

La loi canadienne sur la diffusion en continue en ligne et la promotion des contenus francophones

Pierre Trudel*

Introduction

Le basculement sur Internet des activités de mise à disposition du public de contenus audiovisuels engendre des risques pour la viabilité de la production et de la diffusion d'émissions en français ou dans les langues minoritaires.

La législation canadienne sur la radiodiffusion constitue un moyen de gérer les risques auxquels sont exposés les cultures minoritaires. Elle vise à répondre au défi d'assurer la capacité effective des individus de faire de vrais choix et le respect de la diversité culturelle. Pour procurer les encadrements réglementaires pertinents à des enjeux qui évoluent rapidement, les lois doivent être souples. C'est dans cette perspective qu'il faut analyser *Loi sur la diffusion continue en ligne*. Celle-ci institue un cadre pour la régulation des activités se déroulant sur Internet.

La législation canadienne sur la radiodiffusion vise à faire en sorte que les Canadiens aient la possibilité d'accéder non seulement aux œuvres du monde entier, mais aussi aux œuvres émanant de la créativité d'ici. Cela requiert une capacité de mettre en place des règles ciblées et efficaces dès lors que les pratiques commerciales des grandes plateformes d'Internet se révèlent incompatibles avec les valeurs énoncées dans la Loi.

Pour tenir compte de la vélocité qui caractérise les environnements en réseau, les lois doivent surtout énoncer des principes et objectifs à atteindre et instituer des processus souples de régulation. À l'instar d'autres lois destinées à encadrer les situations caractéristiques des univers numériques la *Loi sur la diffusion continue en ligne* est rédigée de façon à énoncer des principes qui doivent être mis en œuvre par l'action des instances de régulation.

Les défis posés par la diffusion en ligne

Les activités de production et de diffusion de créations culturelles sont marquées par les conditions imposées par les environnements techniques. Avec la mutation numérique,

* Professeur titulaire au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, membre de la Société royale du Canada, membre du Barreau du Québec. < <https://pierretrudel.openum.ca/> >.

l'environnement de la production et de la diffusion des contenus audiovisuels connaît des changements accélérés.

Ce qui constitue le champ de la régulation de l'audiovisuel paraît se dissoudre. Les journaux, émissions de télévision, films, appels téléphoniques, données informatiques, services commerciaux, comme l'achat de biens ou les services bancaires, et toutes les autres formes d'information et de communication peuvent désormais s'effectuer en un seul format – les bits numériques. Internet est l'incarnation de la convergence des environnements médiatiques. L'idée de convergence fait écho au rapprochement entre les industries de la radiodiffusion, de la presse, des télécommunications et de l'informatique¹.

C'est une caractéristique constante de la législation canadienne sur la radiodiffusion de faire en sorte que les Canadiens aient la possibilité d'accéder non seulement aux œuvres du monde entier, mais aussi aux œuvres émanant de la créativité des Canadiens. L'une des principales finalités de la réglementation des médias de diffusion électronique est d'assurer la capacité effective des individus de faire de vrais choix et promouvoir la diversité culturelle. Pour procurer les encadrements réglementaires pertinents à des enjeux qui évoluent rapidement, les lois doivent être souples.

Le contexte engendré par la généralisation d'internet met à risque la production et la diffusion d'œuvres francophones. La viabilité des œuvres musicales ou audiovisuelles dépend de plus en plus des configurations, écrans d'accueil et autres dispositifs par lesquels on accède aux contenus. Dans un univers de plateformes en ligne où pratiquement tout est disponible, il est vrai que toutes les œuvres sont théoriquement à la disposition des usagers. Mais les configurations techniques et les réglages par défaut induisent des effets de censure à l'égard des productions émanant des communautés minoritaires.

Les configurations par défaut régissent de plus en plus nos accès aux contenus culturels et aux autres ressources de l'univers connecté. Il est donc faux de prétendre que c'est le « libre choix » du public qui expliquerait l'invisibilité de nos créateurs sur les diverses plateformes de diffusion. Les lois doivent obliger les entreprises qui configurent des objets vendus ici à donner priorité aux services et contenus émanant de nos entreprises et de nos créateurs. C'est à cette condition qu'il sera possible de prétendre que les consommateurs ont une vraie liberté de choisir.

La nouvelle Loi sur la radiodiffusion

Pour encadrer les activités marquées par les évolutions accélérées, le Parlement canadien a opté, à compter du dernier tiers du 20^e siècle, pour des lois énonçant des principes et objectifs et habilitant des organismes à réglementer de la façon la plus appropriée afin de

¹ Pierre TRUDEL, Points de vues sur la gouvernance et la régulation des médias dans le contexte de la numérisation, dans Daniel GIROUX et Florian SAUVAGEAU, *La rencontre des anciens et nouveaux médias*, Québec, Centre d'études sur les médias, 2007, p. 103-158.

mettre en œuvre ces principes². Telle que modifiée par la *Loi sur la diffusion continue en ligne*, la *Loi sur la radiodiffusion* n'édicte pas directement des exigences spécifiques pour les entreprises qui lui sont assujetties. Elle énonce plutôt des principes et objectifs sur la façon dont doivent être dispensés les services de médias électroniques. Par exemple, l'article 3 affirme la diversité canadienne et la nécessité que cela se reflète dans les choix d'émissions proposés aux Canadiens. La Loi attribue à un organisme de réglementation, le CRTC, des pouvoirs pour convertir en obligations spécifiques, à l'égard des entreprises, les énoncés généraux de la politique canadienne de radiodiffusion³.

Ce souci de faire en sorte que les activités soient encadrées de façon souple et de manière à tenir compte de l'évolution des pratiques est aussi présent dans d'autres lois comme celle sur les transports et celle sur les télécommunications. D'autres pays ont opté pour des législations construites selon un tel modèle⁴.

La mise en place des règles qui vont s'imposer aux entreprises a lieu à l'issue de consultations publiques. La *Loi sur la radiodiffusion* met en place des processus ouverts au cours desquels tous peuvent être entendus. C'est à cela que servent les audiences publiques que tient le CRTC. Par exemple, une fois la loi amendée, se tiendront des audiences sur les meilleures façons de garantir la découvrabilité des œuvres canadiennes. Ces audiences permettront à tous les intéressés de venir exposer comment il faut s'y prendre pour assurer que les œuvres produites au Canada sont non seulement disponibles sur les plateformes en ligne mais qu'elles peuvent être trouvées par les consommateurs⁵.

La *Loi sur la radiodiffusion* énonce les objectifs à atteindre et investit les autorités de régulation de vastes pouvoirs afin d'assurer la mise en place d'un cadre de réglementation conséquent. 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. Ainsi, l'article 3(1)a) de la *Loi sur la radiodiffusion*⁶ déclare que « le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle.

La *Loi sur la diffusion continue en ligne* ajoute à la *Loi sur la radiodiffusion* une catégorie d'entreprise de radiodiffusion, l'entreprise en ligne constitue le principal changement apporté à la Loi sur la radiodiffusion par le projet de loi C-11. La notion d'entreprise en

² Pierre Trudel et France Abran, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, 1180 p., ch. 5.

³ Pierre Trudel, « Le modèle nord-américain de régulation audiovisuelle » dans Serge Regourd et Laurence Calandri, *La régulation de la communication audiovisuelle – enjeux et perspectives*, Paris, L.G.D.J, Institut universitaire Varenne, 2015, 269-287.

⁴ 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,

⁵ *Rapport de la mission franco-québécoise sur la découvrabilité en ligne des contenus culturels francophones*, ministère de la Culture et des Communications du Québec, Ministère de la Culture de France, 2020, < <https://www.vie-publique.fr/rapport/277472-rapport-sur-decouvrabilite-en-ligne-des-contenus-culturels-francophones> >.

⁶ *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11.

ligne vise une « Entreprise de transmission ou de retransmission d'émissions par Internet destinées à être reçues par le public à l'aide d'un récepteur. »

L'article 31.1 (2) autorise l'exploitation d'une entreprise en ligne sans obligation de détenir une licence ou d'être exempté d'en détenir une. Les entreprises en ligne sont assujetties aux ordonnances ou règlements que le CRTC peut prendre. La contravention à de telles ordonnances ou règlements est passible de peines sous la forme d'amendes.

Pour donner suite aux multiples objections de certains acteurs qui invoquent des craintes que la *Loi sur la radiodiffusion* telle que modifiée puisse englober des activités qui ne relèvent pas de la radiodiffusion ou des objectifs énoncés dans la loi, la Loi sur la diffusion en ligne a multiplié les exclusions. Cette façon de rédiger la loi contribue à en alourdir le texte. C'est ainsi qu'une disposition dispose que « ne constitue pas l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion pour l'application de la présente loi le fait, pour l'utilisateur d'un service de média social, de téléverser des émissions en vue de leur transmission par Internet et de leur réception par d'autres utilisateurs, pourvu que cet utilisateur ne soit pas le fournisseur du service, son affilié ou le mandataire de l'un deux. »

On va même jusqu'à exclure certaines transmissions par internet qui auraient de toute évidence été de toute façon exemptées selon les dispositions existantes de l'article 9(4) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Une telle accumulation d'exclusions alourdit la lecture de la loi. L'article 9 (4) de la *Loi sur la radiodiffusion* confère déjà au CRTC un large pouvoir d'exempter de l'application de la loi les entreprises dont l'activité ne présente pas d'enjeux significatifs pour la réalisation de la politique canadienne de radiodiffusion.

Les dispositions interprétatives de la Loi sur la radiodiffusion : libertés expressives et place du français

La *Loi sur la radiodiffusion* énonce une politique et habilite le CRTC à la mettre en œuvre. Il est établi depuis longtemps qu'un organisme de réglementation comme le CRTC ne peut prendre des mesures qui seraient en conflit avec la liberté d'expression. Cette protection est renforcée par l'article 2(3) introduit par la *Loi sur la diffusion continue en ligne* qui commande que l'interprétation et l'application de la loi se fasse 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.

D'autres dispositions interprétatives imposent d'appliquer la loi à la lumière de l'impératif de favoriser l'épanouissement des cultures minoritaires. Ainsi, l'alinéa 2(3) b) prévoit que l'interprétation et l'application de la loi doivent se faire d'une manière qui respecte l'engagement du gouvernement du Canada à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

Les principes de la politique canadienne de radiodiffusion

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 » du système de 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. En fin de compte, l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* trace les exigences et attentes à l'endroit du système de même que des entreprises qui en font partie. S'agissant de la promotion de la diffusion en français, les principes ajoutés par la *Loi sur la diffusion continue en ligne* prévoient que « les radiodiffusions de langues française et anglaise, malgré certains points communs, diffèrent quant à leurs conditions d'exploitation — en particulier, le contexte minoritaire du français en Amérique du Nord — et, éventuellement, quant à leurs besoins. »

La politique canadienne de radiodiffusion affirme également l'impératif de soutenir la production et la radiodiffusion d'émissions dans une variété de langues qui reflètent les communautés racisées et la diversité de la composition ethnoculturelle de la société canadienne, notamment par l'intermédiaire d'entreprises de radiodiffusion exploitées par des Canadiens qui sont issus des communautés racisées ou qui représentent la diversité de par leurs antécédents ethnoculturels.

Il est également question d'offrir aux Canadiens issus des communautés racisées ou aux antécédents ethnoculturels divers des possibilités de produire et radiodiffuser des émissions provenant de celles-ci et leur étant destinées,

Les alinéas 3(1)f) à h) énoncent les principes relatifs aux ressources que doivent déployer les entreprises. D'une part, les entreprises canadiennes sont tenues d'employer des ressources humaines — créatrices et autres — canadiennes et de faire appel à celles-ci au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, pour la création, la production et la présentation de leur programmation. De plus, la loi affirme que la programmation sur laquelle les exploitants d'entreprises de radiodiffusion exercent le contrôle de la programmation devrait être de haute qualité.

Des principes sont énoncés dans la Loi afin de préciser la place des entreprises de diffusion en ligne. Ainsi, le nouvel alinéa 3(1)q0 prévoit que les entreprises en ligne qui fournissent les services de programmation provenant d'autres entreprises de radiodiffusion devraient, assurer la découvrabilité des services de programmation canadienne ainsi que des émissions canadiennes originales, notamment les émissions originales de langue française, dans une proportion équitable. Ces entreprises en ligne doivent aussi clairement mettre en valeur et recommander la programmation canadienne, dans les deux langues officielles ainsi qu'en langues autochtones, et veiller à ce que tout moyen de contrôle de la programmation génère des résultats permettant sa découverte;

En somme, la loi telle que modifiée vient étendre aux entreprises en ligne plusieurs principes et exigences afin de refléter notamment les impératifs de promotion de la créativité émanant des groupes minoritaires.

L'article 5 de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce les caractéristiques que doit présenter la surveillance et la réglementation de la radiodiffusion. On y précise qu'elle doit tenir compte des caractéristiques de la radiodiffusion dans les langues française, anglaise et autochtones et des conditions différentes d'exploitation auxquelles sont soumises les entreprises de radiodiffusion qui diffusent la programmation dans l'une ou l'autre langue, notamment le contexte minoritaire du français en Amérique du Nord, et des besoins et intérêts propres des communautés de langue officielle en situation minoritaire du Canada ainsi que des peuples autochtones;

Le nouvel alinéa 5 a.1) prévoit que la réglementation doit tenir compte de la nature et de la diversité des services fournis par les entreprises de radiodiffusion, de même que de leur taille, de leur impact sur l'industrie canadienne de création et de production, particulièrement en ce qui concerne l'emploi au Canada et la programmation canadienne, de leur contribution à la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion et de toute autre caractéristique pouvant être pertinente dans les circonstances.

De même, le régulateur doit veiller à ce que toute entreprise de radiodiffusion qui ne peut faire appel au maximum ou de manière prédominante aux ressources humaines — créatrices et autres — canadiennes pour la création, la production et la présentation de sa programmation contribue à ces ressources canadiennes d'une manière équitable;

Ainsi, l'alinéa 5(2)e) prévoit que la réglementation et la surveillance du système de radiodiffusion doit favoriser la présentation aux Canadiens d'émissions canadiennes créées et produites dans les deux langues officielles, notamment celles créées et produites par les communautés de langue officielle en situation minoritaire du Canada, de même qu'en langues autochtones.

De même l'article 5.1 dispose que dans la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion et dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la présente loi, le Conseil favorise l'épanouissement des communautés de langue officielle en situation minoritaire du Canada et appuie leur développement.

Les principes de la politique canadienne de radiodiffusion tracent une feuille de route guidant les instances de régulation chargées de la mettre en œuvre. Ces principes attestent que l'activité de mettre à la disposition du public des émissions est au Canada sujettes à des conditions. Ce n'est pas un « libre marché ».

Les pouvoirs dévolus au CRTC

L'article 9.1 (1) de la loi confère au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) des pouvoirs de prendre des ordonnances imposant des conditions — pour l'exploitation des entreprises de radiodiffusion — qu'il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion, notamment des conditions concernant notamment pour

régir la présentation des émissions et des services de programmation que peut sélectionner le public, y compris la mise en valeur et la découvrabilité des émissions canadiennes et des services de programmation canadiens, notamment les émissions de langue originale française;

Le rapport Yale sur l'avenir des communications au Canada expliquait que pour s'acquitter de sa mission dans un environnement changeant, le CRTC devra disposer des moyens pour comprendre les marchés qu'il réglemente. Il lui faut jouer un rôle accru dans la surveillance du comportement et des résultats des marchés. Il devra se doter des capacités d'analyse reflétant l'ampleur des enjeux que posent les médias dans le monde connecté. Proactif, le CRTC devra passer au crible un vaste ensemble d'informations, de sources multiples. Même si toutes les entreprises doivent concourir à l'atteinte des objectifs énoncés dans la loi, il est évident qu'on ne réglemente pas une plateforme comme You Tube de la même façon qu'une station de radio. La loi doit énoncer clairement les objectifs et habiliter les régulateurs à utiliser tous les moyens pertinents pour les mettre en œuvre.

Par-dessus tout, un cadre aussi flexible doit inspirer confiance. Le CRTC doit être constitué de personnes expertes et indépendantes. Ses processus décisionnels doivent être transparents. Le processus d'analyse qui mène à la mise en place des exigences imposées aux entreprises doit prendre en compte les points de vues de l'ensemble des publics concernés. Ses décisions doivent être fondées sur l'apport des groupes de défenses des droits des usagers de même que des entreprises concernées.

L'exclusion des logiciels des outils de réglementation

Au nombre des carences introduites par la *Loi sur la diffusion continue en ligne*, il y a l'alinéa 8 de l'article 9.1 qui prive le CRTC du pouvoir d'exiger le recours à certains outils techniques. Ainsi, alors que le CRTC peut réglementer « e) la présentation des émissions et des services de programmation que peut sélectionner le public, y compris la mise en valeur et la découvrabilité des émissions canadiennes et des services de programmation canadiens, notamment les émissions de langue originale française; L'alinéa 8 prévoit que l'alinéa (1)e) n'autorise pas le Conseil à prendre une ordonnance qui exige l'utilisation d'un algorithme informatique ou d'un code source particulier.

Cette exclusion paraît refléter une croyance qui semble prévaloir dans certains milieux que les algorithmes et autres outils logiciels seraient « neutres » alors qu'ils sont fréquemment biaisés pour exclure, voir marginaliser certains types de contenus. En bridant le CRTC, lui retranchant des moyens d'agir, on lui impose de réguler les situations d'aujourd'hui et de demain avec les outils réglementaires du siècle dernier.

Les algorithmes sont un mécanisme fondamental du fonctionnement du monde connecté. On ne peut en soi les interdire. Mais il est urgent de prendre la mesure des effets normatifs qu'ils engendrent. Il faut que les personnes concernées soient en mesure de savoir comment, sur quelles bases, sur quels présupposés fonctionnent les algorithmes ; à partir de quels raisonnements ils génèrent leurs décisions.

Conclusion

La réglementation issue de la loi sur la radiodiffusion vise essentiellement à assurer un équilibre entre la programmation émanant de la créativité canadienne et des différents groupes minoritaires et les créations qui émanent de l'étranger. Pour arriver à cet équilibre toujours précaire, la loi installe notamment des mesures afin de favoriser le réinvestissement d'une partie des flux financiers des et autres ressources dans le la production canadienne c'est à ce niveau que la loi sur la radiodiffusion telle que modifiée par la loi sur la diffusion en ligne vient assurer la promotion des contenus francophones.

Il faudra suivre de près les décisions que prendra le CRTC afin de mettre en œuvre les dispositions de la *Loi sur la diffusion continue en ligne*. On devra porter attention aux entraves que la loi impose à la capacité du CRTC d'adapter rapidement les cadre réglementaires afin de refléter la vélocité des évolutions qui caractérisent les activités se déroulant désormais en ligne. Car l'impératif de promotion des contenus francophones de même que ceux émanant des communautés minoritaires sont une caractéristique majeure de la législation canadienne sur la diffusion en ligne. Compte tenu de la timidité qu'ils ont affiché au cours des dernières décennies dans la mise en œuvre de politiques conséquentes avec les défis de la généralisation du monde connecté, il reste à voir si les autorités réglementaires seront à la hauteur du défi de mettre en œuvre une loi si ambitieuse.