distribuer cette programmation moyennant un ajustement conséquent des tarifs d'abonnement. Le Conseil a considéré TVFQ comme un service spécial de programmation et en autorise la distribution à la condition qu'aucune annonce publicitaire n'y soit diffusée. Cette autorisation du CRTC se justifiait par le fait que ce service «contribuera à améliorer l'équilibre entre les services offerts en langue française et anglaise par les entreprises de télévision par câble au Québec».

Les prémisses qui devraient fonder les politiques en matière de radiodiffusion francophone ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui s'imposent d'emblée pour la radiodiffusion anglophone au Canada. Ainsi, plus que le contenu canadien, ce qui fait défaut dans la radiodiffusion francophone, c'est l'offre d'émissions en langue française. Voilà sans doute pourquoi le CRTC a jugé bon de déroger, dans sa décision sur l'implantation de TVFQ par exemple, aux principes selon lesquels les réseaux doivent offrir une programmation ayant un contenu principalement canadien. L'approche du Conseil à l'égard de TVFQ comporte une autre dérogation significative à ses politiques générales : il s'agit en effet de la première autorisation d'un service à péage universel, c'est-à-dire

⁸⁰ CRTC, Décision 85-733, 6 septembre 1985, *Réseau de télévision Quatre-Saisons*.

⁸¹ CRTC, Décision 79-460, 8 août 1979, *Câblevision Nationale Ltée*.

⁸² Voir : McCARTHY & McCARTHY, *Satellite Services, network licensing and the Broadcasting Act*, A research study for the Task force on broadcasting policy, March 31, 1986.

⁸³ Le sigle SETTE désigne la «Société d'Édition et de Transcodage T.E. Ltée».

financé par une redevance obligatoire imposée par l'entreprise de câblodistribution à l'ensemble des abonnés, peu importe que les abonnés aient demandé le service ou non. Cette approche a été identifiée depuis comme étant plus susceptible de convenir à la situation particulière de la radiodiffusion francophone au Québec.

S'il est possible de constater qu'à certaines occasions, l'on a pris en considération le caractère particulier du marché francophone dans l'application des politiques de radiodiffusion, il est d'autres occasions où l'on ne s'est pas livré à ce genre d'exercice.

C'est en reconnaissant les besoins distincts du public francophone que les autorités réglementaires ont consenti à certains accommodements ou dérogations aux principes énoncés pour le système de la radiodiffusion canadienne dans son ensemble. Les reconnaissances *de facto* des différences que pouvait présenter, dans certaines situations, la radiodiffusion francophone, ne résultaient pas d'une prise en compte systématique ou officielle de cette réalité; ce sont plutôt des décisions dictées par les conditions concrètes que l'organisme de réglementation a dû constater afin de jouer son rôle de façon efficace. Le constat de certains traits particuliers de la radiodiffusion francophone conduit à la reconnaissance de la nécessité, pour cette industrie, de se développer dans un cadre qui ne comporte pas de redondances réglementaires ou, plus prosaïquement, de réglementation inutile. C'est en ce sens que la reconnaissance des traits particuliers de la radiodiffusion francophone obéit d'abord et avant tout à des impératifs d'efficacité. Plus concrètement, ces impératifs font écho à la nécessité d'éviter la double réglementation, de garantir clairement la possibilité de réglementer différemment le système francophone et enfin, de fonder l'existence de mécanismes distincts pour la radiodiffusion francophone.

4. LE CARACTÈRE CANADIEN

L'article 3(1)a) de la *Loi sur la radiodiffusion*⁸⁴ déclare que «le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle».

Le Livre blanc sur la radiodiffusion de 1966 déclare que «[l]a détermination d'établir et de maintenir un système de radiodiffusion sonore et visuelle au Canada, s'inscrit essentiellement dans la poursuite de l'identité et de l'unité canadiennes»⁸⁵. Ce Livre blanc, qui a précédé l'adoption de l'actuelle *Loi sur la radiodiffusion*, réitère le fait que la situation prévalant en 1966 n'est pas différente de celle de l'époque de la Commission Aird, où il avait été constaté qu'«unaniment d'accord [...] les auditeurs canadiens de radio veulent de la radiodiffusion canadienne»⁸⁶. Plus récemment, le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* constatait la persistance de la problématique de la présence canadienne sur les ondes. Il recommandait que :

[D]ans son organisation et son fonctionnement, le système de la radiodiffusion canadienne tend à servir les intérêts et les besoins d'expression des Canadiens de

⁸⁴ Précitée, note 1.

⁸⁵ *Livre blanc sur la radiodiffusion*, op. cit., note 4, p. 5.

⁸⁶ *Rapport de la Commission royale de la radiodiffusion* (ci-après cité «Rapport Aird»), Ottawa, Imprimeur du roi, 1929, p. 6.

manière à «sauvegarder, enrichir et raffermir le tissu culturel, politique, social et économique du Canada». Qu'à cette fin, le système de la radiodiffusion canadienne concoure à la connaissance des réalités canadiennes, présente une grande variété d'émissions d'inspiration canadienne et se prête ainsi à l'expression de l'identité canadienne. Qu'il maintienne de surcroît la communication entre les régions du pays et vise à satisfaire leurs besoins particuliers. Qu'il reflète enfin dans ses émissions la diversité culturelle des Canadiens.⁸⁷

Le caractère canadien est non seulement un objectif à atteindre dans la programmation offerte par le système de radiodiffusion, c'est aussi un fondement, une justification et une donnée de base des politiques et de la réglementation des entreprises de radiodiffusion au Canada. À ce propos Brenda Downey constate que :

It appears, therefore that little has changed since the publication of the Aird Report in 1929. More than a half century later the major goal for the Canadian broadcasting system remains the fostering of a Canadian national identity within an ever advancing technological environment which is threatening national boundaries and where broadcasters are consistently concerned more with the bottom line on their balance sheets than with supporting the national identity goals of the government.⁸⁸

La proximité des États-Unis, sans conteste le plus grand producteur de contenu audiovisuel de la planète, explique évidemment le souci, constant tout au long de l'histoire de la radio et de la télévision canadienne, d'assurer une présence des oeuvres canadiennes sur les ondes. Alors que l'Australie souffre d'isolement, le Canada souffre de proximité, écrit Sydney Head⁸⁹. Il est en effet manifeste que la proximité des États-Unis, engendrant la présence virtuelle sur le territoire canadien d'un autre système de radio et de télévision, est une donnée fondamentale dans les politiques et les principes réglementaires encadrant le développement de la radiodiffusion au Canada. Cette situation géographique explique et justifie en grande partie le cadre réglementaire de la radio et de la télévision au Canada. Traitant des critères de conformité avec les garanties constitutionnelles de la liberté de presse et des autres moyens de communication, Marie Alison Finklestein parle même d'une «doctrine de la culture et de l'unité canadienne» comme élément de justification, eu égard à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression, des mesures législatives et réglementaires prises en matière de radiodiffusion⁹⁰.

⁸⁷ Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, pp. 166 et 167.

⁸⁸ Brenda M. DOWNEY, *Regulation, Politics, and Public Policy : the Case of Canadian Television Content Regulations, 1959-1984*, mémoire de maîtrise, University of Calgary, 1985, p. 41.

⁸⁹ S. W. HEAD, *op. cit.*, note 38, p. 87.

⁹⁰ Marie Alison FINKELSTEIN, *Selected Social Issues in Programming : The Legal, Constitutional and Policy Implications of the Equality Provisions in Bill C-20*, Research paper prepared for the Federal Task Force on Broadcasting Policy, s.l., s.é., 1985, p. 71 et suiv.

Les Canadiens consomment beaucoup d'émissions de télévision et de radio et une proportion significative de ce qu'ils regardent et écoutent est d'origine américaine. L'antériorité des contenus américains explique sans doute l'intérêt qu'ils ont, de tout temps, suscités chez les Canadiens. Avant même qu'il n'existe un service de radiodiffusion bien intégré et largement développé, c'est-à-dire un service qui soit en mesure de desservir l'ensemble du Canada, les Canadiens de certaines régions avaient pris l'habitude d'écouter et de regarder les émissions en provenance des États-Unis⁹¹.

L'absence, pendant les premières années de la radio, d'une industrie canadienne viable, capable d'alimenter en productions variées des stations qui doivent continuellement innover, paraît également avoir joué dans la carence des contenus canadiens. À cette explication se juxtapose de toute évidence l'argument économique. Il est notoirement possible pour les Américains de produire des émissions nécessitant des investissements massifs et de les rentabiliser sur leur marché intérieur. De telles productions peuvent être offertes sur les marchés étrangers à des prix très avantageux, en général plus bas que ce qu'il en coûterait pour produire une émission originale canadienne de qualité équivalente. À bien des égards, ce facteur a rendu beaucoup plus difficile l'émergence d'une industrie canadienne de production de programmes.

La proximité des États-Unis explique aussi en bonne partie l'adhésion de la plupart des Canadiens aux valeurs culturelles américaines. Le *American Way of Life* a modelé les comportements des Canadiens, à l'instar de la plupart des populations du monde occidental, à tel point qu'ils ne se reconnaissent plus qu'à travers les images et les symboles véhiculés par les émissions et les chansons américaines⁹².

Par-delà ces quelques explications d'un phénomène dont la complexité dépasse de loin le cadre de cet ouvrage, les produits culturels américains ont toujours dominé les ondes et les câbles canadiens. Cela était vrai dans les années 20 et 30 où, déjà, la programmation radiophonique canadienne était composée à 80 % d'émissions en provenance des États-Unis⁹³, comme en 1984 où les émissions étrangères, presque toutes américaines, représentaient 74 % de l'ensemble des émissions disponibles à la télévision de langue anglaise du lundi au dimanche entre 19 h et 23 h⁹⁴.

91 Michel SAINT-LAURENT, *Les lois et les règlements sur les exigences relatives à la teneur canadienne*, document non publié, Ottawa, Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, mars 1986, p. 1.

92 *Id.*, p. 3.

93 Margaret PRANG, «The Origins of Public Broadcasting in Canada», (1965) 46 *Canadian Historical Review* 1, 4.

94 Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 113, figure 5.16. La proportion des émissions canadiennes disponibles est beaucoup plus importante du côté francophone : 56 % des émissions offertes par la télévision française au Canada étaient d'origine canadienne toujours en 1984 et durant les mêmes périodes : Rapport Caplan-Sauvageau, p. 114, figure 5.18.

La loi de 1958 sur la radiodiffusion⁹⁵ affirmait, dans la disposition créant le Bureau des Gouverneurs de la radiodiffusion (BGR), la nécessité de faire en sorte que le service canadien de radiodiffusion soit fondamentalement canadien par son contenu et sa nature. Le BGR se voyait conférer le pouvoir de faire des règlements «tendant à favoriser et garantir un emploi plus fréquent d'artistes canadiens [...] par les stations de radiodiffusion»⁹⁶. En 1959, le BGR annonçait son intention d'imposer des quotas. Selon Peter S. Grant, le régime des quotas fut choisi parce que c'était le seul qui semblait connu à cette époque⁹⁷. La persuasion et les simples recommandations adressées aux radiodiffuseurs paraissaient impraticables et vouées à un échec certain. De plus, le BGR ne pouvait imposer des conditions particulières de licences aux entreprises comme cela devint possible lors de l'adoption de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968. Les seules conditions auxquelles les licences de radiodiffusion pouvaient être assujetties avaient trait à l'obligation de se conformer aux règlements⁹⁸.

Dès sa mise sur pied, le BGR a proposé des règles relatives aux contenus canadiens. Ces règles furent tantôt critiquées tantôt applaudies selon les intérêts que faisaient valoir les groupes en présence⁹⁹.

En 1968, le Parlement énonce à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* que «le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada» et que «la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres»¹⁰⁰.

Lorsqu'il hérita, à compter de 1968, de la tâche de réglementer et de surveiller la radio et la télévision canadienne de façon à mettre en oeuvre les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC entendit à son tour des arguments reflétant les intérêts des groupes en présence.

Les radiodiffuseurs privés font valoir qu'ils ont l'obligation d'investir massivement dans les installations de transmission et ont à faire face à une concurrence toujours plus vive des stations étrangères et canadiennes surtout depuis que la câblodistribution a permis de rendre disponibles un plus grand nombre de canaux aux foyers canadiens. On fait aussi valoir que les approches essentiellement quantitatives risquent fort d'engendrer une tendance à la production d'émissions suscitant peu d'intérêt chez les spectateurs qui seront

⁹⁵ *Loi sur la radiodiffusion*, S.C. 1958, c. 22, art. 10.

⁹⁶ *Id.*, art. 11.

⁹⁷ Peter S. GRANT, «The Regulation of Program Content in Canadian Television: An Introduction», (1968) *Canadian Public Administration* 322, 329.

⁹⁸ *Loi [de 1958] sur la radiodiffusion*, précitée, note 95, art. 12(5).

⁹⁹ Voir : B. M. DOWNEY, *op. cit.*, note 88.

¹⁰⁰ *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 18.

de ce fait, encore plus attirés vers des stations américaines. Les groupes représentant les annonceurs plaident en faveur de règles qui permettront aux stations canadiennes de conserver leurs auditoires. À cette fin, on soutient qu'il est irréaliste de s'attendre à ce que les stations canadiennes abandonnent la présentation, aux grandes heures d'écoute, des émissions américaines qui jouent souvent le rôle de «locomotives». De leur côté, les groupes représentant les artistes applaudissent aux initiatives visant à favoriser l'embauche de plus d'artistes canadiens par les stations. Ils sont appuyés en cela par des groupes de pression comme la Ligue de la radiodiffusion canadienne et l'Institut canadien d'éducation des adultes qui ont à cœur le maintien d'une radiodiffusion canadienne.

Il est rare de relever des prises de position carrément hostiles à la «canadianisation» des ondes et des écrans. On s'attache surtout à faire valoir les dangers ou les effets pervers susceptibles de résulter d'une approche comme celle des quotas qui fut longtemps privilégiée par le BGR puis par le CRTC.

L'avènement de la câblodistribution en tant qu'acteur important dans le système de radiodiffusion a forcément modifié les enjeux du débat. Les radiodiffuseurs ont eu de plus en plus tendance à réclamer la protection de l'agence de réglementation contre la concurrence découlant de l'activité des entreprises de câble. Au fil des années, les radiodiffuseurs privés sont passés de l'état de groupe hostile aux contraintes réglementaires vouées à la promotion des émissions canadiennes à celui de groupe requérant des mesures destinées à favoriser la production et la diffusion d'œuvres canadiennes. Les radiodiffuseurs canadiens sont en quelque sorte passés du rôle de principal importateur d'émissions américaines à celui d'entreprise dont la survie dépend, pour ainsi dire, de la disponibilité d'une programmation canadienne de qualité afin de distinguer leur programmation de celle offerte par les stations américaines. Ces dernières sont, à toutes fins pratiques, accessibles à la plupart des auditoires canadiens grâce à la câblodistribution. Les radiodiffuseurs sont aussi soucieux de faire en sorte que la multiplication des canaux et des choix de programmation ne porte pas atteinte à leur capacité de donner suite à leurs engagements réglementaires en matière de production canadienne et d'émissions originales desservant de larges publics.

Le rôle d'importateur des émissions américaines est désormais joué par les câblodistributeurs qui, ayant repris à leur compte le discours du respect des choix des téléspectateurs, s'en font les partisans. Ils donnent certes leur appui de principe aux objectifs de maintien du caractère canadien de ce qui est offert sur les écrans, mais sont en général peu enclins à accepter des mesures venant limiter les canaux étrangers ou canadiens disponibles pour fins de redistribution à leurs abonnés.

La *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 comporte plusieurs références au caractère canadien du système de radiodiffusion. Il y a au premier chef l'affirmation que le système doit être effectivement la propriété des Canadiens et demeurer sous leur contrôle. Le système est décrit comme offrant, par sa programmation, un «service public essentiel» «pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et 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» et à l'article 3(1)d)(ii) on ajoute qu'il devrait «favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne». L'article 3(1)f) affirme la nécessité pour toutes les entreprises de

faire appel au maximum, et dans tous les cas de manière au moins prédominante, aux ressources canadiennes.

La promotion du caractère canadien de la radio et de la télévision canadienne est assurément la finalité la plus fondamentale de la politique canadienne de radiodiffusion.

5. LES OBJECTIFS DU SYSTEME

La *Loi sur la radiodiffusion* assigne des objectifs à l'ensemble du système tandis que d'autres objectifs sont assignés à certaines de ses composantes. L'article 3(1)d prescrit les grands objectifs du système canadien de radiodiffusion. On y déclare que :

[...] le système canadien de radiodiffusion devrait :

- (i) *servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada,*
- (ii) *favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne en proposant une très large programmation qui traduise des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes, qui mette en valeur des divertissements faisant appel à des artistes canadiens et qui fournisse de l'information et de l'analyse concernant le Canada et l'étranger considérés d'un point de vue canadien,*
- (iii) *par sa programmation et par les chances que son fonctionnement offre en matière d'emploi, répondre aux besoins et aux intérêts et refléter la condition et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens, notamment, l'égalité au plan des droits, la dualité linguistique et le caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne ainsi que la place particulière qu'y occupent les peuples autochtones,*
- (iv) *demeurer aisément adaptable aux progrès scientifiques et techniques;*

Deux de ces objectifs étaient déjà dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968. Ce sont les objectifs suivant lesquels le système canadien de radiodiffusion devrait servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada et celui relatif au besoin d'un système aisément adaptable aux progrès scientifiques et techniques. Ce dernier objectif est désormais mis en évidence puisque dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968, il se trouvait presque à la fin de l'article 3.

Les objectifs nouvellement assignés au système sont plus complexes. Ils font suite à de multiples tentatives de prévoir une disposition assurant le respect du droit à l'égalité dans les médias de radio et de télévision. En optant pour un objectif axé sur la nécessité de «réfléter» et de «répondre aux intérêts» plutôt que de «promouvoir», la loi de 1991 s'éloigne de l'approche notoirement controversée du Projet de loi C-20¹⁰¹ et se rallie à celle

¹⁰¹ Le projet de loi C-20 proposait d'ajouter à la *Loi sur la radiodiffusion* un article 3(c.1) qui déclarait que : «la programmation fournie par le système de radiodiffusion canadienne devrait

du *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* qui préconisait de mettre l'accent aussi bien sur le fonctionnement du système que sur sa programmation.

Un tel objectif fait écho à des dispositions constitutionnelles. En légiférant, le Parlement ne saurait ignorer les droits et libertés affirmés dans la Constitution. Ainsi, l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés* déclare que : «Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens». L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada. En plus, l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés* déclare que les garanties des droits et libertés qu'elle comporte ne portent pas atteinte aux droits des peuples autochtones.

Ces dispositions constitutionnelles viennent en quelque sorte réitérer les droits existants des peuples autochtones. Elles ne confèrent pas de droits additionnels spécifiques aux autochtones dans des domaines comme la radio et la télévision. Ces dispositions attestent cependant la «place particulière» que les peuples autochtones occupent dans la société canadienne.

En formulant comme elle l'a fait les objectifs que doit rechercher le système canadien de la radiodiffusion, tant dans son fonctionnement que dans sa programmation, la *Loi sur la radiodiffusion* permet aux instances chargées de son application de prendre les mesures nécessaires au respect des droits fondamentaux mis en cause par les activités de radiodiffusion. Cette possibilité existe aussi bien à l'égard du fonctionnement du système qu'à l'égard de la programmation qu'il offre.

À n'en point douter, les objectifs assignés au système sont très ambitieux! Il n'est pas facile de déterminer à quel moment et jusqu'à quel point le système doit se rapprocher de ses objectifs. Ce qui est certain, c'est que les divers pouvoirs des instances de réglementation peuvent être utilisés afin de prendre des mesures qui sont de nature à favoriser l'atteinte de l'un ou l'autre de ces objectifs.

5.1 Le rôle des éléments du système

L'article 3(1)e) assigne à tous les éléments du système le rôle de contribuer «de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne»¹⁰². Cette disposition a sûrement pour effet d'écartier les prétentions suivant lesquelles certaines entreprises échapperaient aux obligations de contribuer aux objectifs globaux du système. Ainsi, il n'est plus possible de soutenir que Radio-Canada assumerait le fardeau de la

respecter et promouvoir l'égalité et la dignité de toute personne, groupe ou catégorie de personnes sans égard à la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, au sexe, à l'âge ou aux déficiences mentales ou physiques». Voir : *Loi modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la radiodiffusion et la Loi sur la radio*, Projet de loi C-20, (1^{ère} lecture), 1^{ère} session, 33^e législature (Can.), art. 1. Réimprimé tel que modifié et présenté le 22 novembre 1985 par le Comité permanent des communications et de la culture.

¹⁰² *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art. 3(1)e).

«canadianisation» de l'offre d'émissions tandis que d'autres éléments du système pourraient se voir ni plus ni moins exemptés de telles obligations.

Cette disposition est générale, elle s'applique aussi bien aux entreprises de programmation qu'aux entreprises de distribution. Sa portée est tempérée par la référence à «la manière qui convient» qualifiant l'obligation de chacun des éléments du système. Cette obligation de faire appel à des ressources canadiennes est précisée à l'article 3(1)f) :

[...] 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 ou format 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;

Le principe de la prédominance de ressources canadiennes est la règle, il ne peut y être dérogé qu'après une démonstration circonstanciée à l'effet que la nature du service ou son caractère la rendent difficilement réalisable.

5.2 La programmation offerte par le système

Trois paragraphes viennent, dans l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, préciser les caractéristiques que doit posséder la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion. Le paragraphe g) de l'article 3(1) prescrit le standard de «haute qualité» pour la programmation de chaque radiodiffuseur et le paragraphe h) du même article pose le principe de la responsabilité des titulaires de licence pour leurs émissions. L'article 3(1)i) regroupe quatre autres principes. Il se lit ainsi :

[...] la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait à la fois :

- (i) être variée et aussi large que possible en offrant à l'intention des hommes, femmes et enfants de tous âges, intérêts et goûts une programmation équilibrée qui renseigne, éclaire et divertit,*
- (ii) puiser aux sources locales, régionales, nationales et internationales,*
- (iii) renfermer des émissions éducatives et communautaires,*
- (iv) dans la mesure du possible, offrir au public l'occasion de prendre connaissance d'opinions divergentes sur des sujets qui l'intéressent*
- (v) faire appel de façon notable aux producteurs canadiens indépendants;*

Certains de ces principes étaient déjà dans la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968 mais sous une forme quelque peu différente. Le principe du caractère varié de la programmation se trouvait énoncé à l'article 3(d) de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968 tandis que l'article

3(i) affirmait que «le système de la radiodiffusion canadienne devrait être doté d'un équipement de radiodiffusion éducative». La *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 traite désormais de «programmation éducative» et non d'équipement; de plus, elle réfère expressément à des émissions communautaires. On peut sans doute tenir pour acquis que cette mention est suffisante pour continuer de fonder la place privilégiée dont jouit la programmation éducative et communautaire dans la réglementation sur la câblodistribution.

L'article 3(1)i(ii) reconnaît la nécessité que la programmation puise à la fois aux sources locales, régionales, nationales et internationales. À certains égards, c'est une précision apportée au grand principe de l'équilibre qui caractérise la politique canadienne de la radiodiffusion depuis des décennies. Ce que ce paragraphe précise, c'est la nécessité de respecter, au niveau du système, un certain équilibre entre les programmations émanant de sources locales, régionales, nationales et internationales.

5.3 La gamme de services qui devraient être offerts

La *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 ne réfère plus aux droits des Canadiens à des services de radiodiffusion. L'article 3(1)k) énonce plutôt, à titre d'objectif, celui d'offrir progressivement «une gamme de services de radiodiffusion en français et en anglais». Cet objectif doit être atteint au fur et à mesure de la disponibilité des moyens. Cet énoncé constitue la consécration de la politique poursuivie depuis déjà plusieurs années, aussi bien par le CRTC que par le Ministère des Communications, afin d'accroître les choix de programmation disponibles. Cette augmentation des choix de programmation ne passe plus nécessairement par le recours aux fonds publics, comme le libellé de la loi de 1968 le laissait supposer, mais plutôt par l'accroissement des moyens disponibles dans le système de radiodiffusion¹⁰³.

5.4 La programmation reflétant les cultures autochtones

L'objectif énoncé à l'article 3(1)o) est à l'effet que «le système canadien de radiodiffusion devrait offrir une programmation qui reflète les cultures autochtones du Canada au fur et à mesure de la disponibilité des moyens». C'est la mise en oeuvre des recommandations unanimes de tous ceux qui ont eu à se pencher sur la question. Ici, comme pour les autres objectifs assortis de conditions relatives aux moyens, il revient évidemment aux élus de déterminer la portée véritable de l'objectif.

5.5 La programmation adaptée aux personnes atteintes de déficiences

À l'article 3(1)p) de la *Loi sur la radiodiffusion* est énoncé l'objectif suivant lequel «le système devrait offrir une programmation adaptée aux besoins des personnes atteintes d'une déficience, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens». Il s'agit là de la concrétisation des recommandations faites à l'instigation des groupes de personnes atteintes

¹⁰³ L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968 (précitée, note 18) affirmait à l'article 3c) «le droit des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables» ainsi qu'à l'article 3(e) le droit de tous les canadiens «à un service de radiodiffusion dans les langues anglaise et française, au fur et à mesure que des fonds publics deviennent disponibles».

de déficiences, notamment de déficiences auditives. Encore ici, comme pour les autres objectifs assortis de conditions relatives aux moyens, il revient certes aux élus, ultimement responsables des dépenses publiques, de déterminer sa portée véritable. Au cours des années 80, le CRTC a insisté auprès des grandes entreprises pour qu'elles prennent les mesures appropriées en ce sens.

6. LA LIBERTE EDITORIALE ET LA RESPONSABILITE DES RADIODIFFUSEURS

En raison du caractère public des fréquences, la liberté d'expression reconnue aux radiodiffuseurs est sensiblement plus limitée que celle que l'on reconnaît traditionnellement aux médias imprimés. Cependant, le principe de base demeure : les détenteurs de licence de radiodiffusion jouissent d'une liberté éditoriale, même si elle est plus limitée que celle des autres médias. L'article 2(3) de la *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît la liberté éditoriale des radiodiffuseurs, précisant même que :

L'interprétation et l'application de la présente loi doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion.

Ce principe est étroitement lié à celui de la responsabilité des radiodiffuseurs. L'article 3(1h) de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare que «les titulaires de licences d'exploitation d'entreprises de radiodiffusion assument la responsabilité de leurs émissions».

Dans la loi de 1968, l'affirmation du «droit à la liberté d'expression»¹⁰⁴ se trouvait dans la même phrase que l'énoncé du principe de la responsabilité des personnes autorisées à exploiter des entreprises de radiodiffusion pour les émissions diffusées. Cette conjugaison de la liberté d'expression, «sous la seule réserve des lois et règlements d'application générale», et de la responsabilité des détenteurs de licences pour les émissions diffusées, revient à proclamer le principe de la liberté éditoriale des radiodiffuseurs. C'est à eux qu'il incombe de décider ce qui sera diffusé; c'est également à eux qu'en incombe la responsabilité.

La liberté éditoriale est en quelque sorte la forme que prend la liberté d'expression lorsqu'elle s'applique aux médias en tant qu'entités. Parmi les conceptions les plus répandues relatives à la liberté de la presse et des autres moyens de communication telles qu'exprimées en droit canadien, se trouve en effet la liberté éditoriale. Ainsi, dans le *Renvoi sur les lois de l'Alberta*¹⁰⁵, c'est le pouvoir décisionnel de l'éditeur de publier, sans l'intervention des autorités étatiques, que les juges de la Cour suprême protègent d'une législation provinciale prétendant restreindre ce pouvoir. Les mesures invalidées dans l'arrêt *Saumur c. City of Québec*¹⁰⁶ avaient été analysées comme permettant aux autorités de permettre ou non la distribution de tracts en se fondant sur leur contenu.

¹⁰⁴ *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 18, art. 3c).

¹⁰⁵ [1938] R.C.S. 100.

¹⁰⁶ [1953] 2 R.C.S. 299.

L'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*¹⁰⁷ est l'un des rares à avoir traité de la liberté éditoriale dans le contexte canadien. Le juge Martland, écrivant au nom de la majorité, reprend un passage de la décision américaine *Miami Herald Publishing Company c. Tornillo*¹⁰⁸, estimant que cette analyse est utile pour examiner un des éléments essentiels de la liberté de la presse. Il en conclut que «le droit a reconnu la liberté de la presse de diffuser ses opinions et ses idées et de choisir ce qu'elle publie».

Au sujet de la radiodiffusion, le juge Walsh de la Cour fédérale s'exprime de la même façon dans l'affaire *National Indian Brotherhood c. Juneau (n° 3)*¹⁰⁹. Il écrit :

À la lecture de la loi [sur la radiodiffusion] dans son ensemble, et en particulier les articles que j'ai cités, il me paraît difficile de conclure que le Parlement a eu l'intention de donner, ou a effectivement donné au Conseil le pouvoir d'agir en qualité de censeur des émissions à radiodiffuser et à téléviser. Si telle avait été son intention, il aurait certainement pris des dispositions quelque part dans la loi pour donner au Conseil le pouvoir d'ordonner à une station privée ou à un réseau, suivant le cas, de modifier une émission ou de ne pas la diffuser lorsque le Conseil, après enquête, l'estimait outrageante. Au lieu de cela, il semble que le seul contrôle qu'il peut exercer sur la nature des émissions consiste à utiliser ses pouvoirs d'annulation, de suspension ou de refus de renouvellement de la licence de la station fautive.

Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Juneau* est fondé sur une interprétation restrictive des pouvoirs conférés au CRTC en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*¹¹⁰ de 1968. Pour le juge Walsh, le pouvoir d'intervenir dans la programmation de chaque radiodiffuseur est si important, sans doute parce qu'il vient vraisemblablement en conflit avec une liberté fondamentale, que le législateur doit le mentionner expressément. Ce raisonnement, fondé seulement sur l'interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion*, est *a fortiori* applicable dans le contexte créé par l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹¹ et celui découlant de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991. Loin d'affirmer un pouvoir d'intervention portant sur des émissions en particulier, la *Loi sur la radiodiffusion* pose plutôt que ce sont les titulaires de licence qui assument la responsabilité de leurs émissions.

Dans l'affaire *Columbia Broadcasting System Inc. c. Democratic National Committee*¹¹², le juge Douglas de la Cour suprême des États-Unis établit ainsi les limites des mesures étatiques visant à circonscrire la liberté éditoriale des radiodiffuseurs :

¹⁰⁷ [1979] 2 R.C.S. 435.

¹⁰⁸ 418 U.S. 241 (1974).

¹⁰⁹ [1971] C.F. 498, 513.

¹¹⁰ Précitée, note 18.

¹¹¹ Grace WESCOTT, «Broadcast Regulation and the Canadian Charter of Rights», dans LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, *Communication Law Conference, Program Materials April 18th & 19th, 1986*, Toronto, Law Society of Upper Canada, 1986, p. D-9.

¹¹² Précitée, note 65.

Licensing is necessary for engineering reasons; the spectrum is limited in wavelengths and must be assigned to avoid stations interfering with each other [...] the Commission has a duty to encourage a multitude of voices but only in a limited way, viz. : by preventing monopolistic practices and promoting technical developments that will open new channels. But censorship or editing or the screening by Government of what licensees may broadcast goes against the grain of the First Amendment.

Suzan D. Charkes expose ainsi le rapport intime qui existe, en droit américain, entre le principe de la liberté éditoriale et celui de la responsabilité des radiodiffuseurs :

Editing – selecting of material to be communicated and deciding how to present it – is an activity protected by the First Amendment, although less so when the editor is a broadcaster. The guarantees of our system of free expression rest to a large extent on the assumption that autonomous editors will exercise judgment responsibility and, taken as a whole, will provide the public with necessary access to diverse views.¹¹³

La responsabilité du radiodiffuseur apparaît, dans la *Loi sur la radiodiffusion*, comme étant le corollaire de la liberté éditoriale. Exerçant en toute liberté le pouvoir de décider ce qui sera ou non diffusé, le radiodiffuseur assume la responsabilité découlant de ses décisions. La relation entre les principes de liberté et de responsabilité est bien établie¹¹⁴. Ainsi, dans *Rochette c. Tremblay et la Télévision du Québec Ltée*¹¹⁵, le tribunal conclut que le radiodiffuseur qui avait la possibilité de vérifier les propos d'un tiers avant leur diffusion et qui a omis de le faire, est responsable des dommages que pourraient causer ces propos.

Le principe de responsabilité implique que la personne autorisée à exploiter une entreprise de radiodiffusion réponde en tout temps des émissions diffusées. Lorsqu'une entreprise d'émission de radiodiffusion relaye des émissions provenant d'une autre source, elle en assume nécessairement la responsabilité à moins qu'une autre entreprise autorisée n'en porte la responsabilité. C'est dans de telles situations qu'il y a une exploitation de réseau. L'exploitation d'un réseau est réputée constituer une entreprise de radiodiffusion¹¹⁶.

L'article 3(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1991 pose un principe de droit matériel. Il énonce le principe de la responsabilité des titulaires de licence pour leurs émissions. Il n'est pas possible pour ces dernières d'échapper à cette responsabilité en concluant un contrat avec un tiers. Une telle convention, dont l'objet véritable serait de

¹¹³ Susan D. CHARKES, «Editorial Discretion of State Public Broadcasting Licensees», (1982) 82 *Columbia L. Rev.* 1161, 1172.

¹¹⁴ *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067.

¹¹⁵ [1972] C.S. 275.

¹¹⁶ Cela résulte de la définition d'entreprise de radiodiffusion à l'article 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui se lit ainsi : «"entreprise de radiodiffusion" s'entend notamment une entreprise de distribution ou de programmation, ou d'un réseau».

faire porter par d'autres le fardeau de la responsabilité pour des émissions diffusées, équivaldrait à sous-déléguer les droits, devoirs et privilèges accordés par la licence de radiodiffusion. Dans un tel cas, la responsabilité serait en effet assumée par une personne qui n'est pas autorisée à faire exploiter une entreprise de radiodiffusion.

La responsabilité se situe au niveau de l'instance dirigeante de l'entreprise. Les mentions du genre «les propos diffusés dans la présente émission n'engagent que l'animateur» ou «n'engagent en rien la station» ne permettent pas à la station d'échapper au principe de la responsabilité. Le fait qu'une opinion ne reflète pas nécessairement la pensée des dirigeants de la station n'est pas suffisant pour libérer celle-ci de la responsabilité qui pourrait résulter de sa diffusion.

Le principe de la responsabilité est évidemment sanctionné suivant les principes du droit commun de la responsabilité civile et pénale. Les messages qui enfreignent une loi ou qui causent un dommage engagent la responsabilité du radiodiffuseur, comme ils engagent la responsabilité des éditeurs en matière de presse écrite. Mais dans le champ de la radiodiffusion, le CRTC a élaboré une déontologie spécifique qui découle du principe de la responsabilité des radiodiffuseurs. Il arrive en effet que le CRTC exige spécifiquement la mise en place de mesures destinées à prévenir «l'utilisation irresponsable des ondes»¹¹⁷. Les licences sont d'ailleurs émises sous condition que la titulaire conserve toujours le contrôle de la station. Si le contrôle devait être exercé par une autre personne, il faudrait en demander l'autorisation préalable au Conseil.

6.1 La responsabilité de droit commun

La responsabilité découlant du droit commun vise autant celle que l'on encourt en vertu des règles de droit pénal que celle qui découle de l'application des principes de droit civil. La responsabilité pénale est celle qui résulte de la violation de lois posant des interdictions de diffuser certains genres de contenus. Le *Code criminel* prévoit un certain nombre de ces interdictions, tout comme diverses lois telles celles qui concernent la tenue d'enquêtes publiques, la protection de la jeunesse ou la publicité. Chacune de ces interdictions possède un régime juridique qui est souvent complexe. Le traitement de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale dépasse le cadre de cet ouvrage¹¹⁸.

¹¹⁷ Voir : CRTC, Avis public 1985-236, 4 novembre 1985, *Plaintes du Conseil tribal Nishga et de la Bande indienne Musqueam c. CKNW New Westminster (C.-B.)*, p. 8.

¹¹⁸ Plusieurs des questions relatives à la responsabilité des médias, notamment au plan pénal, sont traitées dans : Robert MARTIN et G. Stuart ADAM, *A Sourcebook of Canadian Media Law*, Ottawa, Carleton University Press, 1989; Nicole VALLIERES et Florian SAUVAGEAU, *Droit et journalisme au Québec*, Montréal, Édi-GRIC-FPJQ, 1981; Clare F. BECKTON, *The Law and the Media in Canada*, Toronto, Carswell, 1982; Michael G. CRAWFORD, *The Journalist's Legal Guide*, Toronto, Carswell, 1986; Pierre TRUDEL, *Droit de l'information et de la communication, Notes et documents*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

6.2 La déontologie développée par le CRTC

Le CRTC a fait découler un certain nombre de devoirs du principe de la responsabilité des radiodiffuseurs. Dans son *Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver C.-B.*¹¹⁹, le Conseil écrit :

La Loi sur la radiodiffusion comporte certains droits et obligations qui doivent être acceptés et assumés par toutes les personnes autorisées par le Conseil à exploiter une entreprise de radiodiffusion. D'après les dispositions de la loi, la responsabilité finale face à toutes les émissions présentées à une station de télévision revient à la personne qui est titulaire de la licence d'exploitation de la station, que l'émission représente ou pas ou bien traduise ou pas l'orientation générale de la titulaire.

La déontologie du CRTC s'est articulée autour des notions d'équilibre et de qualité dans la programmation.

7. LA HAUTE QUALITE

L'article 3(1)g) de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare que «la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité»¹²⁰. Le principe s'attache à la programmation de chaque radiodiffuseur. C'est là une différence avec la *Loi sur la radiodiffusion* de 1958 qui prescrivait au Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion de réglementer la radiodiffusion de façon à engendrer : «*varied and comprehensive broadcasting service of a high standard that is basically canadian in content and in character*»¹²¹. La version française de la loi de 1958 faisait mention d'un service de radiodiffusion «vaste et varié qui atteint un haut niveau et soit fondamentalement canadien par son contenu et sa nature». Le *Livre blanc sur la radiodiffusion* de 1966 proposait cette définition de la haute qualité :

En matière de programmation, la haute qualité est plus affaire d'excellence que de simple contenu. Les prétendues émissions de caractère «intellectuel» peuvent être médiocres du point de vue artistique ou technique tandis que les émissions de simple divertissement peuvent être excellentes. La haute qualité ne découle pas nécessairement de grandes dépenses et les normes de qualité ne peuvent pas facilement constituer une condition d'un permis. On peut fort bien, cependant, juger de la qualité après coup d'après la valeur des émissions antérieures et une

¹¹⁹ CRTC, Avis public 1983-187, 17 août 1983, 9 R.T.C. (Partie 2), p. 89.

¹²⁰ Sur cette question, voir : Pierre TRUDEL, «Le standard de programmation de haute qualité dans la législation sur la radio et la télévision», (1989) 34 *R.D. McGill* 203.

¹²¹ *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 95, art. 10. Voir : A. John BEKE, «Government Regulation of Broadcasting in Canada», (1970) 2 *Can. Com. L.R.* 104, 127. Voir aussi : *Broadcasting Act 1981*, R.-U. 1981, c. 68. L'article 2 de cette loi qui établit le Independent Broadcasting Authority prévoit que : «The function of the Authority shall be to provide, in accordance with this act and until 31st December 1996, television and local sound broadcasting services, additional in each case to those of the B.B.C. and of high quality [...] as may from time to time be reasonably practicable».

*appréciation de cette nature devrait intervenir pour beaucoup dans l'étude d'une demande de renouvellement d'un permis.*¹²²

L'intention était donc de donner à l'organisme de réglementation une possibilité de faire intervenir des motifs liés à la qualité de la programmation offerte par les détenteurs de licence lors de l'étude de demandes de renouvellement. L'on y reconnaissait également la difficulté de porter un jugement sur la qualité des émissions de radio et de télévision. La dimension juridique de cette notion de haute qualité est une question qui fascine. Comment une telle notion peut-elle être valablement créatrice de droits et d'obligations? Est-elle même destinée à produire des effets normatifs et, dans l'affirmative, lesquels?

Dans l'arrêt *CKOY c. La Reine*, le juge Spence, écrivant le jugement de la majorité, donne un sens large à la notion de programmation, estimant que «le mot "programmation" n'englobe pas seulement les paroles diffusées sur les ondes, mais vise également toutes les étapes de la collecte d'informations, du montage et de la diffusion des émissions en général, auxquelles s'applique l'exigence d'une programmation de haute qualité»¹²³.

On voit mal, évidemment, comment une loi prescrivant une programmation de haute qualité ne rallierait pas de larges suffrages. Cependant, comme le relève le *Rapport du groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion*¹²⁴, «les désaccords surgissent dès qu'on cherche à identifier et à définir la "haute qualité"». C'est ici que la notion pose des difficultés. Elle implique un défi de taille pour ceux qui sont chargés de la surveillance et de la réglementation de la radiodiffusion. Elle suppose aussi, sans doute, une approche réglementaire graduée, procédant d'une analyse articulée et systématique des techniques de réglementation disponibles afin de permettre l'actualisation d'un tel objectif.

Toute tentative de définir, à la manière d'un dictionnaire, ce à quoi équivaut la haute qualité dans la programmation de chaque radiodiffuseur est une démarche aussi vaine que difficile. Cherchant à en réduire l'imprécision, le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* proposait de ramener l'exigence de qualité à celle que suggèrent les normes professionnelles reconnues. Celles-ci varient suivant les catégories d'entreprise; le critère pourrait s'avérer plus ou moins exigeant selon les moyens de chaque entreprise. Ces propos venaient après la constatation par le Groupe que l'exigence de haute qualité «fixe les bornes du bien quelque part sur le chemin du bon et du beau»¹²⁵. Situer le lieu de la détermination de la «haute qualité» dans le champ des pratiques professionnelles reconnues constitue certes une précision intéressante, mais le danger est d'élever ces dernières au rang de règles de droit supplétives, contribuant du même coup à déterminer le seuil de qualité à même les pratiques courantes qui pourraient très bien ne pas être les meilleures.

¹²² *Livre Blanc sur la radiodiffusion, op. cit.*, note 4, p. 11.

¹²³ Précité, note 16, 13.

¹²⁴ Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 178.

¹²⁵ *Id.*

La notion de haute qualité n'est définie nulle part; elle est presque toujours invoquée de façon implicite et se trouve, dans tous les cas, mal cernée. Selon certains, cela peut donner ouverture relativement aux émissions à des jugements arbitraires de l'organisme de réglementation ou des tribunaux¹²⁶. Une tentative d'identifier la nature juridique du procédé, une opération de qualification, pourraient pourtant contribuer à une meilleure compréhension de la notion de haute qualité.

La notion de «haute qualité» est, à l'article 3(1)g) de la *Loi sur la radiodiffusion*, une prescription indéterminée. On serait porté à conclure qu'elle ouvre forcément la voie au pouvoir discrétionnaire de ceux qui ont pour rôle d'appliquer la loi. Stéphane Rials rappelle que «l'idée que les prescriptions textuelles indéterminées ouvrent la voie à un pouvoir discrétionnaire de l'administration est aujourd'hui et depuis longtemps dominante»¹²⁷. Charles Eisenman écrivait que «la source de la discrétionnalité, c'est l'absence de détermination rigoureusement impérative, stricte de l'action»¹²⁸. Rials apporte une nuance en affirmant que «ce n'est pas l'indétermination mais l'indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie au pouvoir discrétionnaire»¹²⁹. C'est bien là qu'on reconnaît la caractéristique de la notion de «haute qualité» telle que formulée à l'article 3(1)g).

De telles prescriptions indéterminées constituant des standards, c'est vraisemblablement dans la notion de standard que l'on peut espérer trouver les balises susceptibles de mieux comprendre la dimension normative de la notion de haute qualité. Rials note, dans une tentative de cerner les traits caractéristiques des standards, que ceux-ci ne sont des règles. Il s'agit plutôt d'une technique de formulation de la règle de droit¹³⁰. En ayant recours à la notion de haute qualité dans le contexte de l'article 3(1)g) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le législateur veut fournir une mesure moyenne de la conduite sociale correcte, en ce qui a trait à la programmation pour chaque radiodiffuseur. En fait, les standards sont «des instruments de mesure en termes de normalité»¹³¹; c'est de là qu'ils tiennent leur ambiguïté. La normalité, en effet, est ambiguë. Le standard de haute qualité vient prescrire ce qui doit être, ou plus précisément, les traits que devrait posséder «ce qui doit être».

Voilà pourquoi la notion de haute qualité, fondamentalement réfractaire à toute définition statique, ne peut être envisagée comme une norme en tant que telle. C'est bien davantage une façon de dégager les qualités essentielles que devront posséder les normes qui pourront être développées par l'organisme de réglementation.

126 En ce sens, voir : M. A. FINKELSTEIN, *op.cit.*, note 90, p. 90 et suiv.

127 Stéphane RIALS, «Les standards, notions critiques du droit» dans Chaim PERELMAN et Raymond VANDERELST, *Les notions à contenu variables en droit*, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44.

128 Cité par S. RIALS, *loc. cit.*, note 127, p. 46.

129 *Id.*

130 Stéphane RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 57

131 *Id.*

En tant que standard, la notion de haute qualité implique nécessairement un certain jugement éthique à l'égard de la conduite de l'entreprise. Ce jugement ne saurait être pratiqué sans prendre en considération les faits de chaque espèce, mais aussi les conceptions généralement reçues dans le milieu où doit s'appliquer un tel jugement éthique. Aussi, la notion de haute qualité n'est pas et ne pourra sans doute jamais être formulée avec plus de précision. Elle varie avec le temps et les circonstances. Une interprétation retenue dans un cas donné ne constitue pas nécessairement un précédent pertinent dans d'autres circonstances. La haute qualité est plutôt à la fois un objectif que doit viser l'exercice du pouvoir de l'organisme de réglementation et un instrument de mesure des comportements. Cette vision se vérifie dans les situations où on a invoqué explicitement le critère de haute qualité.

Dans l'arrêt *CKOY*, le juge Spence de la Cour suprême, après avoir reconnu qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un règlement du CRTC ayant pour but d'interdire une technique condamnable de radiodiffusion «qui ne reflète pas la haute qualité de programmation que le Conseil doit viser à maintenir par la réglementation des licences de radiodiffusion», ajoute qu'il «est évident qu' "une technique condamnable de radiodiffusion" peut effectivement nuire à la qualité de la programmation»¹³². La haute qualité est donc considérée comme un objectif que doit viser le Conseil dans ses activités de réglementation.

Pour le Conseil, la notion revêt une importance certaine. Dans son *Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver C.-B.*¹³³, il affirmait que «le droit à la liberté d'expression sur les ondes publiques ne peut pas l'emporter sur le droit du public de recevoir des émissions radiodiffusées de haute qualité, libres de commentaires dévalorisants ou d'incitation à la violence envers tout groupe identifiable». Le Conseil blâmait la station de télévision pour avoir laissé un éditorialiste déclarer qu'il souhaitait que les membres d'un groupe féministe de surveillance des activités des médias puissent, en cas de guerre, «être violées par les Russes»¹³⁴.

Les propos du Conseil sur la notion de haute qualité se confondent souvent avec d'autres notions comme l'équilibre. La notion de haute qualité est cependant invoquée plus librement, en ce qu'elle peut viser des questions sur lesquelles il n'existe pas deux points de vue légitimes. Dans l'affaire *Media Watch*, le Conseil reconnaît que la question de savoir si les femmes devraient être violées ou non n'en est pas une qui se prête à un débat sur lequel on pourrait rechercher l'équilibre. Pareillement, dans l'affaire des *Plaintes du Conseil tribal Nishga*¹³⁵, le Conseil déclare qu'on «ne saurait justifier des propos offensants par l'offre de temps d'antenne égal aux offensés». Dans de telles situations, la notion de haute

¹³² *CKOY Ltd c. La Reine*, précité, note 16, 13.

¹³³ CRTC, Avis public 1983-187, 17 août 1983, 9 R.T.C. (Partie 2), p. 90.

¹³⁴ *Id.*, p. 87.

¹³⁵ CRTC, Avis public 1985-236, 4 novembre 1985, p. 8. Dans cette affaire, un commentateur avait prononcé des paroles très dures au sujet des autochtones du Canada, les accusant de pratiquer l'inceste et le détournement de fonds publics.

qualité fournit les justifications de la sanction imposée ou du blâme jeté par l'organisme de réglementation¹³⁶.

La notion de haute qualité renvoie aussi aux bonnes pratiques de programmation et de travail journalistique. Dans sa décision de 1974 sur le renouvellement des licences de réseaux de la Société Radio-Canada¹³⁷, le CRTC déclare qu'il faut porter beaucoup d'attention au respect des standards journalistiques, notamment en ce qui a trait à l'exactitude de l'information et à la présentation de commentaires informés sur tous les aspects ainsi que sur l'ensemble des points de vue sur une question. De la même façon, dans une décision relative au renouvellement de la licence de la Rogers Cable en 1985, le Conseil rappelait que :

*Quant à la haute qualité de l'émission, le Conseil s'attend toujours à ce que des normes de rédaction élevées et un code d'éthique soient bien respectés par la titulaire, et souligne la responsabilité de la titulaire à l'égard des émissions qu'elle diffuse.*¹³⁸

Cette approche est assez semblable à celle suivie dans l'*Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver C.-B.*¹³⁹, où le CRTC affirme que, pour déterminer si un radiodiffuseur s'est acquitté de ses responsabilités en matière de qualité, il faut tenir compte des circonstances de chaque cas, y compris du contexte dans lequel s'inscrit l'émission, et :

[...] de la mesure dans laquelle le radiodiffuseur a eu l'occasion de déterminer, avant la mise en ondes de l'émission, si une déclaration méritait d'être présentée ou non et, s'il n'a pas eu cette occasion, du fait que le radiodiffuseur ait été disposé ou pas à assumer la responsabilité d'une déclaration présentée qui n'a pas satisfait à des normes acceptables de radiodiffusion et à s'en excuser.

Dans cette affaire, le Conseil affirmait aussi que :

[...] les radiodiffuseurs sont loin de s'acquitter de leurs responsabilités et de respecter les normes élevées de programmation requises lorsque la fréquence qui leur a été confiée est utilisée, non pas pour faire une critique des activités d'un groupe en

¹³⁶ Il y a là un recoupement avec la notion d'équilibre et les autres principes dégagés par le Conseil à l'égard du traitement de la controverse. Il semble bien, en effet, que le Conseil ne soit pas disposé à délimiter ce qui ressort du principe de la haute qualité et ce qui découle plutôt d'autres principes fondamentaux de la *Loi sur la radiodiffusion* (précitée, note 1). À la décharge du Conseil, il faut constater que la notion de haute qualité est une notion si large qu'elle peut à la rigueur couvrir le traitement de la controverse, les propos sexistes et racistes, et bien d'autres questions.

¹³⁷ CRTC, Décision 74-70, 31 mars 1974, *Les ondes radioélectriques sont propriété publique*; voir aussi : CRTC, Décision 79-320, 30 avril 1979, *Renouvellement des licences de réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada*.

¹³⁸ CRTC, Décision 85-496, 28 juin 1985, *Rogers Cable TV Ltd*, 11 R.T.C., p. 530.

¹³⁹ CRTC, Avis public 1983-187, 17 août 1983, 9 R.T.C. (partie 2), p. 89.

*particulier, mais pour promouvoir de la violence sexuelle à l'égard de ses membres.*¹⁴⁰

L'avis public du 28 juin 1984¹⁴¹ faisait suite à des plaintes formulées contre la station de radio CFCF de Montréal. Il portait sur l'utilisation d'un sondage téléphonique (Instapoll) dans lequel les auditeurs étaient invités à dire, en appelant à la station, s'ils partageaient les motifs ayant poussé le caporal Denis Lortie à se livrer à une fusillade meurtrière à l'Assemblée nationale, le 8 mai 1984. C'est en soulignant les lacunes de ce type de sondage, dont la méthodologie est notoirement incomplète, que le CRTC conclut que le standard de haute qualité n'avait pas été respecté. Le Conseil écrit à cet égard que «demander aux auditeurs de répondre par un "oui" ou un "non" peut être acceptable ou, à tout le moins, inoffensif si la question ne porte pas sur un élément vital de l'ordre public. Mais cet exercice est inopportun et même dangereux lorsqu'il s'agit d'une question fondamentale»¹⁴². En outre, dans ce cas, on ne pouvait détecter le nombre d'appels en provenance d'un même auditeur. Certains éléments contextuels ont aussi été mentionnés soient le manque de considération pour les proches des victimes et l'éventuelle possibilité d'encourager les gens à exprimer des sentiments extrêmes suite à de tels événements. C'est pourquoi le Conseil conclut qu'en réalisant et en diffusant un tel sondage, la station avait manqué à ses obligations de maintenir un standard de haute qualité dans sa programmation¹⁴³.

Dans son rapport, le Comité spécial sur l'émission *Air of Death* souligne que la notion de «haute qualité», tout comme la notion d'équilibre, ne doit pas, dans le cas des documentaires, «orienter ou restreindre la recherche des radiodiffuseurs» en vue de trouver des moyens de décrire les problèmes intéressant le public¹⁴⁴. Par contre, le Comité ne trouve ni sain, ni conforme à la notion de haute qualité le principe de «l'exagération pour obtenir des résultats». Il sera impossible de maintenir la confiance envers les radiodiffuseurs, selon le Comité, si l'on admet que l'exagération est une technique légitime. On constate que la notion de haute qualité, en plus de servir de fondement à des règlements et éventuellement à des conditions de licence, est aussi un standard aidant à porter un jugement sur les décisions des radiodiffuseurs en matière de programmation. Elle n'est pas appliquée comme un principe limitant le champ de la créativité des radiodiffuseurs mais plutôt comme une sorte de paramètre à l'aide duquel on jugera *a posteriori* des décisions prises par une entreprise.

¹⁴⁰ *Id.*, p. 90.

¹⁴¹ CRTC, Avis public 1984-159, 28 juin 1984, *Radiodiffusion controversée – Plaintes formulées contre la station CFCF de Montréal*.

¹⁴² *Id.*, p. 6.

¹⁴³ Le CRTC a toutefois reconnu, à titre de circonstances atténuantes, que la station avait admis son erreur et s'était excusée.

¹⁴⁴ CRTC, Avis public, 9 juillet 1970, *Rapport du Comité spécial sur l'émission «Air of Death»* dans Pierre TRUDEL, *op. cit.*, note 118, p. 485.

Le standard de haute qualité se présente en somme comme une technique de délégation du pouvoir normatif; il ne confère pas vraiment un pouvoir discrétionnaire. Mais ses balises sont diffuses; elles dépendent de ce qui est acceptable dans le milieu de la radiodiffusion. Gérard Timsit ajoute que :

Les concepts utilisés constitutifs des standards, qui ont pour but de traduire la volonté de l'auteur de la norme ont également pour effet de limiter les solutions possibles qui s'offrent à l'interprète/exécutant de la norme dans l'interprétation/exécution à laquelle il procède. Prédétermination de la norme qui peut être opérée sans que soit jamais expressément précisée la nature du champ dans lequel s'effectuera le décodage de la norme. C'est que, le plus souvent, l'utilisation du standard se fait à l'intérieur d'un champ dont la nature ne donne lieu à aucune contestation. La prudence du juge, ou la soumission de l'autorité administrative à la hiérarchie font que ni l'une ni l'autre ne songent en principe à remettre en cause ni sortir du champ dans lequel fonctionne le système de contrôle du décodage des normes.¹⁴⁵

C'est que l'utilisation du standard est fondée sur l'idée de normalité. Cela contribue à délimiter le champ dans lequel l'interprète doit agir. C'est pourquoi le standard fonctionne généralement sans recours explicite à une technique de surdétermination. Celle-ci est le plus souvent assurée par l'adhésion spontanée de l'autorité qui doit mettre en oeuvre le standard à partir de la conception qu'elle s'en fait. C'est pourquoi il est naïf de tenter de définir le standard ou de le préciser dans la législation à moins de vouloir le faire disparaître ou de retirer la délégation consentie par ce moyen à l'organisme de réglementation.

8. L'EQUILIBRE

L'équilibre est sans doute le principe le plus ancien et le plus constant de la politique et de la réglementation de la radiodiffusion au Canada. Identifié parfois comme le pendant de la doctrine américaine de l'«équité» (*fairness doctrine*), tantôt comme le fondement des politiques d'attribution (ou de non-attribution) de licences, tantôt comme le principe de déontologie pour les décideurs en matière de programmes, le principe de l'équilibre est assurément au coeur du cadre juridique de la radiodiffusion au Canada. Le Rapport du Comité Fowler soutenait que le principe de la programmation équilibrée est incompatible avec l'idée que les radiodiffuseurs peuvent se limiter à offrir au public ce qu'il désire¹⁴⁶.

L'article 3d) de la *Loi sur la radiodiffusion* de 1968¹⁴⁷ énonçait le principe de l'équilibre en affirmant que «la programmation du système canadien de radiodiffusion devrait être aussi diversifiée que possible et permettre, de manière raisonnable et équilibrée, l'expression d'opinions divergentes sur des sujets d'intérêt public». La *Loi sur la radiodiffusion* ne traite plus spécifiquement de l'équilibre en relation avec le traitement des

¹⁴⁵ Gérard TIMSIT, «Sur l'engendrement du droit», (1988) *R.D.P.* 39, 70.

¹⁴⁶ Rapport Fowler II, *op. cit.*, note 2, p. 4.

¹⁴⁷ Précitée, note 18.

matières d'intérêt public. Toutefois, l'article 3(1)i(i) énonce que la programmation offerte par le système devrait «être variée et aussi large que possible en offrant à l'intention des hommes, femmes et enfants de tous âges, intérêts et goûts une programmation équilibrée qui renseigne, éclaire et divertit». Le sous-paragraphe (iv) de l'article 3(1)i) prévoit que la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait «dans la mesure du possible, offrir au public l'occasion de prendre connaissance d'opinions divergentes sur des sujets qui l'intéressent». Selon Catherine Thompson-Pyper, l'intention sous-jacente à cette nouvelle formulation est de maintenir le principe général de l'équilibre tel qu'il se trouvait dans la loi de 1968, mais en retranchant la référence trop spécifique aux matières d'intérêt public¹⁴⁸.

La prescription législative paraît bien renvoyer à deux notions d'équilibre. Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* parlait d'équilibre des genres et d'équilibre des points de vue¹⁴⁹. Peter Geoffrey Cook, dans son mémoire intitulé *The Concept of Balance in the Supervision and Regulation of Canadian Broadcasting : Public Issues and CRTC Policies*, signale d'ailleurs que : «*The discourse on balance in the policy arena does not relate exclusively to balance of views [...] it was found that discourse on balance within the policy arena also referred explicitly to another dimension of content, that of program types*»¹⁵⁰. Ces deux aspects de la notion d'équilibre renvoient à des réalités sensiblement différentes, ce qui justifie de les traiter de façon distincte.

Les similitudes dans les législations américaines et canadiennes incitent à rapprocher la notion d'équilibre de la *Loi sur la radiodiffusion* de la doctrine américaine de l'équité. Cette notion, développée par la Federal Communications Commission, découle de l'obligation lui étant imposée par le *Communications Act* de s'assurer que les radiodiffuseurs agissent dans l'intérêt public. Elle a été reconnue, en partie, par le Congrès dans les modifications législatives de 1959¹⁵¹. La Cour suprême a reconnu la compatibilité de cette doctrine avec le Premier Amendement dans l'arrêt *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*¹⁵². La doctrine de l'équité (*fairness doctrine*) recouvre essentiellement à deux obligations imposées aux radiodiffuseurs en matière de traitement des questions controversées. Un premier volet impose aux entreprises de consacrer une portion raisonnable de temps d'antenne à la couverture de sujets d'intérêt public¹⁵³. Le second volet renvoie à l'obligation de présenter les questions controversées

148 Catherine THOMPSON-PYPER, *Implications of Bill C-40 for Election Broadcasting*, Research Paper Submitted to the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, December 1990, p. 30.

149 Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, pp. 175-177.

150 Peter G. COOK, *The Concept of Balance in the Supervision and Regulation of Canadian Broadcasting : Public Issues and CRTC Policies*, mémoire de maîtrise, Burnaby, Department of Communication, Simon Fraser University, 1982, pp. 3 et 4.

151 73 stat. 557, Public Law 86-274, 14 septembre 1959.

152 Précité, note 45.

153 Selon Ferris et Kirkland, ce volet de la doctrine de l'équité est rarement une source de controverse. La Federal Communications Commission s'en remettait généralement au

de manière à donner aux tenants de positions différentes des occasions raisonnables de faire valoir leurs vues¹⁵⁴. La doctrine de l'équité a fait l'objet de controverses passionnées au cours des vingt dernières années. En 1987, la Federal Communications Commission annonçait son intention de mettre fin aux mesures destinées à assurer le respect des obligations en découlant¹⁵⁵.

La doctrine américaine de l'équité et le principe d'équilibre tel qu'il est exprimé et compris dans la législation et la réglementation canadienne de la radiodiffusion procèdent d'une même approche caractérisée par les éléments suivants : le respect de la discrétion du radiodiffuseur; l'énoncé de préceptes relativement généraux; une action *a posteriori* de l'organisme de réglementation; le recours au mécanisme des plaintes du public; les conditions de renouvellement des licences comme moyen d'assurer le respect des principes. Le principe de l'équilibre dans la législation canadienne de la radiodiffusion n'est cependant pas une copie de la doctrine de l'équité. Morris explique en effet que :

*The general wording in s. 3 of the Broadcasting Act cannot be said to give Canada a duplicate, U.S. style "fairness doctrine". At most, it provides a base on which such a doctrine can be founded. The U.S. fairness doctrine and personal attack rules are both more stringent and less comprehensive than s. 3 of the Broadcasting Act. The American principles provide much greater facility and more specific mechanics for the expression of all sides of controversial issues, but to fall within the doctrine the issue must be both controversial and of public importance. In contrast, the Broadcasting Act gives the CRTC much greater control over all programming, controversial or not.*¹⁵⁶

reasonable good faith judgment du radiodiffuseur pour appliquer ces standards. Voir : Charles D. FERRIS et James A. KIRKLAND, «Fairness : The Broadcaster's Hippocratic Oath», (1985) 34 *Cath. U.L. Rev.* 605, 606. Voir aussi : Richard A. KURNIT, «Enforcing the Obligation to Present Controversial Issues : The Forgotten Half of the Fairness Doctrine», (1975) 10 *Harv. C.R.-C.L.L. Rev.* 137; Bill F. CHAMBERLIN, «The FCC and the First Principle of the Fairness Doctrine : A History of Neglect and Distorsion», (1978-79) 31 *Fed Comm. L.J.* 361; Jonathan MALLAMUD, «The Broadcast Licensee as Fiduciary Toward the Enforcement of Discretion», [1973] *Duke L.J.* 89.

154 Michel ROSENFELD, «The Jurisprudence of Fairness : Freedom through Regulation in the Marketplace of Ideas», (1976) 44(4) *Fordham L.R.* 877; Roscoe L. BARROW, «The Fairness Doctrine : A Double Standard For Electronic and Print Media», (1975) 26 *Hastings L.J.* 659; Roscoe L. BARROW, «The Equal Opportunies and Fairness Doctrines in Broadcasting : Pillars in the Forum of Democracy», (1968) 37 *U. Cin L. R.* 447; Steven J. SIMMONS, «The Problem of "Issue" in the Administration of the Fairness Doctrine», (1977) 65 *Cal. L. R.* 546; Steven J. SIMMONS, «The Fairness Doctrine and Cable TV», (1974) 11 *Harvard Jnl on Legislation* 629.

155 Voir : *Inquiry into Section 73.1910 of the Commission's Rules and Regulations Concerning Alternatives to the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees*, 2 FCC Rcd 5272 (1987).

156 Robert J. MORRIS, «The CHNS Case : An Emerging Fairness Doctrine for Canada?», (1972) 4 *Can. Com. L.R.* 1, 20 et 21.

Il est vrai qu'au Canada, les radiodiffuseurs ne trouvent pas explicitement formulée dans la loi l'obligation de couvrir les questions portant à controverse, pas plus qu'il ne leur incombe d'offrir du temps d'antenne gratuit aux groupes qui souhaitent faire valoir leurs points de vue sur des matières controversées, comme c'était le cas aux États-Unis lorsque la Federal Communications Commission faisait respecter la doctrine de l'équité. Par contre, le principe de l'équilibre est très général et n'empêche pas, comme tel, le développement de règles plus détaillées. De plus, la démarche intellectuelle suivant laquelle a été manifestement appliquée la notion canadienne d'équilibre n'est pas sans rappeler certains raisonnements américains.

8.1 L'équilibre de l'ensemble de la programmation

C'est la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne qui, suivant les termes du sous-paragraphe (iv) de l'article 3(1)i) devrait «dans la mesure du possible, offrir au public l'occasion de prendre connaissance d'opinions divergentes sur des sujets qui l'intéressent». Dans la loi de 1968, il était plutôt question à l'article 3d) de possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public. Selon Grant Hammond, cet objectif aurait été inséré dans la *Loi sur la radiodiffusion* à la suite de la controverse engendrée par une émission intitulée *This hour has seven days*¹⁵⁷.

Un tel objectif peut se réaliser de diverses façons. On peut, en effet, déduire du principe que c'est dans la programmation de chaque radiodiffuseur que devrait se retrouver ces occasions offertes au public de prendre connaissance d'opinions divergentes. Ou encore, on peut penser que l'équilibre est une notion renvoyant au système de radiodiffusion dans son ensemble et qu'il suffit que ce dernier soit organisé et réglementé en vue d'assurer une possibilité raisonnable d'exprimer des opinions différentes. Évidemment, on peut aussi opiner que c'est en faisant en sorte que chaque radiodiffuseur respecte, dans sa programmation, ce principe d'équilibre, que celui-ci se trouvera respecté dans l'ensemble du système. C'est cette façon de voir que le CRTC a traditionnellement retenue.

Dans *National Indian Brotherhood c. Juneau (n° 3)*, le juge Walsh écrit que le but des dispositions de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* «n'est pas de s'appliquer à chaque émission en particulier, mais à l'ensemble de la politique de la radiodiffusion»¹⁵⁸. À l'égard de l'article 3d) de la loi de 1968, le juge mentionne qu'il s'agit d'un article :

[...] prévoyant que la programmation doit être variée et compréhensive, qu'elle doit fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et qu'elle doit être de haute qualité, et utiliser des ressources canadiennes créatrices et autres. Ici encore, il est évident que c'est la programmation en général qui est en cause et non une émission particulière, et qu'en tout cas, comme on l'a déjà dit, la seule sanction prévue est l'annulation, la

¹⁵⁷ R.G. HAMMOND, *loc. cit.*, note 3.

¹⁵⁸ Précité, note 109, 513.

*suspension ou le refus de renouvellement de la licence si une émission ne se conforme pas à ce règlement.*¹⁵⁹

Cette analyse est très importante pour la bonne compréhension des principes de la *Loi sur la radiodiffusion*. Elle est renforcée par la règle d'interprétation énoncée à l'article 2(3) de la *Loi sur la radiodiffusion* affirmant la liberté éditoriale des radiodiffuseurs. La loi vise la programmation dans son ensemble et n'autorise pas l'intervention du CRTC à propos d'une émission déterminée. Les décisions à l'égard des émissions particulières relèvent de la discrétion éditoriale du radiodiffuseur. En pratique, l'organisme de réglementation n'a d'autre choix que d'intervenir au sujet d'émissions en particulier. Le processus au cours duquel son attention est attirée sur les décisions éditoriales, soit les plaintes du public, l'y pousse. Le principe de l'équilibre doit évidemment se matérialiser dans le concret d'une programmation déterminée. C'est pourquoi le Conseil se penche, de temps à autre, sur les décisions éditoriales prises au sujet d'une émission en particulier ou de plusieurs émissions.

Il s'y penche une fois que celles-ci ont eu lieu, non pas afin de censurer les propos qui ont pu y être tenus, mais plutôt pour vérifier si le radiodiffuseur a exercé sa discrétion éditoriale dans le respect des principes définis par le Parlement quant aux qualités que devrait posséder la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne. Là résident les balises de l'intervention du Conseil en matière de programmation.

Dans le *Rapport du Comité spécial sur l'émission «Air of Death»*, le CRTC n'interprète pas les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* concernant l'équilibre «comme étant une directive pour que chaque émission décrive impérativement tous les aspects d'une question, pourvu que dans l'ensemble de la programmation, les questions sujettes à controverse soient traitées de façon loyale»¹⁶⁰. C'est donc à l'ensemble de la programmation que s'applique la notion d'équilibre.

Lors du renouvellement de la station *Vancouver Co-Operative Radio* en 1988, une plainte relative à la programmation équilibrée a été présentée¹⁶¹. Le plaignant déplorait le traitement réservé à la communauté juive dans une émission hebdomadaire présentée à cette station. Cette dernière soutenait que la responsabilité de l'équilibre dans la programmation incombait au système de radiodiffusion dans son ensemble et non à chaque station et qu'en présentant une perspective différente des autres services d'émissions offerts par d'autres stations dans sa zone de marché, elle contribuait à l'équilibre du système de radiodiffusion. À l'encontre de cette prétention, le Conseil réitère sa position «qu'il appartient à chaque titulaire et non pas seulement au système de la radiodiffusion dans l'ensemble, de respecter l'exigence de l'alinéa 3d) de la Loi d'offrir une possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public»¹⁶². Cette obligation existe à chaque fois qu'une question présentée préoccupe le public et non seulement lorsque la titulaire reçoit une plainte. Dans ce dernier cas, la

¹⁵⁹ *Id.*, 514.

¹⁶⁰ CRTC, Avis public, 9 juillet 1970, dans P. TRUDEL, *op. cit.*, note 118, p. 490.

¹⁶¹ CRTC, Décision 88-694, 29 septembre 1988, *Vancouver Co-Operative Radio*.

¹⁶² *Id.*, p. 6.

titulaire doit faire une offre véritable et raisonnable de temps d'antenne au plaignant pour y présenter un autre point de vue; si le plaignant refuse l'offre et que la question en jeu préoccupe le public, l'obligation à l'égard de l'équilibre subsiste et la titulaire doit trouver un autre moyen de l'offrir, en cherchant par exemple des groupes ou des personnes en mesure de fournir une perspective différente de celle déjà présentée¹⁶³.

Le *Rapport du Comité spécial sur l'émission «Air of Death»* rappelle que la notion d'équilibre, à l'instar de celle de «haute qualité», ne doit pas, dans le cas des documentaires, orienter ou restreindre la recherche des radiodiffuseurs afin de trouver des façons de décrire les problèmes qui intéressent le public.

8.2 La diversité des genres d'émissions

La diversité dans les genres d'émissions est l'autre facette du principe de l'équilibre. L'article 3(1)i(i) de la *Loi sur la radiodiffusion* commande que la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait «être variée et aussi large que possible en offrant à l'intention des hommes, femmes et enfants de tous âges, intérêts et goûts une programmation équilibrée qui renseigne, éclaire et divertit». Il y a plus d'une façon d'envisager la variété et le caractère complet de la programmation offerte par le système. Peter Geoffrey Cook identifie deux modèles d'équilibre dans les genres d'émissions¹⁶⁴.

La diversité des genres peut être envisagée en se plaçant au niveau des choix que les auditeurs ou spectateurs se voient offrir à un moment donné. Ce choix peut être examiné en tenant compte de l'ensemble du système ou encore l'être en relation avec les contenus offerts par une station déterminée. Il est en effet possible de réaliser l'objectif de diversité de la programmation en agissant sur l'ensemble du système ou en agissant sur chaque station. Cette dernière façon de voir emporte comme corollaire le développement d'un système de radiodiffusion dans lequel il incombe à chaque station de présenter tous les types d'émissions même s'ils ne sont pas tous également prisés.

Jusqu'en 1950, l'équilibre dans les genres d'émissions était exclusivement atteint en exigeant que chacune des stations présente des émissions répondant à la totalité de l'éventail de goûts se manifestant dans l'auditoire. Vers la fin des années 50, l'idée d'une variété dans l'ensemble du système de radiodiffusion commence à poindre. Le Rapport Fowler I¹⁶⁵ mettait de l'avant l'idée de complémentarité entre les divers choix offerts par les stations, principalement aux heures de grande écoute. Cette approche était présentée comme préférable à celle suivant laquelle les stations se faisaient concurrence aux mêmes heures avec des programmations similaires.

¹⁶³ *Id.*, p. 7.

¹⁶⁴ P.G. COOK, *op. cit.*, note 150, p. 134 et suiv.

¹⁶⁵ *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la radio et la télévision* (ci-après cité «Rapport Fowler I»), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1957.

En 1965, le Rapport Fowler II¹⁶⁶ plaidait en faveur de la diversité, invitant les diffuseurs à développer des pratiques de programmation complémentaires sans toutefois se spécialiser dans des genres particuliers de programmes. Ainsi, la diversité des genres de programmes devait résulter de l'équilibre caractérisant les grilles horaires de chacun des radiodiffuseurs. Au cours de la journée de diffusion, on visait à ce que chacun y trouve des émissions faisant écho à ses goûts et à ses intérêts.

De toute évidence, la conception de l'équilibre que soutenait le Rapport Fowler II a donné lieu à l'adoption du principe de la programmation variée et diversifiée tel qu'il s'est retrouvé¹⁶⁷ à l'article 3d) de la *Loi sur la radiodiffusion* puisqu'il y réfère à la nécessité pour chaque radiodiffuseur de présenter des émissions de tous les genres. Le Comité Fowler adhère à l'analyse développée dans un rapport ayant étudié la radiodiffusion en Grande-Bretagne. Le Rapport Fowler II énonçait ainsi les obligations sous-jacentes au concept de la programmation équilibrée, reprenant à son compte les propos du Rapport Pilkington :

Le concept de la programmation équilibrée exige que les radiodiffuseurs présentent au public des émissions qui se rattachent à une vaste gamme d'activités de l'homme. En 1960, le Comité Pilkington affirmait : "Ce que le public veut et ce qu'il a le droit d'obtenir, c'est la liberté de choisir parmi une gamme aussi vaste que possible d'émissions. C'est le priver que de ne pas lui assurer au moins cela".¹⁶⁸

Le Comité Fowler prenait aussi à son compte cet autre extrait du Rapport Pilkington :

Les autorités de la radiodiffusion ont à coup sûr le devoir de se tenir au courant de la nature actuelle et de toute la diversité des goûts et des vues du public et de s'en soucier. Si elles font plus que cela, elles ne présentent pas simplement au public "ce que quelqu'un croit bon pour le public". Elles respectent le droit du public de choisir parmi la plus vaste gamme possible d'émissions et, de la sorte, d'enrichir son expérience. Comme, en principe, la gamme possible des émissions est inépuisable, il n'est jamais possible de la présenter en entier et le public ne sait pas non plus en quoi elle consiste. Voilà pourquoi le radiodiffuseur doit l'explorer et faire lui-même le premier choix. C'est en quelque sorte "prendre les devants", mais non pas à la manière de l'autocrate ou de l'arrogant, mais plutôt des autorités publiques dûment constituées et gardiennes de l'intérêt public qui exercent les responsabilités qui leur sont confiées.¹⁶⁹

C'est sur cette conception du Comité britannique que le Comité Fowler fonde la notion d'équilibre qu'il propose pour le système canadien de radiodiffusion, rejetant la

¹⁶⁶ Rapport Fowler II, *op. cit.*, note 2.

¹⁶⁷ R. G. HAMMOND, *loc. cit.*, note 3, montre la filiation entre le Rapport Fowler II et le Livre blanc qui a suivi et la loi qui fut finalement adoptée.

¹⁶⁸ Rapport Fowler II, *op. cit.*, note 2, p. 18.

¹⁶⁹ *Id.*, pp. 17 et 18.

spécialisation aussi bien pour ce qui est de la radio que de la télévision. Pourtant, dès cette époque apparaissaient des tendances à la spécialisation des stations.

John Beke¹⁷⁰ rapporte à cet égard les démêlés de la station CKEY de Toronto. Celle-ci avait, dès le début des années 60, choisi d'opter pour une formule musicale de type «top 40». Le détenteur de la licence, rapporte Beke, avait expliqué aux membres du BGR, outrés de l'accent que la station mettait sur la musique rock, que ses choix de programmation faisaient suite à des études menées aux Universités de Harvard et de Chicago montrant que près du tiers de la population de Toronto préférait ce type de musique. Ignorant les semonces de l'organisme de réglementation, la station CKEY remporta un tel succès qu'elle fut vendue pour une somme de 4 000 000 \$ en 1960¹⁷¹!

La vision qu'avaient les membres du Comité Fowler, sans doute à l'instar des élites de l'époque, résistait de moins en moins à la tendance, déjà bien implantée ailleurs en Amérique du Nord, vers la spécialisation des stations de radio.

Cette conception de l'équilibre des genres, telle qu'exprimée par le Rapport Fowler II, a tout de même dominé le discours officiel des autorités chargées de la politique canadienne de radiodiffusion jusqu'en 1975. Cette année-là, le CRTC adoptait sa politique relative à la radio MF reposant essentiellement sur la spécialisation des stations afin de favoriser la diversité.

Depuis l'avènement de la télévision payante, la tendance à privilégier la spécialisation des stations afin d'atteindre une plus grande diversité des genres s'est accentuée¹⁷². La spécialisation des stations selon les points de vue politiques, idéologiques ou religieux demeure toutefois exclue. Cook fait observer à cet égard que :

*The notion of specialization of viewpoints on a per-channel basis has been rejected; the non-partisan nature and independence of the licensee is still considered to be a basic requirement. Balance of views policy stresses the "right to hear" complete information and differing opinions, either within a single program or over a series.*¹⁷³

À cet égard, le système canadien de radiodiffusion se distingue de ceux qui sont construits autour d'une certaine affiliation politique, idéologique ou religieuse, comme le système hollandais¹⁷⁴.

¹⁷⁰ A. J. BEKE, *loc. cit.*, note 121, 137.

¹⁷¹ *Id.*, 138.

¹⁷² Voir : Pierre TRUDEL, «Les conflits et enjeux juridico-politiques suscités par l'implantation de la télévision à péage», (1981-82) 16 *R.J.T.* 431.

¹⁷³ P. G. COOK, *op. cit.*, note 150, p. 137.

¹⁷⁴ Voir : Donald R. BROWNE, *Comparing Broadcast Systems : the Experience of Six Industrialized Nations*, Ames, Iowa State University Press, 1989, pp. 131-175; S. W. HEAD, *op. cit.*, note 38, p. 109.

La recherche de l'équilibre des genres dans la programmation de chaque station repose en bonne partie sur le postulat d'un degré significatif de fidélité des auditeurs à la même station. Si l'on tient pour avéré qu'une bonne proportion de ceux qui écoutent la radio et la télévision n'ont accès qu'à une ou deux stations, il apparaît nécessaire que ces stations puissent fournir des émissions de genres différents afin de répondre aux besoins d'information et de divertissement de tout ordre. Le Comité Fowler soutenait que :

*D'après plusieurs études, les auditeurs en viennent à adopter une station préférée. Les gens deviennent fidèles à une certaine station, même si ce n'est que passivement. Même l'auditeur fidèle doit pouvoir prendre contact avec une variété d'émissions.*¹⁷⁵

Cet objectif d'offrir aux auditeurs une variété d'émissions par le truchement d'une seule station n'est apparemment pas susceptible d'être entièrement satisfait puisque les organismes de réglementation accordent régulièrement des permis pour opérer de nouvelles stations, celles-ci devant démontrer qu'elles vont répondre à des besoins en partie non satisfaits par les stations existantes. D'ailleurs, au fur et à mesure qu'augmente le nombre de stations, on voit apparaître une tendance à exiger des nouvelles venues qu'elles combler les besoins laissés insatisfaits par les stations existantes. De la même façon, l'organisme de réglementation voudra s'assurer que la concentration de propriété des stations demeure à un niveau compatible avec la nécessité de fournir une programmation suffisamment variée et que le traitement de l'information réponde à une exigence de pluralité.

La multiplication du nombre de stations engendre une certaine tendance à la spécialisation vers la desserte d'auditoires plus ou moins ciblés; ainsi, l'avènement de la télévision a coïncidé avec une tendance de plus en plus marquée des stations de radio à opter pour une programmation spécialisée, misant sur un nombre restreint, parfois unique, de genres d'émissions afin de s'assurer la fidélité d'une tranche-cible de l'auditoire global¹⁷⁶. Cependant, ce mouvement vers la spécialisation est loin d'aller de soi. Peter O. Steiner a montré, à l'aide d'un modèle théorique construit à partir de l'observation des pratiques des stations de radio commerciales, que dans un marché non réglementé, les stations ont tendance à privilégier la desserte des auditoires les plus grands¹⁷⁷. Cela s'explique en grande partie par leur objectif de maximiser la valeur de leurs auditoires afin de vendre leurs périodes publicitaires au meilleur prix. Ainsi, prenant l'hypothèse d'un marché où il y a trois stations et dans lequel 60 % de la population préfère la musique rock légère, 25 % préfère la chansonnette française et 15 %, la musique classique, on conclura que s'il n'y avait qu'une seule station, elle choisirait de se spécialiser dans le rock léger. S'il y a deux stations, la seconde cherchera aussi à desservir les amateurs de rock léger puisque, même divisé en deux, le groupe de ceux qui préfèrent ce genre de musique est plus grand que n'importe lequel des deux autres. S'il y a trois stations, il est plausible de croire que la troisième cherchera à desservir le groupe de ceux qui prisent les chansonnettes françaises

175 Rapport Fowler II, *op. cit.*, note 2, p. 19.

176 Voir : Daniel L. BRENNER, «Government Regulation of Radio Program Format Changes», (1978) 127 *U. Pen. L. Rev.* 56.

177 Peter O. STEINER, «Program Patterns and Preferences, and the Workability of Competition in Radio Broadcasting», (1952) 66 *Quarterly Journal of Economics* 194.

car la division en trois du premier groupe donne un résultat inférieur au pourcentage de ceux qui aiment la chansonnette française.

Le modèle de Steiner tend à démontrer que la tendance naturelle d'une station n'est pas nécessairement de se spécialiser dans un genre musical plaisant à un segment restreint de la population, mais, au contraire, à maximiser la valeur de son auditoire en cherchant à rejoindre le groupe le plus vaste possible. L'enjeu de la concurrence pour les auditoires entre les stations est d'accaparer la plus grande part possible des auditeurs qui syntonisent la radio à un moment donné. Compte tenu de ces hypothèses, Steiner conclut que la concurrence entre les stations engendre la duplication des formules de programmation afin de plaire à la tranche la plus vaste possible de l'auditoire. Ce n'est que lorsqu'il y a plusieurs stations qui se font compétition dans un marché donné que naît la possibilité pour certains groupes minoritaires d'être desservis.

Le modèle de Steiner repose sur plusieurs postulats. Par exemple, il ne considère qu'un seul marché et le voit comme étanche; les auditeurs ont des goûts exclusifs; les stations qui diffusent des programmations de même type vont partager également les auditeurs prisant ces types d'émissions; chaque station vise à maximiser le nombre des auditeurs écoutant ses émissions; les types de programmes sont étanches et définissables.

À l'époque où il mettait au point son modèle, soit au début des années cinquante, Steiner postulait que les stations sont en nombre restreint sur un marché donné. De nos jours, les grands marchés comptent plusieurs stations. Il est donc davantage plausible de croire que les goûts minoritaires ont plus de chances d'être comblés. Deux autres postulats de Steiner semblent peu vraisemblables de nos jours. Les émissions n'engendrent pas toutes des coûts identiques contrairement à ce que Steiner prétend. Certaines se réalisant pour des frais insignifiants tandis que d'autres supposent des investissements importants. D'autre part, les radiodiffuseurs peuvent ne pas viser la maximisation du nombre de leurs auditeurs. Ces derniers n'ont pas nécessairement une valeur égale pour les marchés publicitaires. Le vendeur de Rolls Royce verra peu d'intérêt à rejoindre les adolescents tandis que Coca-Cola cherchera à rejoindre des consommateurs de tous âges. Enfin, le postulat selon lequel les auditeurs ont des goûts définis, excluant qu'ils puissent se laisser tenter par un second choix, est discutable. S'il est vrai que les auditeurs recherchent souvent à la radio un certain son qui convient à leur état d'âme, il est aussi possible de postuler que le même auditeur peut aimer le rock léger, la chansonnette française et la musique classique!

Le modèle de Steiner fournit cependant un éclairage utile sur la façon dont se pose le défi de faire en sorte que les émissions offertes par la radio et la télévision commerciales dans un pays soient de genres diversifiés. Il montre qu'il n'est pas évident que le marché «libre» puisse à lui seul produire un niveau satisfaisant de diversité, surtout dans les localités trop petites pour faire vivre de façon rentable un nombre suffisant de stations commerciales de radio et de télévision pour qu'on puisse espérer que les goûts d'un grand nombre de groupes d'auditeurs puissent être satisfaits. Le modèle rappelle aussi que ce que produisent d'abord et avant tout les stations de radio et de télévision, ce sont des auditoires voués à être vendus aux publicitaires désireux de rejoindre un ou plusieurs segments de la population. C'est à cette condition que les stations commerciales vont survivre.

Le maintien de la diversité des genres d'émissions doit donc emprunter diverses techniques de réglementation destinées à infléchir ou neutraliser les tendances lourdes que montre, en partie, le modèle de Steiner.

Dans un contexte caractérisé par la multiplication des services de programmation disponibles, s'accroît la tendance à privilégier une vision de l'équilibre dans le système de radiodiffusion dans son ensemble. On admettra plus aisément qu'une station ou un service de programmation en particulier n'offre qu'un type d'émissions, laissant à d'autres le soin de répondre aux autres besoins variés qui peuvent exister au sein de l'auditoire.

Dans un système de réglementation caractérisé par un grand nombre de services de programmation, le défi des autorités réglementaires n'est plus tant de s'assurer que chaque diffuseur maintienne une programmation convenant aux goûts variés de l'auditoire, mais plutôt de garantir que des services de programmation existent pour satisfaire l'ensemble des goûts qu'on peut repérer dans une collectivité. Il faut aussi veiller à assurer un certain degré d'exclusivité aux stations qui choisissent de desservir des auditoires minoritaires puisque celles-ci ne peuvent compter que sur une part restreinte de l'ensemble de la population syntonisant la radio ou la télévision.

9. LE RÔLE DES RÉSEAUX ET ENTREPRISES DE PROGRAMMATION

L'article 3(1)s prescrit des objectifs visant plus particulièrement les entreprises de programmation et les réseaux du secteur privé. On y 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.

C'est la codification du principal objectif des politiques suivies au cours des trente dernières années.

10. LE RÔLE DES ENTREPRISES DE DISTRIBUTION

Les entreprises de distribution sont définies comme étant des entreprises de réception de radiodiffusion pour retransmission en vue de sa réception dans des résidences¹⁷⁸. On a fréquemment déploré que la *Loi sur la radiodiffusion*¹⁷⁹ de 1968 ne prévoie rien de précis quant au rôle que devraient jouer les entreprises de réception de radiodiffusion au sein du système. L'article 3(1)t de la *Loi sur la radiodiffusion*¹⁸⁰ de 1991 vient combler cette lacune. Assimilées à des «entreprises de distribution», les entreprises de câblodistribution en partagent le sort et, évidemment, les objectifs que la loi leur assigne. Ces objectifs sont les suivants :

178 *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art 2.

179 *Précitée*, note 18.

180 *Précitée*, note 1.

- (i) [...] *donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,*
- (ii) [...] *assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables,*
- (iii) [...] *offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d'un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,*
- (iv) [...] *si le Conseil le juge opportun, créer une programmation – locale ou autre – de nature à favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion, et en particulier à permettre aux minorités linguistiques et culturelles mal desservies d'avoir accès aux services de radiodiffusion.*

Le principe de la priorité à la fourniture des services de programmation canadienne est bien connu. Il est appliqué par le CRTC qui en a fait une disposition expresse de son *Règlement de 1986 sur la télédistribution*¹⁸¹. Il s'applique maintenant à tous les services de programmation canadiens, peu importe qu'ils soient disponibles par ondes hertziennes dans la région desservie par l'entreprise de distribution ou par satellite. Il revient cependant au CRTC de déterminer les services qui pourront ou devront être distribués par l'entreprise de distribution. D'ailleurs, l'article 9(1)g) de la *Loi sur la radiodiffusion* permet expressément au CRTC de régir la fourniture des services de programmation par les entreprises de distribution.

Les articles 3(1)q)(ii) et 3(1)q)(iii) introduisent une distinction entre la fourniture de la programmation par les entreprises de distribution et «la combinaison et la vente des services de programmation» fournis par l'entreprise de distribution aux termes d'un contrat avec une entreprise de radiodiffusion. Le statut de la programmation distribuée sans contrat est assujéti au principe des tarifs «abordables» tandis que les «conditions acceptables» doivent régir la fourniture des services de programmation qui sont fournis par l'entreprise de distribution en vertu d'un contrat avec une entreprise de radiodiffusion.

En assignant aux entreprises de distribution l'objectif «d'assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables», la loi vient, pour la première fois, énoncer un principe législatif de tarification. Les tarifs des entreprises de distribution doivent être «abordables»; l'expression est traduite en anglais par *reasonable cost*. L'article 335(1) de la *Loi sur les chemins de fer*¹⁸², tel qu'édicte par l'article 86 de la *Loi sur la radiodiffusion*, écarte toute possibilité que les tarifs de ces entreprises soient réglementés suivant les critères

¹⁸¹ (1986) 120 *Gaz. Can.* II, 3334 modifié par (1987) 121 *Gaz. Can.* II, 2820; (1988) 122 *Gaz. Can.* II, 2237 et 2424; (1990) 124 *Gaz. Can.* II, 2326; (1991) 125 *Gaz. Can.* II, 599.

¹⁸² L.R.C. (1985), c. R-3 modifiée par c. 11 (1^{er} supp.), par. 2(1), ann. n° 4(1); c. 27 (1^{er} supp.), art. 203; c. 20 (2^e supp.), art. 14; c. 37 (2^e supp.), art. 1; c. 28 (3^e supp.), art. 312 et 350; c. 32 (4^e supp.), art. 66-114; c. 40 (4^e supp.), art. 2, ann. n° 7(1) à 7(3); L.C. 1991, c. 11, art. 86 et 87.

développés pour les entreprises de télécommunications en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*.

La notion de «tarifs abordables» équivaut-elle à la notion de tarifs «justes et raisonnables» appliquée aux entreprises de télécommunications réglementées en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*¹⁸³? Il y a un certain degré de rapprochement à faire, mais le fait qu'on ait pris la peine de recourir à une expression différente implique que les principes de tarification souhaités par le Parlement à l'égard des entreprises de distribution sont différents. Le caractère «abordable» des tarifs est conditionné par la nécessité pour les entreprises de fournir efficacement la programmation à l'aide des techniques les plus efficaces.

Les services fournis à l'entreprise de distribution aux termes d'un contrat par les entreprises de radiodiffusion doivent pour leur part être offerts à des «conditions acceptables». Ces conditions doivent être acceptables aussi bien quant à la combinaison qu'à la vente des services. Le critère est ici beaucoup plus souple. Les autorités n'ont pas à s'enquérir du caractère «abordable» des conditions. Le critère d'acceptabilité, compte tenu de l'ensemble des circonstances, suffit.

On a souvent constaté que les entreprises de câblodistribution, par leur double rôle de distributeur et de programmeur, se trouvaient fatalement en conflit d'intérêt. Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* déplorait cet état de fait et appelait un statut plus clair pour les entreprises de câble¹⁸⁴. La *Loi sur la radiodiffusion* reconnaît plutôt que les entreprises de distribution peuvent «au besoin, créer une programmation – locale ou autre – de nature à favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion». Toutefois, le CRTC se voit reconnaître des pouvoirs plus étendus afin d'arbitrer les éventuels conflits que ce double rôle des entreprises de distribution pourrait engendrer¹⁸⁵.

11. LES SERVICES DE PROGRAMMATION TELEVISEE COMPLEMENTAIRES

Au nombre des objectifs inscrits à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, il y a ceux relatifs à ce qui est désigné en tant que «services de programmation télévisée complémentaires». De tels services devraient au besoin être offerts afin que le système de radiodiffusion puisse se conformer aux objectifs que lui assigne le paragraphe (i) de l'article 3(1). L'existence de tels services complémentaires ne porte pas atteinte à l'obligation des entreprises de radiodiffusion de fournir une programmation ayant les caractéristiques du paragraphe (i).

Le rattachement entre de tels services de programmation complémentaires et les prescriptions relatives à la programmation offerte par le système dans sa totalité invite à conclure que le caractère complémentaire d'un service projeté devrait procéder d'une

183 *Id.*, art. 340 et suiv.

184 Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 626.

185 *Loi sur la radiodiffusion*, précitée, note 1, art. 10(1)h).

analyse permettant de mesurer jusqu'à quel point le système, dans son ensemble, se conforme ou non aux objectifs du paragraphe (i).

Comme la vocation des services de programmation complémentaires n'est pas aussi bien connue que celle des autres composantes du système, l'article 3(1)r) prescrit les traits caractéristiques que devrait posséder la programmation offerte par de tels services.

Le caractère complémentaire de la programmation de tels services est tout particulièrement marqué : le paragraphe 3(1)r)(i) prescrit en effet que la programmation de ces services devrait à la fois «être innovatrice et compléter celle qui est offerte au grand public» et, suivant le paragraphe 3(1)r)(ii), «répondre aux intérêts et goûts de ceux que la programmation offerte au grand public laisse insatisfaits et comprendre des émissions consacrées aux arts et à la culture».

Le troisième objectif de la programmation offerte par de tels services est de «réfléter le caractère multiculturel du Canada et rendre compte de sa diversité régionale». Ce dernier objectif doit être lu avec le cinquième qui énonce que cette programmation doit être «offerte partout au Canada de la manière la plus rentable, compte tenu de la qualité». Cela vient en quelque sorte mitiger l'impératif de la représentation fidèle des régions. Dans la mesure où la densité de la population susceptible d'être intéressée par cette programmation ne serait pas suffisante, il pourra être possible de conclure que la distribution pancanadienne n'est pas rentable, compte tenu de la qualité.

Enfin, la programmation des services complémentaires devrait, autant que possible, comporter des acquisitions plutôt que des productions propres¹⁸⁶. C'est la consécration des politiques suivies par le CRTC lors de l'implantation de tels services.

La formulation dans la loi d'objectifs particuliers pour les services «complémentaires», donc définis essentiellement comme venant compléter les services existant au sein du système, pourra s'avérer problématique dans l'avenir. Une fois établis, de tels services conservent-ils leur étiquette de «complémentaires»? Ne sont-ils pas, dès lors, partie du système au même titre que les autres services de programmation? Au nom de quoi pourrait-on les maintenir hors des courants principaux de programmation? À la vérité, le caractère complémentaire est toujours l'apanage de services qu'on cherche à mettre sur pied. Ils sont complémentaires par rapport à ce qu'offrent l'ensemble des services déjà actifs dans le système. Par exemple, lorsqu'il doit décider de l'opportunité d'autoriser une nouvelle station conventionnelle de télévision, le CRTC cherche toujours à s'assurer que ce service sera complémentaire à ceux qui existent déjà. Il fait de même lors de l'avènement des canaux spécialisés.

Comme la loi parle toujours au présent, on peut se demander si l'on devra considérer que les services établis à compter d'une certaine date sont réputés être des services complémentaires tandis que les autres ne le seraient pas. Cette énumération d'objectifs pour des canaux complémentaires n'a peut-être pas vraiment sa place dans un texte de loi. Les impératifs auxquels on cherche à répondre ici semblent trop ponctuels pour survivre à l'effet implacable du temps. C'est un bel exemple des difficultés que peut engendrer le

¹⁸⁶ *Id.*, art. 3(1)r)(iv).

recours à un énoncé législatif de politique pour répondre à tous les désirs qui s'expriment à un moment donné.

12. LES PRINCIPES ENCADRANT LA REGLEMENTATION ET LA SURVEILLANCE

L'énoncé de la mission du CRTC est précisé par un ensemble de principes devant présider à la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion. Certains de ces principes réitérent ceux qui se trouvent énoncés dans l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il en est ainsi de l'obligation de tenir compte des caractéristiques de la radiodiffusion en français et en anglais¹⁸⁷, des préoccupations et besoins régionaux¹⁸⁸, de favoriser la radiodiffusion à l'intention des Canadiens¹⁸⁹ et de favoriser la présentation d'émissions canadiennes aux Canadiens¹⁹⁰.

La réglementation et la surveillance doit en outre «pouvoir aisément s'adapter aux progrès scientifiques et techniques»¹⁹¹ et «permettre la mise au point de techniques d'information et leur application ainsi que la fourniture aux Canadiens des services qui en découlent»¹⁹². De plus, la réglementation doit «tenir compte du fardeau administratif qu'elles sont susceptibles d'imposer aux exploitant d'entreprises de radiodiffusion»¹⁹³.

Un impératif d'adaptabilité de la réglementation et des techniques de surveillance du système semble constituer l'assise de ces principes. Dans un environnement marqué par la rapidité des mutations techniques comme la radiodiffusion, il est malaisé de déterminer *a priori* de quelle façon les divers principes, valeurs et objectifs pourront être atteints concrètement. Daniel Gifford écrit à ce propos que : «*These value-referents reflect [...] the inability of the legislature to speak more precisely*»¹⁹⁴. C'est comme si les réalités auxquelles la loi entend faire face étaient si multiples, si complexes et si volatiles qu'il était impossible de les encadrer de façon plus précise.

Al-Sanhoury identifiait l'adaptabilité comme étant le besoin le plus impérieux et sans doute le moins facile à réaliser pour le droit¹⁹⁵. Il constatait aussi que le standard était une

187 *Id.*, art. 5(2)a).

188 *Id.*, art. 5(2)b).

189 *Id.*, art. 5(2)d).

190 *Id.*, art. 5(2)e).

191 *Id.*, art. 5(2)c).

192 *Id.*, art. 5(2)f).

193 *Id.*, art. 5(2)g).

194 Daniel J. GIFFORD, «Communication of Legal Standards, Policy Development, and Effective Conduct Regulation», (1971) 56 *Cornell L.R.* 409, 419.

195 A.-A. AL-SANHOURY, «Le standard juridique», dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 144.

technique de nature à favoriser cette adaptabilité. Il écrit : «À la fixité et la rigidité de la règle, s'oppose avantageusement la souplesse et l'adaptabilité du standard»¹⁹⁶.

C'est dans le champ des techniques de réglementation que sont effectivement déterminés les droits et les obligations des acteurs. En raison sans doute de l'immatérialité et de la diversité des objets, ces techniques se caractérisent par leur degré élevé de souplesse. Les mécanismes de réglementation et de surveillance visent à procurer les ajustements et les mises à niveau que requièrent les principes, nombreux et parfois contradictoires, sous-tendant la réglementation de la radio et de la télévision. L'organisme de réglementation chargé de mettre en oeuvre la politique de la radiodiffusion fait usage de quatre instruments principaux. Le CRTC adopte en effet des textes réglementaires, il publie périodiquement des énoncés de politique, il rend des décisions et ordonnances à l'endroit d'une entreprise ou d'un ensemble d'entreprises et enfin, il rend des décisions à la suite de l'étude de plaintes formulées à l'endroit des entreprises.

Le principe de l'adaptabilité favorise le recours à des techniques de réglementation souples. Il n'est donc pas étonnant que ce soit surtout dans les énoncés de politique du CRTC que se retrouve la substance de la plupart des droits et obligations des entreprises. Les principes y sont exprimés en termes généraux; ils s'actualisent dans les conditions de licence des entreprises. Les énoncés de politique réfèrent à des réalités ne s'exprimant que très imparfaitement au moyen de la forme réglementaire. Les conditions de licence ne sont pas imposées de génération spontanée par le Conseil : elles sont généralement proposées par les entreprises elles-mêmes lorsque celles-ci déposent leur demande auprès du Conseil. Dans leurs demandes et leurs «promesses de réalisation», les entreprises énoncent leurs intentions, leurs projets de programmation. Pour fixer ces projets, elles se fondent sur les nombreux énoncés de politique. Leur demande se veut en quelque sorte une démonstration que leurs intentions coïncident avec les politiques du Conseil. Les droits et obligations des entreprises sont parfois énoncés par les règlements, mais cette technique tend à perdre de l'importance; la consultation de ces textes réglementaires en dit assez peu sur l'état véritable du droit. Plusieurs matières ne sont l'objet d'aucune disposition réglementaire. Les règlements font souvent état de notions dont la compréhension n'est possible qu'à la lumière des conditions de licence de chacune des entreprises ou des énoncés de politique publiés de temps à autre par le conseil.

13. LA PRIMAUTE DES OBJECTIFS DU SERVICE PUBLIC NATIONAL

L'article 3(1)n) de la *Loi sur la radiodiffusion* affirme le principe de la primauté des objectifs du service public national de radiodiffusion en cas de conflit entre les objectifs de la Société Radio-Canada et les intérêts des éléments privés du système canadien de radiodiffusion. Le caractère primordial des objectifs du service public de radiodiffusion est toutefois subordonné à la nécessité de résoudre les conflits dans le sens de l'intérêt public. Le législateur s'exprime ainsi :

les conflits entre les objectifs de la Société énumérés aux alinéas l) et m) et les intérêts de toute autre entreprise de radiodiffusion du système canadien de

¹⁹⁶ *Id.*, p. 146.

radiodiffusion doivent être résolus dans le sens de l'intérêt public ou, si l'intérêt public est également assuré, en faveur des objectifs énumérés aux alinéas l) et m).

La détermination du mode de cohabitation du service public national de radiodiffusion avec les radiodiffuseurs privés a soulevé des débats tout au long de l'histoire de la politique canadienne de radiodiffusion. Dès 1931, le Rapport Aird recommandait que le service à être établi puisse acquérir la propriété des appareils de radiodiffusion existants, ce qui équivalait à la nationalisation complète du secteur privé¹⁹⁷. La loi de 1932 conférait à la Commission canadienne de radiodiffusion le pouvoir d'interdire l'exploitation de réseaux de stations privées et le pouvoir d'acquérir les stations privées existantes. La loi de 1936 reprenait pour l'essentiel les dispositions de la loi de 1932, tout en accordant à la Société Radio-Canada le pouvoir d'autoriser la constitution de réseaux de stations privées. En 1951, le Rapport Massey recommandait le maintien de ce pouvoir de la Société Radio-Canada et un moratoire sur l'émission des permis de télévision à des radiodiffuseurs privés tant et aussi longtemps que la Société Radio-Canada n'aura pas mis au point des «émissions nationales de télévision»¹⁹⁸. Quelques années plus tard, le Rapport Fowler I¹⁹⁹ formulait des recommandations qui restaient dans cette ligne de pensée. Mais la loi de 1958 devait mettre fin au rôle dominant de Radio-Canada au sein du système.

Avec le Livre blanc de 1966, le principe de la coexistence parallèle d'un service public de radiodiffusion et des services de radiodiffusion des stations privées est explicitement acquis; le Livre blanc de 1966 indique cependant que lorsqu'il convient de choisir entre les deux services, «l'élément public doit prédominer». C'est la solution adoptée par le Parlement fédéral en 1968 dans la *Loi sur la radiodiffusion* à l'article 3h). Depuis, les Projets de loi C-43 (1977)²⁰⁰ et C-16 (1978)²⁰¹ ont proposé une solution semblable tout en remplaçant l'expression «importance primordiale» par celle de «tenir principalement compte» des objectifs du service public de radiodiffusion. Si cette façon de régler les conflits entre les objectifs du service public et ceux du secteur privé semble claire en théorie, elle est toutefois plus complexe, dans les faits, pour le CRTC à qui revient souvent le rôle de concilier les objectifs en présence. C'est sans doute ce qui explique qu'en 1982, le Rapport Applebaum-Hébert, soucieux des problèmes existant entre le CRTC et la Société Radio-Canada, a recommandé qu'une nouvelle loi sur la radiodiffusion définisse clairement l'autorité du CRTC à l'égard de la Société²⁰². En 1986, le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* constatait qu'il est «notoire que, dans de

¹⁹⁷ Rapport Aird, *op.cit.*, note 86, recommandations a et h.

¹⁹⁸ *Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'avancement des arts, lettres et sciences au Canada* («Rapport Massey»), Ottawa, Imprimeur du roi, 1951, p. 352.

¹⁹⁹ Rapport Fowler I, *op. cit.*, note 165.

²⁰⁰ *Loi concernant les télécommunications au Canada*, Projet de loi C-43 (1^{ère} lecture), 2^e session, 30^e législature (Can.), art. 3k).

²⁰¹ *Loi concernant les télécommunications au Canada*, Projet de loi C-16 (1^{ère} lecture), 4^e session, 30^e législature (Can.), art. 3l).

²⁰² *Rapport du Comité d'étude de la politique culturelle fédérale* («Rapport Applebaum-Hébert»), Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982, p. 293.

nombreux [...] cas, le principe a été ignoré ou même bafoué». Cela n'empêche pas le Groupe de travail d'ajouter que : «Nous nous départirions avec peine de la protection même théorique scellée dans cette disposition»²⁰³.

Le caractère rhétorique d'une telle disposition est évident. Il est toujours loisible aux décideurs de conclure qu'une solution allant à l'encontre des objectifs de la Société Radio-Canada coïncide beaucoup mieux avec l'intérêt public. La disposition n'affirme pas moins la primauté, à tout le moins au niveau des principes, des objectifs de Radio-Canada.

²⁰³ Rapport Caplan-Sauvageau, *op. cit.*, note 30, p. 309.