

A-113-10
2011 FCA 64

A-113-10
2011 CAF 64

IN THE MATTER OF the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11;

AFFAIRE INTÉRESSANT la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11;

AND IN THE MATTER OF the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission's Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168;

ET la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168;

AND IN THE MATTER OF an application by way of a reference to the Federal Court of Appeal pursuant to sections 18.3(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

ET une demande introduite sous forme de renvoi à la Cour d'appel fédérale en vertu des paragraphes 18.3(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

INDEXED AS: REFERENCE RE *BROADCASTING ACT*

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Layden-Stevenson J.J.A.—Toronto, September 13 and 14, 2010; Ottawa, February 28, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 13 et 14 septembre 2010; Ottawa, 28 février 2011.

Broadcasting — Reference by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) to determine whether CRTC empowered, pursuant to mandate under Broadcasting Act, to establish regime enabling private local television stations to negotiate with broadcasting distribution undertakings (BDUs) fair value in exchange for distribution of programming services broadcast thereby — Regime would allow private local television stations to charge BDUs for right to retransmit television stations' signals — Per Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): Implementation of proposed regime within CRTC's statutory authority, subject to Copyright Act, legislative history thereof — Under Copyright Act, s. 31(2), BDU having statutory right to retransmit local signal of private local television station without paying royalty provided retransmission meeting conditions stated therein — However, conditions under Copyright Act, s. 31(2) significant, requiring that retransmission be lawful under Broadcasting Act — Therefore, open to CRTC to adopt proposed regime if CRTC determining regime required to meet objectives of Canada's broadcasting policy under Broadcasting Act, s. 3(1) — Question answered affirmatively — Per Nadon J.A. (dissenting): Proposed regime ultra vires powers of CRTC since regime conflicting with clear statement in Copyright Act, s. 31(2)(d) that royalties must be paid only for retransmission of distant signals, not local signals — While Parliament

Radiodiffusion — Renvoi par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) en vue de déterminer si le CRTC a la compétence, en vertu du mandat que lui confère la Loi sur la radiodiffusion, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par celles-ci — Le régime permettrait aux stations privées de télévision locale d'imposer des redevances aux EDR en échange du droit de retransmettre leurs signaux — La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La loi confère au CRTC le pouvoir de mettre en œuvre le régime proposé, sous réserve de la Loi sur le droit d'auteur et de son historique législatif — En vertu de l'art. 31(2) de la Loi sur le droit d'auteur, les EDR ont le droit de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance, pourvu que la retransmission respecte les conditions qui y sont énoncées — Cependant, les conditions prévues à l'art. 31(2) de la Loi sur le droit d'auteur sont importantes et exigent que la retransmission soit licite en vertu de la Loi sur la radiodiffusion — Par conséquent, il est loisible au CRTC d'adopter le régime proposé si le CRTC détermine que le régime est requis pour satisfaire aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en vertu de l'art. 3(1) de la Loi

delegating power to CRTC when passing Broadcasting Act, delegation of power not absolute.

Copyright — Infringement — Reference to determine whether Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) empowered, pursuant to mandate under Broadcasting Act, to establish value for signal regime allowing private local television stations to demand royalty from cable television service providers (broadcast distribution undertakings or BDUs) for retransmission of local signals — Per Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): While BDUs having statutory right to retransmit signal of private local television station without paying royalty pursuant to Copyright Act, s. 31(2), CRTC not precluded from implementing value for signal regime since proposed regime complying with CRTC's statutory mandate — Per Nadon J.A. (dissenting): Value for signal regime ultra vires powers of CRTC because regime conflicting with Parliament's clear statement in Copyright Act, s. 31(2)(d) that royalties must be paid only for retransmission of distant signals, not for retransmission of local signals — This statement clear limit on CRTC's power to impose conditions under Broadcasting Act.

This was a reference by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) in Broadcasting Order CRTC 2010-168 made in accordance with subsections 18.3(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*. The question referred was whether the CRTC is empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations. The regime referred to in the question is sometimes called the “value for signal” regime and would permit a private local television station to negotiate with cable television service providers (broadcast distribution undertakings or BDUs) for an arrangement under which the BDUs provide consideration to the

sur la radiodiffusion — Une réponse affirmative a été donnée à la question — Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Le régime proposé excède la compétence du CRTC, car le régime est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'art. 31(2)(d) de la Loi sur le droit d'auteur, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux — Bien que le législateur ait délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la Loi sur la radiodiffusion, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue.

Droit d'auteur — Violation — Renvoi visant à déterminer si le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a la compétence, en vertu du mandat que lui confère la Loi sur la radiodiffusion, pour établir un régime de compensation pour la valeur des signaux permettant aux stations privées de télévision locale d'exiger des redevances des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés « entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») pour la retransmission de signaux locaux — La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : Bien que les EDR aient le droit, en vertu de la loi, de retransmettre les signaux de stations privées de télévision locale sans payer de redevance, en vertu de l'art. 31(2) de la Loi sur le droit d'auteur, cela n'empêche pas le CRTC de mettre en œuvre un régime de compensation pour la valeur des signaux, étant donné que le régime proposé est conforme au mandat que confère la loi au CRTC — Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Le régime de compensation pour la valeur des signaux excède la compétence du CRTC parce que ce régime est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'art. 31(2)(d) de la Loi sur le droit d'auteur, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux — Cet énoncé vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la Loi sur la radiodiffusion.

Il s'agissait d'un renvoi du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) dans l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, rendue en vertu des paragraphes 18.3(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La question visée était la suivante : Le CRTC a-t-il la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales? Le régime auquel la question fait référence est parfois désigné sous le nom de régime « de compensation pour la valeur des signaux », et permettrait à une station privée de télévision locale de négocier avec des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés

television station for the right to retransmit its signals. The operators of private local television stations generally favour the proposed value for signal regime while the BDUs do not. The CRTC concluded that the existing regulatory model does not adequately deal with recent changes to the broadcasting business environment. In 2010, it adopted a policy determining that a value for signal regime is necessary to ensure the fulfillment of the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*.

Held (Nadon J.A. dissenting), the question should be answered in the affirmative.

Per Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): The implementation of the proposed value for signal regime is within the statutory authority of the CRTC subject to the *Copyright Act* and its legislative history. Under subsection 31(2) of the *Copyright Act*, a BDU has a statutory right to retransmit the local signal of a private local television station without paying a royalty provided the retransmission meets the conditions stated in subsection 31(2). However, the subsection 31(2) conditions are significant, requiring in particular in paragraph 31(2)(b) that any retransmission of a local signal be lawful under the *Broadcasting Act*. That paragraph permits the CRTC to limit the transmission rights under subsection 31(2) by imposing any regulatory or licensing condition consistent with the CRTC's statutory mandate as stated in the *Broadcasting Act*. In other words, by allowing the CRTC to do this, the objectives of Canada's broadcasting policy have been ranked ahead of the BDUs' statutory retransmission rights under subsection 31(2) of the *Copyright Act*. Therefore, it is open to the CRTC to adopt a regulation or a licensing condition that would oblige a BDU to pay money to a private local television station for the right to retransmit its signals provided the CRTC determines that the imposition of such an obligation is required to meet the objectives of Canada's broadcasting policy as stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. Moreover, the proposed regime would not undermine Canada's stated position regarding recent proceedings of the 2001 World Intellectual Property Organization Standing Committee on Copyright and Related Rights.

« entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») une entente selon laquelle ces derniers lui verseraient une contrepartie en échange du droit de retransmettre ses signaux. Les exploitants de stations privées de télévision locale sont généralement favorables au régime proposé, alors que les EDR sont généralement contre. Le CRTC a conclu que le modèle réglementaire existant ne répondait pas adéquatement aux changements récents survenus dans l'industrie de la radiodiffusion. En 2010, il a adopté une politique déterminant qu'il était nécessaire d'établir un régime de compensation pour la valeur des signaux en vue d'assurer l'atteinte des objectifs énumérés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Arrêt (le juge Nadon, J.C.A., dissident) : La Cour doit répondre par l'affirmative à cette question.

La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La mise en œuvre du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux relève de la compétence du CRTC, sous réserve de la *Loi sur le droit d'auteur* et de son historique législatif. En vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, une EDR a le droit de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance, pourvu que la retransmission respecte les conditions énoncées au paragraphe 31(2). Cependant, les conditions prévues au paragraphe 31(2) sont importantes, en particulier, l'alinéa 31(2)b exige que toute retransmission d'un signal local soit licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet alinéa permet au CRTC de limiter les droits de transmission prévus au paragraphe 31(2), en imposant toute condition réglementaire ou d'attribution de licence compatible avec le mandat conféré au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion*. Autrement dit, en permettant au CRTC de faire cela, le législateur donne préséance aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion sur les droits de retransmission que confère aux EDR le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, il est loisible au CRTC d'adopter un règlement ou d'imposer une condition d'attribution de licence qui obligerait une EDR à verser une contrepartie en espèces à une station privée de télévision locale, en échange du droit de retransmettre ses signaux, pourvu que le CRTC détermine que l'imposition d'une telle obligation est nécessaire pour réaliser les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. De plus, le régime proposé ne nuirait pas à la position adoptée par le Canada à l'égard des récents travaux (2001) du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

Per Nadon J.A. (dissenting): The value for signal regime proposed in Broadcasting Order CRTC 2010-168 is *ultra vires* the powers of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) because the value for signal regime conflicts with Parliament's clear statement in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* that royalties must be paid only for the retransmission of distant signals and not for the retransmission of local signals. While Parliament delegated power to the CRTC when it passed the *Broadcasting Act*, this delegation of power is not absolute. Parliament's intention, as expressly stated in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act*, is a clear limit on the CRTC's power to impose conditions under the *Broadcasting Act*.

Le juge Nadon, J.C.A. (dissent) : Le régime de compensation pour la valeur des signaux (le régime CVS) proposé dans l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 excède la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), parce que le régime CVS est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux. Bien que le législateur ait délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la *Loi sur la radiodiffusion*, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue. L'intention du législateur, énoncée expressément à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting", "distribution undertaking", "network", "program", "programming undertaking", "radio waves", (2) (as am. by S.C. 1993, c. 38, s. 81), 3(1),(2), 5(1),(2),(3), 9 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 10(F)), 10.

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 21 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14), 31 (formerly s. 28.01 as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 63; renumbered as s. 31 by S.C. 1997, c. 24, ss. 16, 52(F); 2002, c. 26, s. 2), 70.1(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 16; 1997, c. 24, s. 46), 70.12 (as enacted *idem*), 70.13 (as enacted *idem*), 70.191 (as enacted *idem*), 89 (as enacted *idem*, s. 50).

Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations, SOR/89-254 (as am. by SOR/2004-33, s. 2), s. 3(a) "local signal" (as am. *idem*), (b) "distant signal" (as am. *idem*).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.3(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 28(2) (as am. *idem*, s. 35).

Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 1), 2 "lawful distributor" (as enacted by S.C. 1991, c. 11, s. 81).

CASES CITED

CONSIDERED:

Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 1), 2 « distributeur légitime » (édicte par L.C. 1991, ch. 11, art. 81).

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « émission », « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », « ondes radioélectriques », « radiodiffusion », « réseau » (2) (mod. par L.C. 1993, ch. 38, art. 81), 3(1),(2), 5(1),(2),(3), 9 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 10(F)), 10.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 21 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14), 31 (anciennement l'art. 28.01 édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 63; devient l'art. 31 par L.C. 1997, ch. 24, art. 16, 52(F); 2002, ch. 26, art. 2), 70.1(c) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 16; 1997, ch. 24, art. 46), 70.12 (édicte, *idem*), 70.13 (édicte, *idem*), 70.191 (édicte, *idem*), 89 (édicte *idem*, art. 50).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.3(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 28(2) (mod., *idem*, art. 35).

Règlement sur la définition de signal local et signal éloigné, DORS/89-254 (mod. par DORS/2004-33, art. 2), art. 3(a) « signal local » (mod., *idem*), (b) « signal éloigné » (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *ExpressVu Inc. c. Nii Norsat*

W.W.R. 1; *ExpressVu Inc. v. Nii Norsat International Inc.*, 1997 CanLII 5676, 81 C.P.R. (3d) 345, 222 N.R. 213 (F.C.A.) ; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, 210 D.L.R. (4th) 385, 23 B.L.R. (3d) 1.

REFERRED TO:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, (1991), 66 C.C.C. (3d) 498, 8 C.R. (4th) 121; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, 207 D.L.R. (4th) 385, 30 C.B.R. (4th) 105; *Mobil Oil Canada, Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 333, [2002] 1 C.T.C. 55, 2001 DTC 5668.

AUTHORS CITED

A Group-Based Approach to the Licensing of Private Television Services, Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167, March 22, 2010.

REFERENCE by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) (*Reference to the Federal Court of Appeal – Commission's jurisdiction under the Broadcasting Act to implement a negotiated solution for the compensation for the fair value of private local conventional television signals*, Broadcasting Order CRTC 2010-168) to determine whether the CRTC was empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations. The question was answered in the affirmative, Nadon J.A. dissenting.

APPEARANCES

Valérie Dionne and *Crystal Hulley* for Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.
Frederick B. Woyiwada for Department of Justice Canada.

International Inc., 1997 CanLII 5676 (C.A.F.); *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

DÉCISIONS CITÉES :

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978; *Mobil Oil Canada, Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 333.

DOCTRINE CITÉE

Approche par groupe à l'attribution de licences aux services de télévision privée, Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167, 22 mars 2010.

RENVOI par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (*Renvoi à la Cour d'appel fédérale – compétence du Conseil en vertu de la Loi sur la radiodiffusion de mettre en œuvre une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée*, Ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168) visant à déterminer si le CRTC avait la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales. Une réponse affirmative a été donnée à cette question, le juge Nadon, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU

Valérie Dionne et *Crystal Hulley* pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.
Frederick B. Woyiwada pour le ministère de la Justice Canada.

Neil Finkelstein, Steven Mason and Daniel Glover for Bell Aliant Regional Communications, LP.

Benjamin Zarnett, Robert Malcolmson and Peter Ruby for CTV Globemedia

Gerald (Jay) Kerr-Wilson for Rogers Communications Inc.

Chris G. Paliare and Andrew Lokan for Canwest Television Limited Partnership.

Kent E. Thomson and James W. E. Doris for Shaw Communications Inc.

Neil Finkelstein, Steven Mason et Daniel Glover pour Bell Aliant Communications régionales, société en commandite.

Benjamin Zarnett, Robert Malcolmson et Peter Ruby pour CTVglobemedia.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson pour Rogers Communications Inc.

Chris G. Paliare et Andrew Lokan pour Canwest Television Limited Partnership.

Kent E. Thomson et James W. E. Doris pour Shaw Communications Inc.

SOLICITORS OF RECORD

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Gatineau, for Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

Deputy Attorney General of Canada for Department of Justice Canada.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for Bell Aliant Regional Communications, LP.

Goodmans LLP, Toronto, for CTVglobemedia.

Fasken Martineau Dumoulin LLP, Ottawa, for Rogers Communications Inc.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, for Canwest Television Limited Partnership.

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for Shaw Communications Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Gatineau, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Le sous-procureur général du Canada pour le ministère de la Justice Canada.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour Bell Aliant Communications régionales, société en commandite.

Goodmans LLP, Toronto, pour CTVglobemedia.

Fasken Martineau Dumoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour Rogers Communications Inc.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, pour Canwest Television Limited Partnership.

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour Shaw Communications Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] SHARLOW J.A.: In Broadcasting Order CRTC 2010-168 [*Reference to the Federal Court of Appeal – Commission’s jurisdiction under the Broadcasting Act to implement a negotiated solution for the compensation for the fair value of private local conventional television signals*], the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission referred the following question to this Court pursuant to subsections 18.3(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] and 28(2) [as am. *idem*, s. 35] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]:

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Dans l’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 [*Renvoi à la Cour d’appel fédérale – compétence du Conseil en vertu de la Loi sur la radiodiffusion de mettre en œuvre une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée*], le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes renvoie la question suivante à la Cour en vertu des paragraphes 18.3(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] et 28(2) [mod., *idem*, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] :

Is the Commission empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations?

Background

[2] The regime to which this question refers is sometimes called the “value for signal” regime. In general terms, a value for signal regime would permit a private local television station to negotiate with cable television service providers (referred to as “broadcast distribution undertakings” or “BDUs”) for an arrangement under which the BDUs provide consideration to the television station for the right to retransmit its signals.

[3] The operators of private local television stations generally favour the proposed value for signal regime. A number of them, namely CTVglobemedia Inc., V Interactions Inc., Newfoundland Broadcasting Company Limited and Canwest Television Limited Partnership, submitted at the hearing of this reference that the Commission has the statutory authority to implement such a regime.

[4] BDUs generally do not favour the proposed value for signal regime. A number of BDUs, namely Bell Canada, Bell Aliant Regional Communications, LP, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. and TELUS Communications Co., submitted at the hearing of this reference that the Commission does not have the statutory authority to implement a value for signal regime.

[5] Under the current regime, BDUs pick up the over-the-air signals of private local television stations and retransmit them to their subscribers for a fee. The Commission requires BDUs to provide the following benefits to private local television stations for those signals:

Le Conseil a-t-il la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales?

Contexte

[2] Le régime auquel la question fait référence est parfois désigné sous le nom de régime « de compensation pour la valeur des signaux ». En termes généraux, le régime de compensation pour la valeur des signaux permettrait à une station privée de télévision locale de négocier avec des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés « entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») une entente selon laquelle ces derniers lui verseraient une contrepartie en échange du droit de retransmettre ses signaux.

[3] Les exploitants de stations privées de télévision locale sont généralement favorables au régime proposé. Plusieurs d’entre eux, soit CTVglobemedia Inc., V Interactions Inc., Newfoundland Broadcasting Company Limited et Canwest Television Limited Partnership, ont fait valoir à l’audition du présent renvoi que la loi conférerait au Conseil le pouvoir de mettre en œuvre un tel régime.

[4] De façon générale, les EDR sont contre le régime proposé. Plusieurs EDR, soit Bell Canada, Bell Aliant Communications régionales, société en commandite, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. et TELUS Communications Co., ont fait valoir à l’audition que la loi ne conférerait pas au Conseil le pouvoir de mettre en œuvre le régime.

[5] Selon le régime actuel, les EDR captent les signaux diffusés en direct par des stations privées de télévision locale et les retransmettent à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Le Conseil exige des EDR qu’elles accordent les avantages suivants aux stations privées de télévision locale pour ces signaux :

(a) *Mandatory carriage*: A BDU must distribute a local station's signals to the BDU's subscribers in that station's local market.

(b) *Preferential channel placement*: A BDU must put the local station's signal on a channel more likely to be selected by subscribers.

(c) *Simultaneous distribution*: If a BDU is retransmitting a program from a local station at the same time as it is retransmitting the same program from an American station on a different channel, the BDU must substitute the local station's advertisements in place of those appearing on the American station.

(d) *Local programming improvement fund*: Pursuant to a 2008 initiative of the Commission, a BDU must contribute 1.5 percent of its gross revenues to a local programming improvement fund accessible by local stations in non-metropolitan markets.

(e) *Payments for carriage of distant signals*: Pursuant to another 2008 initiative of the Commission, effective August 31, 2011, a BDU wishing to distribute a local television station's signal outside of that station's local market must obtain, through a free market negotiation that may involve the payment of compensation, the consent of the station. For example, a BDU would require the consent of a Toronto local station to transmit that station's signal to BDU subscribers in Halifax.

[6] The Commission has concluded that the existing regulatory model does not adequately deal with recent changes to the broadcasting business environment. Among the changes noted by the Commission are the development of direct-to-home satellite television services, the development of speciality television channels that are permitted to receive fees directly from BDUs that carry them, and the widespread adoption of alternative media platforms. These changes have caused advertising revenues for private local television stations to fall while the revenues of BDUs have increased, resulting in a

a) *La distribution obligatoire* : les EDR doivent distribuer à leurs abonnés les signaux de la station locale dans le marché local de cette station.

b) *L'alignement des canaux prioritaires* : les EDR doivent diffuser les signaux de la station locale sur le canal qui est le plus susceptible d'être sélectionné par les abonnés.

c) *La substitution simultanée* : lorsqu'une EDR retransmet une émission provenant d'une station locale en même temps qu'elle retransmet, sur un canal différent, la même émission provenant d'une station américaine, elle doit substituer les publicités de la station locale à celles apparaissant sur la station américaine.

d) *Le fonds pour l'amélioration de la programmation locale* : en vertu d'une initiative adoptée par le Conseil en 2008, les EDR doivent verser 1,5 p. 100 de leurs revenus bruts à un fonds d'amélioration de la programmation locale réservé aux stations locales opérant dans les marchés non métropolitains.

e) *Les paiements pour la distribution des signaux éloignés* : en vertu d'une autre initiative du Conseil, devant prendre effet le 31 août 2011, l'EDR qui souhaite distribuer les signaux d'une station de télévision locale à l'extérieur du marché local de la station doit obtenir, au terme d'une libre négociation commerciale pouvant mettre en jeu le versement d'une contrepartie, le consentement de la station. Par exemple, l'EDR devrait obtenir le consentement d'une station locale de Toronto pour transmettre le signal de cette station à ses abonnés de Halifax.

[6] Le Conseil a conclu que le modèle réglementaire existant ne répondait pas adéquatement aux changements récents survenus dans l'industrie de la radiodiffusion. Parmi les changements constatés par le Conseil, mentionnons le développement de services de radiodiffusion directe à domicile par satellite, le développement de canaux de télévision spécialisés qui sont autorisés à percevoir des frais directement des EDR qui les distribuent et l'adoption à grande échelle de nouvelles plateformes médiatiques. Par suite de ces changements, les stations de télévision locale ont subi une baisse de revenus de publicité alors

significant shift in their relative market positions and a financial crisis for the private local television stations. The Commission has concluded that this financial crisis may be averted by adopting a value for signal regime that invokes market forces.

[7] The proposed value for signal regime is fully described in Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 entitled A Group-Based Approach to the Licensing of Private Television Services, issued on March 22, 2010 (which I refer to for convenience as the “2010 Policy” or la “politique de 2010” [in the French reasons]).

[8] The relevant portions of the 2010 Policy are quoted below, but at this point it is useful to summarize the main features of the proposed value for signal regime:

- A private local television station would have the right to choose to negotiate with BDUs for compensation for the right to retransmit the station’s signals. If no agreement is reached, the station could prevent the BDUs from retransmitting its signals.
- A private local television station that chooses to participate in the value for signal regime would forego all existing regulatory protections, including mandatory distribution, priority channel placement and simultaneous substitution.
- The regulatory protections (as in place from time to time) would continue to benefit any private local television station that chooses not to participate in the value for signal regime.
- The Commission would be involved in the negotiation of agreements under the value for signal regime only if the parties do not negotiate in good faith or if the parties ask the Commission to arbitrate.

que les EDR ont vu leurs revenus augmenter, ce qui s’est traduit par un changement important de leur position respective sur le marché et par une crise financière pour les stations privées de télévision locale. Le Conseil a conclu qu’il était possible d’éviter cette crise financière en adoptant un régime de compensation pour la valeur des signaux qui ferait intervenir les forces du marché.

[7] Le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux est décrit en détail dans la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167, intitulée Approche par groupe à l’attribution de licences aux services de télévision privée, publiée le 22 mars 2010 (que j’appellerai, par souci de commodité, la « politique de 2010 »).

[8] Les extraits pertinents de la politique de 2010 sont reproduits ci-dessous, mais j’estime qu’il est utile de résumer les principales caractéristiques du régime de compensation pour la valeur des signaux :

- Une station privée de télévision locale pourrait choisir de négocier avec les EDR une entente qui prévoirait le versement d’une contrepartie en échange du droit de retransmettre ses signaux. Si aucune entente n’était conclue, la station pourrait empêcher les EDR de retransmettre ses signaux.
- La station privée de télévision locale qui déciderait de participer au régime de compensation pour la valeur des signaux renoncerait à toutes les protections réglementaires existantes, y compris la distribution obligatoire, l’alignement des canaux prioritaires et la substitution simultanée.
- La station privée de télévision locale qui déciderait de ne pas participer au régime de compensation pour la valeur des signaux continuerait de bénéficier des protections réglementaires (le cas échéant).
- Le Conseil n’interviendrait dans la négociation des ententes au titre du régime de compensation pour la valeur des signaux que dans les cas où les parties ne négocieraient pas de bonne foi ou lui demandaient d’agir comme arbitre.

[9] Simply stated, the BDUs' legal objection to the proposed value for signal regime is based on the following reasoning. The *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] is the only statute that can govern the right of a broadcaster to control the retransmission of its signals. The *Copyright Act* precludes a private local television station from demanding that a BDU pay a royalty for the right to retransmit the station's signals. Therefore, BDUs have a statutory user right to retransmit the signals of a private local television station without paying a royalty. It necessarily follows that the statutory authority of the Commission under the *Broadcasting Act* [S.C. 1991, c. 11] should not be interpreted in a manner that would permit a private local television station to block retransmission by a BDU that refuses to pay compensation for a retransmission right.

[10] The private local television stations argue that this legal argument has no merit and that the *Copyright Act* does not preclude the Commission from implementing a value for signal regime.

Procedural history

[11] The legal debate now before this Court arose in the context of proceedings before the Commission that resulted in its adoption of the 2010 Policy. In the 2010 Policy, the Commission makes a number of policy decisions relating to the licensing of private local television services.

[12] In the 2010 Policy, the Commission determined among other things that a value for signal regime is necessary to ensure the fulfilment of the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. The 2010 Policy also states the main elements of the value for signal regime that the Commission proposes to implement if it is found to have the statutory authority to do so.

[9] En somme, l'objection juridique que soulèvent les EDR à l'égard du régime de compensation pour la valeur des signaux repose sur le raisonnement suivant. La *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42] est la seule à régir le droit d'un radiodiffuseur de contrôler la retransmission de ses signaux. La *Loi sur le droit d'auteur* empêche les stations privées de télévision locale d'exiger que les EDR leur paient une redevance en contrepartie du droit de retransmettre leurs signaux. Par conséquent, la loi confère aux EDR un droit d'utilisation qui leur permet de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance. Il s'ensuit nécessairement que la compétence conférée au Conseil par la *Loi sur la radiodiffusion* [L.C. 1991, ch. 11] ne devrait pas être interprétée d'une manière qui permettrait aux stations privées de télévision locale d'empêcher les EDR qui refusent de verser une contrepartie de retransmettre leurs signaux.

[10] Les stations privées de télévision locale soutiennent que cet argument juridique est sans fondement et que la *Loi sur le droit d'auteur* n'empêche pas le Conseil de mettre en œuvre un régime de compensation pour la valeur des signaux.

Historique de la procédure

[11] Le litige dont est maintenant saisie la Cour est né dans le contexte d'une instance devant le Conseil à l'issue de laquelle celui-ci a adopté la politique de 2010. Dans la politique de 2010, le Conseil énonce un certain nombre de décisions stratégiques ayant trait à l'attribution de licences aux services de télévision locale privée.

[12] Dans la politique de 2010, le Conseil a notamment déterminé que le régime de compensation pour la valeur des signaux était nécessaire à la réalisation des objectifs stratégiques énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. La politique de 2010 expose également les principaux éléments du régime de compensation pour la valeur des signaux que le Conseil propose de mettre en œuvre si la Cour conclut qu'il en a la compétence.

[13] Paragraphs 151 to 168 of the 2010 Policy contain the analysis and conclusions of the Commission that are relevant to the value for signal issue. Those paragraphs read as follows (footnotes omitted):

151. In Broadcasting Public Notice 2008-100, the Commission considered whether or not to grant a fee for carriage to conventional television broadcasters, and elected not to do so. However, the question considered in the current proceeding is a substantially different one. In exploring the issue of a negotiated fair value for signals, the Commission is considering whether market forces can be invoked to resolve what has now become a long standing area of tension between conventional television broadcasters and BDUs.
152. In approaching the issue, the Commission has been guided by specific provisions of the Act. Section 3(1)(e) states that “each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming,” while section 3(1)(f) states that “each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian [...] resources [...]”
153. With respect to the public broadcaster, the Commission notes that section 3(1)(m)(vii) of the Act states that the programming provided by the CBC should “be made available throughout Canada by the most appropriate and efficient means and as resources become available for the purpose.” As explained further below, the regime foreseen by the Commission would allow broadcasters to require program deletion when negotiating for a fair value for the distribution of their programming services. In light of the objective above, the Commission considers that it would be inconsistent to permit the CBC to require deletion of its programming from a BDU and hence prevent the public from receiving its programming. Moreover, during its appearance at the hearing, the CBC indicated that it fully understands the importance of its mandate and clearly agrees with the Commission’s position in that regard, as it spontaneously stated that it would not “play with threatening to pull our signal or having our signal not negotiated or not carried by the BDU.” Accordingly, the Commission has determined that the market-based regime set out below will apply only to private local television stations. The distinctive situation and needs of the CBC will be addressed in the context of the public broadcaster’s next licence renewal.

[13] Aux paragraphes 151 à 168 de la politique de 2010, le Conseil expose son analyse et ses conclusions sur la question de la valeur des signaux. Ces paragraphes sont rédigés comme suit (notes en fin de texte omises) :

151. Dans l’avis public de radiodiffusion 2008-100, le Conseil s’est penché sur le bien-fondé d’accorder un tarif de distribution aux télédiffuseurs traditionnels et a décidé de ne pas le faire. Cependant, la question à considérer dans le cadre de la présente instance est considérablement différente. Le Conseil, examinant la question de la juste valeur négociée, s’interroge sur la possibilité de recourir aux forces du marché pour résoudre ce qui est devenu une source permanente de friction entre les télédiffuseurs traditionnels et les EDR.
152. Le Conseil s’est inspiré, dans son approche de la question, de certaines dispositions précises de la Loi. L’article 3(1)e) stipule que « tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d’une programmation canadienne »; l’article 3(1)f), que « toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources [...] canadiennes [...] ».
153. En ce qui a trait au télédiffuseur public, le Conseil note que l’article 3(1)m)(vii) de la Loi prévoit que la programmation de la SRC devrait « être offerte partout au Canada de la manière la plus adéquate et efficace, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens. » Tel qu’expliqué ci-dessous, le régime envisagé par le Conseil permettrait aux télédiffuseurs d’exiger la suppression d’émissions lors de leurs négociations pour la valeur juste de la distribution de leurs services de programmation. Le Conseil estime que de permettre à la SRC d’exiger d’une EDR la suppression de sa programmation, et d’ainsi empêcher le public de recevoir sa programmation, n’irait pas dans le sens de l’objectif ci-dessus. De plus, lors de sa comparution à l’audience, la SRC a indiqué qu’elle comprend tout à fait l’importance de son mandat et qu’elle est entièrement d’accord avec l’opinion du Conseil à cet égard, en affirmant spontanément qu’elle [traduction] « ne menacerait pas de retirer son signal ou de laisser son signal non négocié ou non distribué par l’EDR ». Par conséquent, le Conseil conclut que le régime par marchés énoncé ci-dessous ne s’appliquera qu’aux stations privées de télévision locale. La question de la situation et des besoins uniques de la SRC sera traitée dans le cadre du prochain renouvellement de la licence du télédiffuseur public.

154. The Commission reiterated in Broadcasting Public Notice 2008-100 that where regulation is necessary it should be as targeted as possible and impose the least burdensome constraints; that industry solutions should be preferred to regulatory intervention; and that the broadcasting system, as a whole, should be calibrated such that no single player or group of players can exercise undue influence.
155. The portion of this regulatory policy that has dealt with group-based licensing has focused on the effective continuation of vibrant and effective Canadian programming in the context of the larger groups that now make up the Canadian broadcasting landscape. It now remains to determine whether each element of the broadcasting system is contributing in an appropriate way, and whether, in light of the enormous and accelerating changes in the system, it is appropriate to view the relationship between BDUs and broadcasters in a way that differs from that which has become established.
156. In 1971 the Commission published its Policy Statement on Cable Television, entitled, appropriately, “Canadian broadcasting – ‘A single system’.” A key policy principle set out in that report was that “television stations are the suppliers, and cable television systems are the users. Thus the basic principle involved is: one should pay for what he uses to operate his business.” While this policy was not implemented for conventional television in 1971 or in the years following, the principle remains valid today.
157. The other policies adopted in the 1971 report and implemented in the context of the technology and industrial structure that then existed have formed the basis of the relationship between BDUs and broadcasters from that time forward. Forty years is a very long time in the broadcasting world. The concepts of mandatory carriage, preferential channel placement, community access, and simultaneous substitution were articulated in that statement and have been developed and modified thereafter.
158. But while some features have remained, enormous changes have also occurred, and continue to occur. Direct-to-home (DTH) satellite services were licensed in 1995 and 1996, with operations beginning in 1997. Specialty services were first licensed in 1984 and digital Category 1 specialty services in 2000. To protect and promote the growth of these nascent specialty services, they were
154. Dans l’avis public de radiodiffusion 2008-100, le Conseil a rappelé que la réglementation, lorsqu’elle était nécessaire, devrait être aussi ciblée que possible et imposer les restrictions les moins contraignantes, qu’il faudrait préférer à une intervention réglementaire les solutions de l’industrie, et enfin calibrer l’ensemble du système de radiodiffusion de telle sorte qu’aucun joueur ou groupe de joueurs ne puisse exercer une influence indue.
155. La partie de la politique réglementaire qui traite de l’attribution de licences par groupe s’est concentrée sur le maintien efficace d’une programmation canadienne vibrante et efficace dans le contexte des grands groupes qui forment aujourd’hui le paysage de la radiodiffusion canadienne. Reste à voir si tous les éléments du système de radiodiffusion contribuent à celui-ci de façon appropriée et si, compte tenu des changements gigantesques et accélérés du système, il vaut la peine de voir la relation entre les EDR et les télédiffuseurs avec un recul qui offrirait une autre vision de ce qui a été établi.
156. En 1971, le Conseil a publié un énoncé de politique sur la télévision par câble intitulé à juste titre « La radiodiffusion canadienne, “un système unique” ». Un des principes politiques les plus importants parmi ceux énoncés dans ce rapport indique que « les stations de télévision sont les fournisseurs et les systèmes de télévision par câble sont les usagers. Le principe fondamental en jeu ici est le suivant : chacun doit payer pour ce qu’il utilise dans l’exploitation de son entreprise ». Bien que cette politique n’ait pas été mise en œuvre à l’égard de la télévision traditionnelle en 1971 ou au cours des années suivantes, ce principe demeure valide aujourd’hui.
157. Les politiques adoptées dans le rapport de 1971 et mises en œuvre dans le contexte de la structure technologique et industrielle de l’époque ont inspiré depuis et nourri la relation entre les EDR et les télédiffuseurs. Quarante ans sont une éternité dans le monde de la radiodiffusion. Les concepts de distribution obligatoire, d’attribution de canaux préférentielle, d’accès communautaire et de substitution de signaux identiques ont tout d’abord été formulés dans cet énoncé, puis retravaillés et modifiés par la suite.
158. Bien que certains éléments de cet énoncé demeurent valides, plusieurs changements radicaux sont survenus depuis et continuent à survenir. Les services par satellite de radiodiffusion directe (SRD) autorisés en 1995 et en 1996 ont commencé leurs activités en 1997. Les premiers services spécialisés ont été autorisés en 1984 et les services spécialisés numériques de catégorie 1, en

licensed with “genre protection,” which ensured that they had their own space, essentially free of direct competition, in which to grow. They were also given guaranteed carriage by BDUs. Very significantly, they were granted the right to receive wholesale fees from the BDUs that carried them. The system thus moved into the multi-channel universe with different rules applying to different programming services depending, to a considerable degree, on when they had begun broadcasting. Category 2 specialty services, it is to be noted, were provided limited genre protection and were not given guaranteed carriage by BDUs, but were given the right to receive wholesale fees.

159. Many specialty services have enjoyed large popularity with Canadian audiences. As noted above, increasing fragmentation has had the obvious negative effect of reducing the profitability of conventional television broadcasters. Further, very large fragmentation continues as alternative new media platforms become widely adopted. Consequently, there has been a reduction in the ability of conventional television broadcasters to meet their obligations effectively, under the Act, to contribute to the creation and presentation of Canadian programming of a high standard.
160. While the recent economic climate, in which advertising revenues have suffered, has not been favourable for private conventional television broadcasters, BDU revenues have, since 1971, continued to grow at a far greater rate than those of television stations. In that year, private television revenues were \$115.8 million, which compared very favourably with cable revenues of \$66.6 million. In 2009, the positions had become reversed. Cable BDU basic and non-basic revenues were \$5.1 billion, and DTH and multipoint distribution system basic and non-basic revenues were a further \$2.2 billion, for a total of \$7.3 billion. Private television revenues trailed far behind at \$2.2 billion. Revenue figures do not tell the complete story, but the dramatic change in proportions indicates a significant shift in market positions.
161. A large piece of the puzzle is that private conventional television broadcasters, unlike specialties, are not paid for their signals by the BDUs that carry those signals. At the hearing, a frequently repeated position by BDUs was

2000. Pour protéger et promouvoir la croissance de ces services spécialisés embryonnaires, ceux-ci ont eu droit à une « protection de genre » qui leur assurait leur propre espace de développement, essentiellement libre de toute concurrence directe, et à une distribution garantie par les EDR. Fait très révélateur, ils ont obtenu le droit de recevoir des tarifs de gros des EDR qui les distribuaient. Ainsi le système a-t-il évolué vers un univers multicanal où différentes règles s’appliquaient à différents services de programmation surtout en fonction de la date de leur mise en exploitation. Il convient de noter que les services spécialisés de catégorie 2 ont eu droit à une protection de genre limitée, mais pas à une distribution garantie par les EDR, et qu’ils ont eu le droit de recevoir des tarifs de gros.

159. Plusieurs services spécialisés ont été très appréciés des auditoires canadiens. Tel que noté plus haut, l’accroissement de la fragmentation a malheureusement entraîné une baisse évidente du rendement des télédiffuseurs traditionnels. De plus, cette très grande fragmentation se poursuit alors que d’autres nouvelles plateformes médiatiques font fureur. Les télédiffuseurs en direct ont donc moins réussi à respecter efficacement les obligations qui leur avaient été fixées en vertu de la Loi de « contribuer à la création et à la présentation d’une programmation canadienne » de qualité.
160. Alors que la récente situation économique et les baisses des recettes publicitaires ont affaibli les télédiffuseurs traditionnels privés, les revenus des EDR ont continué de croître beaucoup plus rapidement que ceux des stations de télévision depuis 1971. Au cours de cette année, les revenus de la télévision privée ont totalisé 115,8 millions de dollars, une somme qui se compare très avantageusement avec les revenus du câble qui se sont établis à 66,6 millions de dollars. En 2009, ces chiffres étaient inversés : les revenus de base et supplémentaires des EDR par câble ont totalisé 5,1 milliards de dollars et ceux des services par SRD et des systèmes de distribution multipoint ont augmenté de 2,2 milliards de dollars supplémentaires, atteignant un total de 7,3 milliards de dollars. Les revenus de la télévision privée faisaient piètre figure avec 2,2 milliards de dollars. Ces chiffres ne présentent pas l’historique complet, mais la remarquable évolution des proportions trahit un changement marqué des forces du marché.
161. L’une des pièces importantes de ce casse-tête est que les EDR ne paient pas les signaux des télédiffuseurs traditionnels privés qu’elles distribuent alors qu’elles paient ceux des services spécialisés. À l’audience, les

that, since they could now receive and disseminate those services for free, they had no intention of negotiating a fair value or paying for those services, notwithstanding that they constitute part of the single Canadian broadcasting system, as provided in section 3(2) of the Act. And, as noted earlier, private conventional television broadcasters pay large amounts, not just for Canadian programs, but for foreign programs as well. The Commission has repeatedly been told that broadcasting such foreign programs is essential to the financial viability of conventional television broadcasters, and has accepted that position.

162. When broadcasters acquire program rights, those rights are, almost invariably, territorial. That is, a broadcaster pays for the exclusive right to broadcast a specific program in a defined territory for a defined period of time. Of course, the terms of such agreements are the focus of strong commercial attention, and there is no uniformity of result. But whatever the terms negotiated by the broadcaster, BDUs are currently permitted to carry the broadcasters' programming services without paying for the right to distribute them. BDUs, however, are obligated to provide broadcasters with benefits such as priority carriage and simultaneous substitution. Nevertheless, the system is not working well in 2010 in ensuring that conventional television broadcasters have the means to continue to meet their obligations under the Act.
163. As noted above, as set out in Broadcasting Public Notice 2008-100, the Commission was not prepared to impose a fee for carriage. However, the Commission finds that, in order to fulfil the policy objectives set out in section 3(1) of the Act, the system needs revision so as to permit privately-owned television broadcasters to negotiate with BDUs to establish the fair value of the product provided by those broadcasters to BDUs. The system should be such that privately-owned broadcasters that own programs or have paid for the exclusive right to disseminate programs can negotiate for payment with BDUs, which, in turn, further disseminate those programs. By establishing a regime in which market forces can function effectively, the broadcasting system will benefit through the recognition of the fair value of programming services. This approach is consistent with the market-based negotiations that increasingly prevail on all other platforms, including discretionary services, VOD, and online and mobile platforms.
164. The regime that the Commission would propose to implement is set out below.

EDR ont souvent répété que même si elles font partie du système canadien unique de radiodiffusion tel que précisé à l'article 3(2) de la Loi, elles n'avaient pas l'intention de payer ces services ou de négocier leur juste valeur puisqu'elles pouvaient maintenant les recevoir et les diffuser gratuitement. Or, comme noté plus haut, les télédiffuseurs traditionnels privés consacrent de fortes sommes à l'acquisition d'émissions tant canadiennes qu'étrangères. Le Conseil a toujours entendu dire que la diffusion d'émissions étrangères était vitale pour les télédiffuseurs traditionnels, et il a fait sienne cette position.

162. Les droits de diffusion qu'acquière les télédiffuseurs sont presque toujours des droits territoriaux. Autrement dit, le télédiffuseur paie les droits exclusifs de diffuser une émission donnée, dans un territoire donné, pour une période de temps donnée. Certes, les modalités de ces ententes font l'objet d'une grande attention commerciale, et les résultats ne sont pas uniformes. Toutefois, quelles que soient les conditions négociées, les EDR ont actuellement le droit de distribuer les services de programmation des télédiffuseurs sans payer de droits de diffusion. Les EDR, cependant, sont obligées de fournir aux télédiffuseurs des avantages comme la distribution prioritaire et la substitution simultanée. Néanmoins, en 2010, ce système ne contribue guère à s'assurer que les télédiffuseurs traditionnels aient les moyens de continuer à respecter leurs obligations en vertu de la Loi.
163. Tel que note plus haut et énoncé dans l'avis public de radiodiffusion 2008-100, le Conseil n'était pas prêt à imposer un tarif de distribution. Le Conseil conclut néanmoins qu'afin d'atteindre les objectifs de politique énoncés à l'article 3(1) de la Loi, il faut corriger ce système pour permettre aux télédiffuseurs privés de négocier avec les EDR une juste valeur pour le produit qu'ils offrent aux EDR. Il faudrait un système où les télédiffuseurs privés qui détiennent des émissions ou ont payé des droits exclusifs de diffusion doivent pouvoir négocier des ententes de paiement avec les EDR qui pourront, à leur tour, distribuer ces émissions. Le système de radiodiffusion a tout à gagner d'un système qui permettrait aux forces du marché de fonctionner efficacement en reconnaissant la juste valeur des services de programmation. Cette approche est compatible avec les ententes commerciales qui prévalent de plus en plus sur toutes les autres plateformes, y compris les services facultatifs, les services de VSD et les plateformes en ligne et mobiles.
164. Le système que le Conseil propose de mettre en œuvre est décrit ci-dessous.

1. Licensees of private local television stations would choose whether i) they will negotiate with BDUs for the value of the distribution of their programming services, failing which they will be able to require deletion of the programming they own, or for which they have the exhibition rights, from all signals distributed in their market, or ii) they will continue to benefit from existing regulatory protections.

2. Licensees of private local television stations would make their choice by a date set by the Commission, and this choice would be valid for a fixed term of three years.

3. If a licensee of a private local television station chose option i):

a) It would forego all existing regulatory protections related to the distribution of local television signals by BDUs, whether imposed by regulation or by condition of licence, including mandatory distribution and priority channel placement on analog basic, and simultaneous substitution.

b) BDUs would be required, at the request of private local television stations, to delete any program owned by the licensee of that local television station or for which it has acquired exclusive contractual exhibition rights.

c) Deletions would be exercised against the signal of any programming undertaking distributed by the BDU, whether foreign or domestic, affiliated or not, including that of the private local television station making the request.

d) It could negotiate with a BDU for a fair value in exchange for the distribution of its programming service in lieu of the deletion rights set out in b) and c). This compensation could be monetary, non-monetary (e.g., simultaneous or non-simultaneous substitution, carriage arrangements, marketing and promotion), or both, and could be negotiated on an individual station basis or as part of a broader negotiation with entire ownership groups.

e) Parties to the negotiation would be given a fixed period after the date on which the licensee of a private local television station chose option i) to conclude negotiations, during which the existing

1. Les titulaires des stations privées de télévision locale pourront choisir soit i) de négocier avec les EDR la valeur de la distribution de leurs services de programmation, faute de quoi elles pourront exiger de retirer les émissions qu'elles détiennent, ou dont elles ont acquis les droits de diffusion, de tous les signaux distribués dans leur marché, soit ii) de continuer à bénéficier des protections réglementaires actuelles.

2. Les titulaires des stations privées de télévision locale prendront leur décision à une date choisie par le Conseil, et leur choix sera valide pour une période de trois ans.

3. Si la titulaire d'une station privée de télévision locale opte pour l'option i) :

a) Elle renonce à toutes les protections réglementaires actuelles à l'égard de la distribution des signaux de télévision locale par les EDR, qu'elles soient imposées par voie réglementaire ou par conditions de licence, y compris à la distribution obligatoire et l'alignement des canaux prioritaires au service de base analogique, ainsi que la substitution simultanée.

b) Les EDR doivent, à la demande des stations privées de télévision locale, retirer toute émission détenue par la titulaire d'une station de télévision locale ou pour laquelle elle aurait acquis les droits contractuels exclusifs de diffusion.

c) Les retraits visent le signal de toute entreprise de programmation, canadienne ou étrangère, affiliée ou non, distribué par l'EDR, y compris celui de la station privée de la télévision locale à l'origine de la demande.

d) La titulaire peut négocier avec une EDR la juste valeur d'échange pour la distribution de son service de programmation au lieu des droits de retrait énoncés en b) et c). Cette compensation peut être financière, ou non (p. ex., la substitution simultanée ou non, les ententes de distribution, le marketing et la promotion), ou les deux, et peut être négociée soit sur une base individuelle, par station, soit lors de négociations élargies avec tous les groupes de propriété.

e) Lors de négociations, les parties disposent d'une période de temps fixe après la date à laquelle une station privée de télévision locale a choisi l'option i) pour conclure une entente. Au

regulatory protections would continue to apply. This period could be shortened or extended by agreement between the parties.

f) The Commission would minimize its involvement in the terms and conditions of the resulting agreements, intervening only in cases where there is evidence parties are not negotiating in good faith, and would consider acting as arbitrator only where both parties make a request.

4. If the licensee of a private local television station chose option ii), all regulatory protections for private local television stations in force at the time the choice is made, and as amended during the term in which that choice is valid, would remain in force. These would include, where provided by regulation or by condition of licence: mandatory carriage, priority channel placement on analog basic, program deletion, simultaneous or non-simultaneous substitution, and any payments to individual stations or funds approved by the Commission in lieu of these obligations, including payments for carriage of distant signals as provided for in Broadcasting Public Notice 2008-100.

165. There is, however, a significant potential impediment to the implementation by the Commission of this market-based resolution. In response to Broadcasting Notice of Consultation 2009-411, the Commission was presented with two legal opinions, both worthy of consideration. One submitted that the Commission had the requisite authority to introduce a regime of broadcast regulation that would have the effect of requiring appropriate negotiation, such as those described above, between broadcasters and BDUs; the other took the position that BDUs have a continuing right to disseminate the broadcaster's over-the-air signal without negotiation or remuneration by virtue of the provisions of the *Copyright Act*.

166. While the Commission has found that it is necessary to provide the licensees of private local television stations with the right to negotiate a fair value for the distribution of their programming services by BDUs, it recognizes that there is a valid dispute between parties over the Commission's legal authority to impose such a regime. Therefore, given the importance of the question to the ability of the Commission to ensure that the objectives

de cette période, les protections existantes de réglementation continuent à s'appliquer. Cette période peut être abrégée ou prolongée après entente entre les parties.

f) Le Conseil réduit sa participation dans l'élaboration des modalités et des conditions des ententes ainsi négociées. Il n'intervient que s'il existe une preuve de mauvaise foi dans les négociations, et peut alors jouer un rôle d'arbitrage, mais uniquement à la demande des deux parties.

4. Si la titulaire d'une station privée de télévision locale opte pour l'option ii), toutes les protections réglementaires des stations privées de télévision locale en vigueur au moment où elle fait ce choix, et modifiées pendant la durée de leur décision, demeurent en vigueur. Lorsqu'elles sont assurées par voie réglementaire ou par condition de licence, ces protections comprennent notamment la distribution obligatoire, l'alignement des canaux prioritaires au service de base analogique, le retrait d'émissions, la substitution simultanée ou non et toute somme versée à des stations individuelles ou à des fonds approuvés par le Conseil en remplacement de ces obligations, y compris des paiements pour la distribution de signaux éloignés tel que prévu dans l'avis public de radiodiffusion 2008-100.

165. Un obstacle de taille risque cependant d'entraver la mise en œuvre par le Conseil de cette décision basée sur les forces du marché. En réponse à l'avis de consultation de radiodiffusion 2009-411, le Conseil a reçu deux avis juridiques qui valaient tous deux la peine d'être étudiés. L'un soutenait que le Conseil avait la compétence nécessaire pour mettre en œuvre un système de réglementation de radiodiffusion ayant pour effet d'obliger les télédiffuseurs et les EDR à négocier des ententes appropriées, telles que celles décrites précédemment; l'autre, que les EDR avaient des droits continus de diffusion des signaux des télédiffuseurs en direct sans négociation ou contrepartie financière, en vertu des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*.

166. Bien que le Conseil ait conclu qu'il y avait lieu d'accorder aux titulaires de stations privées de télévision traditionnelle locale le droit de négocier une juste valeur pour la distribution de leurs services par les EDR, il reconnaît qu'il existe un différend valide entre les parties quant à sa compétence légale d'imposer un tel système. Par conséquent, compte tenu de l'importance de la question de la compétence du Conseil à s'assurer que

of the Act are met, and given the continuing need for certainty in dealing with the approaching group licensing renewals, the Commission has decided to refer the question of its jurisdiction to the Federal Court of Appeal (the Court). The Commission will request disposition of the issue on an expedited basis.

167. The question to be put to the Court, in general terms, will be the following:

Is the Commission empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations?

168. In Broadcasting Order 2010-168, also issued today, the Commission refers this question to the Court for expedited hearing and determination.

[14] Broadcasting Order CRTC 2010-168, referred to in paragraph 168 of the 2010 Policy, provides the following additional information [at paragraphs 1–6, 8]:

Introduction

1. Section 3(2) of the *Broadcasting Act* (the Act) states that the Canadian broadcasting system constitutes a single system that is to be regulated by a single independent public authority, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Section 5(1) of the Act requires the Commission to “regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) of the Act.”
2. The Commission is given broad powers under the Act to fulfill its mandate, including the power to issue broadcasting licences on such conditions as it deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in section 3(1) of the Act and to require broadcasting distribution undertakings (BDUs) to carry, on such terms and conditions as it deems appropriate, programming services specified by the Commission. The Commission is also given the power by section 10 of the Act to make

les objectifs de la Loi sont atteints, et compte tenu du besoin constant de certitude à l’avènement du traitement des renouvellements de licences selon une approche par groupe, le Conseil a décidé de référer de la question de sa compétence légale à la Cour d’appel fédérale (la Cour). Le Conseil demandera de traiter de la question dans des délais aussi brefs que possible.

167. En termes généraux, la question soumise à la Cour sera la suivante :

Le Conseil a-t-il la compétence, en vertu de son mandat énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion*, de mettre en œuvre un système permettant aux stations privées de télévision locale d’opter pour la négociation avec les entreprises de distribution de radiodiffusion d’une juste valeur en retour de la distribution des services de programmation diffusés par ces stations de télévision locale?

168. Dans l’ordonnance de radiodiffusion 2010-168, également publiée aujourd’hui, le Conseil renvoie cette question à la Cour pour audition et jugement dans des délais aussi brefs que possible.

[14] L’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, à laquelle renvoie le paragraphe 168 de la politique de 2010, fournit d’autres renseignements [aux paragraphes 1 à 6, 8] :

Introduction

1. En vertu de l’article 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* (la Loi), le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique dont la réglementation doit être confiée à un seul organisme public autonome, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. L’article 5(1) de la Loi enjoint au Conseil de « régler[r] et surveiller[r] tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. »
2. En vertu de la Loi, le Conseil est investi de pouvoirs étendus pour remplir son mandat, y compris le pouvoir d’attribuer des licences de radiodiffusion sous des conditions qui semblent appropriées en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion énoncée à l’article 3(1) de la Loi et d’obliger les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) à offrir, selon des modalités et conditions qu’il juge appropriées, les services de programmation précisés par le Conseil. L’article 10 de la Loi

regulations respecting a number of subjects including: the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings; the resolution, by way of mediation or otherwise, of any disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming originated by the programming undertaking; and such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects.

3. In fulfilling this mandate, the Commission has created a comprehensive regulatory regime to ensure that each part of the broadcasting industry contributes to the fulfillment of the policy objectives in the Act. For example, the Commission has:

imposed a series of obligations on programming undertakings, including quotas for the exhibition of, or expenditure on, Canadian programming;

constructed rules regarding what programming services BDUs are required or permitted to distribute, including a requirement that certain BDUs distribute local television stations and other services as part of the basic package provided to all customers (i.e., mandatory carriage);

mandated wholesale fees for the distribution of particular specialty services, with a rate that is, in some cases, set by the Commission or, in other cases, negotiated between the parties; and

created a system to protect the exclusive broadcast rights of local television stations in their markets by requiring a BDU to delete a programming service it distributes that is comparable to that of the local television station (i.e., program deletion) and, in some circumstances, substitute the comparable programming of the local television station being broadcast simultaneously over the deleted signal (i.e., simultaneous substitution).

4. The Commission applies these existing regulatory obligations to a different extent in different circumstances in a manner that is fluid and continues to adapt to changing circumstances. For example, the Commission has permitted parties, by conditions of licence, to negotiate alternative solutions to the program deletion obligations, which have been incorporated into the regulatory regime.

permet également au Conseil d'adopter des règlements sur divers sujets, dont la fourniture par les entreprises de distribution des signaux étrangers et autres services de programmation, la résolution par la médiation ou autrement de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre les entreprises de programmation qui la transmettent et les entreprises de distribution, ainsi que toute autre question qu'il estime nécessaire à l'exécution de sa mission.

3. Pour remplir ce mandat, le Conseil a créé un régime de réglementation global afin de s'assurer que chaque secteur de l'industrie de la radiodiffusion contribue à l'atteinte des objectifs de politique énoncés dans la Loi. Par exemple, le Conseil a :

imposé une série d'obligations aux entreprises de programmation, dont des quotas pour la diffusion, ou les dépenses, à l'égard de la programmation canadienne;

élaboré des règles pour définir quels services de programmation les EDR ont l'obligation ou l'autorisation de distribuer, y compris l'obligation pour certaines EDR de distribuer des stations de télévision locales et d'autres services dans le service de base qu'elles offrent à tous les consommateurs (soit la distribution obligatoire);

imposé un tarif de gros pour la distribution de certains services spécialisés, dont le taux est fixé par le Conseil, dans certains cas, ou négocié entre les parties, dans d'autres cas;

créé un système pour protéger les droits exclusifs de radiodiffusion des stations de télévision locales dans leurs marchés en exigeant d'une EDR la suppression de tout service de programmation qu'elle distribue qui est comparable à celui d'une station locale de télévision (soit la suppression d'émissions) et, dans certains cas, la substitution de la programmation comparable de la télévision locale diffusée simultanément sur le signal supprimé (soit la substitution simultanée).

4. Le Conseil applique ces obligations réglementaires actuelles avec souplesse, à des degrés divers selon les cas, en s'ajustant aux circonstances particulières. Par exemple, le Conseil a permis aux parties, par condition de licence, de négocier d'autres solutions relatives aux obligations de suppression d'émissions qui ont été intégrées au régime de réglementation.

The Proceeding

5. In *Policy proceeding on a group-based approach to the licensing of television services and on certain issues relating to conventional television*, Broadcasting Notice of Consultation CRTC 2009-411, 6 July 2009 (as revised by Broadcasting Notice of Consultation CRTC 2009-411-3, 11 August 2009), the Commission initiated a proceeding to examine a group-based approach to the licensing of television services, including an examination of whether or not a negotiated solution for the compensation for the fair value of local conventional television signals is appropriate. In the course of the proceeding, the Commission received 289 comments addressing these issues. The Commission also received approximately 12,000 comments as part of a campaign organized by Rogers Communications Inc.
6. Among the issues raised during the proceeding was whether the Commission has the jurisdiction under the Act to implement a negotiated solution for compensation for the fair value of private local conventional television signals. BDUs presented a legal opinion that such a regime would establish a new copyright in the signals of private local television stations and is therefore *ultra vires* the powers of the Commission. Local television stations presented legal opinions that such a regime falls within the Commission's jurisdiction under the Act to supervise and regulate the broadcasting system.

[Paragraph 7 omitted; it repeats paragraph 164 of the 2010 Policy.]

8. In Broadcasting Regulatory Policy 2010-167, the Commission did not determine the legal issue as to whether or not it has the jurisdiction under the Act to implement such a regime. Rather, the Commission stated that it would refer the matter to the Federal Court of Appeal for determination. Consequently, the decision to implement the regime will only be concluded after the Court has ruled on this reference.

Statutory mandate of the Commission

[15] Parliament has given the Commission the mandate to regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system. That mandate is set out in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act*, which reads as follows:

L'instance

5. Dans *Instance de politique portant sur une approche par groupe de propriété à l'égard de l'attribution de licences à des services de télévision et sur certaines questions relatives à la télévision traditionnelle*, avis de consultation de radiodiffusion CRTC 2009-411, 6 juillet 2009 (avis de consultation de radiodiffusion 2009-411), tel que révisé par l'avis de consultation de radiodiffusion 2009-411-3, 11 août 2009, le Conseil a entrepris une instance en vue d'étudier une approche par groupe à l'égard de l'attribution de licences à des services de télévision, y compris un examen sur la pertinence de mettre en œuvre ou non une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée. Dans le cadre de ce processus, le Conseil a reçu 289 observations qui traitaient de ces questions. Le Conseil a également reçu environ 12 000 observations dans le cadre de la campagne organisée par Rogers Communications Inc.
6. Parmi les questions soulevées lors de l'instance, l'une consiste à savoir si le Conseil a la compétence en vertu de la Loi de mettre en œuvre une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée. Les EDR ont présenté un avis juridique qui indique que ce régime établira un nouveau droit d'auteur sur les signaux des stations locales de télévision privée et sera donc *ultra vires* relativement aux pouvoirs du Conseil. D'après les opinions juridiques déposées par les stations de télévision locales, un tel régime relève de la compétence légale du Conseil de superviser et de régler le système de radiodiffusion.

[Paragraphe 7 omis; une répétition du paragraphe 164 de la politique de 2010.]

8. Dans la politique réglementaire de radiodiffusion 2010-167, le Conseil n'a pas statué sur la question de savoir s'il a la compétence en vertu de la Loi d'instaurer un tel régime. En revanche, le Conseil a déclaré qu'il porterait cette affaire devant la Cour d'appel fédérale pour jugement. Par conséquent, la décision d'instaurer le régime ne pourra être prise avant que la Cour ne se soit prononcée.

Le mandat du Conseil

[15] Le législateur a donné au Conseil le mandat de réglementer et de surveiller tous les aspects du système canadien de radiodiffusion. Ce mandat est énoncé au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, lequel est rédigé comme suit :

Objects

5. (1) Subject to this Act and the *Radiocommunication Act* and to any directions to the Commission issued by the Governor in Council under this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) and, in so doing, shall have regard to the regulatory policy set out in subsection (2).

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la *Loi sur la radiocommunication* et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion.

Mission

[16] The phrase “Canadian broadcasting system” is not defined in the *Broadcasting Act*, but its meaning can be inferred from terms that are given a statutory definition. “Broadcasting” and “program” are defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* as follows:

[16] L’expression « système canadien de radiodiffusion » n’est pas définie dans la *Loi sur la radiodiffusion*, mais il est possible d’en dégager le sens à partir des définitions qui y figurent. Les termes « radiodiffusion » et « émission » sont définis comme suit au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Definitions

2. (1) ...

“broadcasting”
« radiodiffusion »

“broadcasting” means any transmission of programs, whether or not encrypted, by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus, but does not include any such transmission of programs that is made solely for performance or display in a public place;

2. (1) [...]

Définitions

« émission » Les sons ou les images — ou leur combinaison — destinés à informer ou divertir, à l’exception des images, muettes ou non, consistant essentiellement en des lettres ou des chiffres.

« émission »
“program”

[...]

« radiodiffusion » Transmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d’émissions encodées ou non et destinées à être reçues par le public à l’aide d’un récepteur, à l’exception de celle qui est destinée à la présentation dans un lieu public seulement.

« radiodiffusion »
“broadcasting”

“program”
« émission »

“program” means sounds or visual images, or a combination of sounds and visual images, that are intended to inform, enlighten or entertain, but does not include visual images, whether or not combined with sounds, that consist predominantly of alphanumeric text;

[17] “Radio waves” and “other means of telecommunication” are defined in subsections 2(1) and (2) [as am. by S.C. 1993, c. 38, s. 81] of the *Broadcasting Act* as follows:

[17] Les termes « ondes radioélectriques » et « moyens de télécommunication » sont définis comme suit aux paragraphes 2(1) et 2(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Definitions

2. (1) ...

“radio waves”
« ondes radioélectriques »

“radio waves” means electromagnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz that are propagated in space without artificial guide.

2. (1) [...]

Définitions

« ondes radioélectriques » Ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l’espace sans guide artificiel.

« ondes radioélectriques »
“radio waves”

[...]

Meaning of “other means of telecommunication” (2) For the purposes of this Act, “other means of telecommunication” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system.

Moyen de télécommunication (2) Pour l’application de la présente loi, sont inclus dans les moyens de télécommunication les systèmes électromagnétiques — notamment les fils, les câbles et les systèmes radio ou optiques —, ainsi que les autres procédés techniques semblables.

[18] Programs are broadcast in Canada by “broadcasting undertakings”. According to subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, a broadcasting undertaking may be a “distribution undertaking”, a “programming undertaking”, or a “network”. Those terms are defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* as follows:

[18] Les émissions sont diffusées au Canada par des « entreprises de radiodiffusion ». Selon le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, une entreprise de radiodiffusion s’entend notamment d’une « entreprise de distribution », d’une « entreprise de programmation » ou d’un « réseau ». Ces termes sont définis comme suit au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Definitions 2. (1) ...

“distribution undertaking” « entreprise de distribution » “distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

...

“network” « réseau » “network” includes any operation where control over all or any part of the programs or program schedules of one or more broadcasting undertakings is delegated to another undertaking or person;

...

“programming undertaking” « entreprise de programmation » “programming undertaking” means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus;

2. (1) [...] Définitions

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

« entreprise de programmation » Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur.

« entreprise de distribution » “distribution undertaking”

« entreprise de programmation » “programming undertaking”

[...]

« réseau » Est assimilée à un réseau toute exploitation où le contrôle de tout ou partie des émissions ou de la programmation d’une ou plusieurs entreprises de radiodiffusion est délégué à une autre entreprise ou personne.

« réseau » “network”

[19] Reading these statutory definitions together, I infer that any broadcasting activity in Canada by a distribution undertaking, a programming undertaking, or a network is part of the Canadian broadcasting system and therefore is subject to the regulation and supervision of the Commission pursuant to subsection 5(1) of the *Broadcasting Act*. There is no doubt that this would include

[19] La lecture de l’ensemble de ces définitions m’amène à conclure que toute activité de radiodiffusion exercée au Canada par une entreprise de distribution, une entreprise de programmation ou un réseau fait partie du système canadien de radiodiffusion et est par conséquent assujettie à la réglementation et à la surveillance du Conseil conformément au paragraphe 5(1) de la *Loi*

the broadcasting activities in Canada of any private local television station (programming undertaking) and any BDU (distribution undertaking) that would be subject to the proposed value for signal regime if it is adopted.

[20] Although the statutory mandate of the Commission as stated in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act* is broad and comprehensive, it is expressly limited in a number of respects. First, subsection 5(1) requires the Commission to act in accordance with the *Broadcasting Act*, the *Radiocommunication Act* [R.S.C., 1985, c. R-2, s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 1)], and any directions to the Commission issued by the Governor in Council under the *Broadcasting Act*. (There are no provisions of the *Radiocommunication Act* and no Governor in Council directions that are relevant to this reference.)

[21] Second, subsection 5(1) requires the Commission to act with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, which reads as follows:

Declaration **3. (1)** It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

(a) the Canadian broadcasting system shall be effectively owned and controlled by Canadians;

(b) the Canadian broadcasting system, operating primarily in the English and French languages and comprising public, private and community elements, makes use of radio frequencies that are public property and provides, through its programming, a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty;

(c) English and French language broadcasting, while sharing common aspects, operate under different conditions and may have different requirements;

(d) the Canadian broadcasting system should

sur la radiodiffusion. Il ne fait aucun doute qu'en font partie les activités de radiodiffusion exercées au Canada par toute station privée de télévision locale (entreprise de programmation) et par toute EDR (entreprise de distribution) qui seraient assujetties au projet de régime de compensation pour la valeur des signaux, s'il est adopté.

[20] Quoique le mandat confié au Conseil en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* soit large et détaillé, il est expressément limité à certains égards. Premièrement, le paragraphe 5(1) prévoit que le Conseil doit agir conformément à la *Loi sur la radiodiffusion*, à la *Loi sur la radiocommunication* [L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 1)] et aux instructions données par le gouverneur en conseil sous le régime de la *Loi sur la radiodiffusion*. (Aucune disposition de la *Loi sur la radiocommunication* et aucune instruction du gouverneur en conseil ne sont pertinentes pour le présent renvoi.)

[21] Deuxièmement, le paragraphe 5(1) prévoit que le Conseil doit agir en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, lequel est rédigé comme suit :

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la Politique canadienne de radiodiffusion :

a) le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle;

b) 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 pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle;

c) les radiodiffusions de langues française et anglaise, malgré certains points communs, diffèrent quant à leurs conditions d'exploitation et, éventuellement, quant à leurs besoins;

d) le système canadien de radiodiffusion devrait :

-
- | | |
|--|--|
| <p>(i) serve to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada,</p> <p>(ii) encourage the development of Canadian expression by providing a wide range of programming that reflects Canadian attitudes, opinions, ideas, values and artistic creativity, by displaying Canadian talent in entertainment programming and by offering information and analysis concerning Canada and other countries from a Canadian point of view,</p> <p>(iii) through its programming and the employment opportunities arising out of its operations, serve the needs and interests, and reflect the circumstances and aspirations, of Canadian men, women and children, including equal rights, the linguistic duality and multicultural and multiracial nature of Canadian society and the special place of aboriginal peoples within that society, and</p> <p>(iv) be readily adaptable to scientific and technological change;</p> <p>(e) each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming;</p> <p>(f) each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming, unless the nature of the service provided by the undertaking, such as specialized content or format or the use of languages other than French and English, renders that use impracticable, in which case the undertaking shall make the greatest practicable use of those resources;</p> <p>(g) the programming originated by broadcasting undertakings should be of high standard;</p> | <p>(i) servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada,</p> <p>(ii) favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne en proposant une très large programmation qui traduit 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,</p> <p>(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 sur le 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,</p> <p>(iv) demeurer aisément adaptable aux progrès scientifiques et techniques;</p> <p>e) tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne;</p> <p>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;</p> <p>g) la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité;</p> |
|--|--|

- | | |
|---|--|
| <p>(h) all persons who are licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for the programs they broadcast;</p> | <p><i>h</i>) les titulaires de licences d'exploitation d'entreprises de radiodiffusion assument la responsabilité de leurs émissions;</p> |
| <p>(i) the programming provided by the Canadian broadcasting system should</p> | <p><i>i</i>) la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait à la fois :</p> |
| <p>(i) be varied and comprehensive, providing a balance of information, enlightenment and entertainment for men, women and children of all ages, interests and tastes,</p> | <p>(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,</p> |
| <p>(ii) be drawn from local, regional, national and international sources,</p> | <p>(ii) puiser aux sources locales, régionales, nationales et internationales,</p> |
| <p>(iii) include educational and community programs,</p> | <p>(iii) renfermer des émissions éducatives et communautaires,</p> |
| <p>(iv) provide a reasonable opportunity for the public to be exposed to the expression of differing views on matters of public concern, and</p> | <p>(iv) dans la mesure du possible, offrir au public l'occasion de prendre connaissance d'opinions divergentes sur des sujets qui l'intéressent,</p> |
| <p>(v) include a significant contribution from the Canadian independent production sector;</p> | <p>(v) faire appel de façon notable aux producteurs canadiens indépendants;</p> |
| <p>(j) educational programming, particularly where provided through the facilities of an independent educational authority, is an integral part of the Canadian broadcasting system;</p> | <p><i>j</i>) la programmation éducative, notamment celle qui est fournie au moyen d'installations d'un organisme éducatif indépendant, fait partie intégrante du système canadien de radiodiffusion;</p> |
| <p>(k) a range of broadcasting services in English and in French shall be extended to all Canadians as resources become available;</p> | <p><i>k</i>) une gamme de services de radiodiffusion en français et en anglais doit être progressivement offerte à tous les Canadiens, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens;</p> |
| <p>(l) the Canadian Broadcasting Corporation, as the national public broadcaster, should provide radio and television services incorporating a wide range of programming that informs, enlightens and entertains;</p> | <p><i>l</i>) la Société Radio-Canada, à titre de radiodiffuseur public national, devrait offrir des services de radio et de télévision qui comportent une très large programmation qui renseigne, éclaire et divertit;</p> |
| <p>(m) the programming provided by the Corporation should</p> | <p><i>m</i>) la programmation de la Société devrait à la fois :</p> |
| <p>(i) be predominantly and distinctively Canadian,</p> | <p>(i) être principalement et typiquement canadienne,</p> |

-
- | | |
|--|---|
| (ii) reflect Canada and its regions to national and regional audiences, while serving the special needs of those regions, | (ii) refléter la globalité canadienne et rendre compte de la diversité régionale du pays, tant au plan national qu'au niveau régional, tout en répondant aux besoins particuliers des régions, |
| (iii) actively contribute to the flow and exchange of cultural expression, | (iii) contribuer activement à l'expression culturelle et à l'échange des diverses formes qu'elle peut prendre, |
| (iv) be in English and in French, reflecting the different needs and circumstances of each official language community, including the particular needs and circumstances of English and French linguistic minorities, | (iv) être offerte en français et en anglais, de manière à refléter la situation et les besoins particuliers des deux collectivités de langue officielle, y compris ceux des minorités de l'une ou l'autre langue, |
| (v) strive to be of equivalent quality in English and in French, | (v) chercher à être de qualité équivalente en français et en anglais, |
| (vi) contribute to shared national consciousness and identity, | (vi) contribuer au partage d'une conscience et d'une identité nationales, |
| (vii) be made available throughout Canada by the most appropriate and efficient means and as resources become available for the purpose, and | (vii) être offerte partout au Canada de la manière la plus adéquate et efficace, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens, |
| (viii) reflect the multicultural and multiracial nature of Canada; | (viii) refléter le caractère multiculturel et multiracial du Canada; |
| (n) where any conflict arises between the objectives of the Corporation set out in paragraphs (l) and (m) and the interests of any other broadcasting undertaking of the Canadian broadcasting system, it shall be resolved in the public interest, and where the public interest would be equally served by resolving the conflict in favour of either, it shall be resolved in favour of the objectives set out in paragraphs (l) and (m); | (n) 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 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); |
| (o) programming that reflects the aboriginal cultures of Canada should be provided within the Canadian broadcasting system as resources become available for the purpose; | (o) 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; |
| (p) programming accessible by disabled persons should be provided within the Canadian broadcasting system as resources become available for the purpose; | (p) 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; |

- (*q*) without limiting any obligation of a broadcasting undertaking to provide the programming contemplated by paragraph (*i*), alternative television programming services in English and in French should be provided where necessary to ensure that the full range of programming contemplated by that paragraph is made available through the Canadian broadcasting system;
- (*r*) the programming provided by alternative television programming services should
- (i) be innovative and be complementary to the programming provided for mass audiences,
 - (ii) cater to tastes and interests not adequately provided for by the programming provided for mass audiences, and include programming devoted to culture and the arts,
 - (iii) reflect Canada's regions and multicultural nature,
 - (iv) as far as possible, be acquired rather than produced by those services, and
 - (v) be made available throughout Canada by the most cost-efficient means;
- (*s*) private networks and programming undertakings should, to an extent consistent with the financial and other resources available to them,
- (i) contribute significantly to the creation and presentation of Canadian programming, and
 - (ii) be responsive to the evolving demands of the public; and
- (*t*) distribution undertakings
- (i) should give priority to the carriage of Canadian programming services and, in particular, to the carriage of local Canadian stations,
 - (ii) should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost,
- q*) sans qu'il soit porté atteinte à l'obligation qu'ont les entreprises de radiodiffusion de fournir la programmation visée à l'alinéa *i*), des services de programmation télévisée complémentaires, en anglais et en français, devraient au besoin être offerts afin que le système canadien de radiodiffusion puisse se conformer à cet alinéa;
- r*) la programmation offerte par ces services devrait à la fois :
- (i) être innovatrice et compléter celle qui est offerte au grand public,
 - (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,
 - (iii) refléter le caractère multiculturel du Canada et rendre compte de sa diversité régionale,
 - (iv) comporter, autant que possible, des acquisitions plutôt que des productions propres,
 - (v) être offerte partout au Canada de la manière la plus rentable, compte tenu de la qualité;
- s*) 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;
- t*) les entreprises de distribution :
- (i) devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,
 - (ii) devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables,

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

(iv) may, where the Commission considers it appropriate, originate programming, including local programming, on such terms as are conducive to the achievement of the objectives of the broadcasting policy set out in this subsection, and in particular provide access for underserved linguistic and cultural minority communities.

[22] The statement of Canadian broadcasting policy set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* must be read with subsection 3(2) which reads as follows:

3. ...

Further declaration

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

[23] Subsection 5(1) of the *Broadcasting Act* also requires the Commission to have regard to the regulatory policy set out in subsection 5(2) of the *Broadcasting Act*, which reads as follows:

5. ...

Regulatory policy

(2) The Canadian broadcasting system should be regulated and supervised in a flexible manner that

(a) is readily adaptable to the different characteristics of English and French language broadcasting and to the different conditions under which broadcasting undertakings that provide English or French language programming operate;

(b) takes into account regional needs and concerns;

(iii) devraient 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) peuvent, 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.

[22] L'énoncé de la politique canadienne de radiodiffusion, au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, doit être interprété en parallèle avec le paragraphe 3(2), qui est ainsi rédigé :

3. [...]

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

Déclaration

[23] Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit également que le Conseil doit tenir compte de la politique de réglementation énoncée au paragraphe 5(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que voici :

5. [...]

(2) La réglementation et la surveillance du système devraient être souples et à la fois :

Réglementation et surveillance

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

b) tenir compte des préoccupations et des besoins régionaux;

(c) is readily adaptable to scientific and technological change;

(d) facilitates the provision of broadcasting to Canadians;

(e) facilitates the provision of Canadian programs to Canadians;

(f) does not inhibit the development of information technologies and their application or the delivery of resultant services to Canadians; and

(g) is sensitive to the administrative burden that, as a consequence of such regulation and supervision, may be imposed on persons carrying on broadcasting undertakings.

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

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

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

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

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

[24] In the event of a conflict between the broadcasting policy in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* and the regulatory policy in subsection 5(2), the broadcasting policy prevails. That is the result of subsection 5(3) which reads as follows:

5. ...

Conflict

(3) The Commission shall give primary consideration to the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1) if, in any particular matter before the Commission, a conflict arises between those objectives and the objectives of the regulatory policy set out in subsection (2).

[24] Advenant un conflit entre la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* et la politique de réglementation au paragraphe 5(2), la politique de radiodiffusion a préséance. Il en est ainsi en raison du paragraphe 5(3), lequel est rédigé comme suit :

5. [...]

(3) Le Conseil privilégie, dans les affaires dont il connaît, les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en cas de conflit avec ceux prévus au paragraphe (2). Conflict

[25] Generally, the Commission exercises its statutory authority by enacting regulations pursuant to section 10 of the *Broadcasting Act*, and by imposing conditions on broadcasting licences it issues pursuant to section 9 [s. 9(4) (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 10(F))] of the *Broadcasting Act*. According to paragraph 9(1)(b) of the *Broadcasting Act*, a condition imposed on a licence must be one that is deemed by the Commission to be appropriate for the implementation of the broadcasting policy stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*.

[26] As stated above, the Commission determined in the 2010 Policy that a value for signal regime is necessary

[25] Généralement, le Conseil exerce son pouvoir en prenant des règlements en vertu de l'article 10 de la *Loi sur la radiodiffusion* et en imposant des conditions dans les licences de radiodiffusion qu'il attribue en vertu de l'article 9 [art. 9(4) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 10(F))] de la *Loi sur la radiodiffusion*. Selon l'alinéa 9(1) b) de la *Loi sur la radiodiffusion*, les conditions imposées dans une licence sont celles que le Conseil estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

[26] Comme je l'ai déjà dit, le Conseil a conclu dans la politique de 2010 que le régime de compensation

to fulfil the objectives of the broadcasting policy stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. According to paragraph 152 of the 2010 Policy, that determination relies specifically on paragraphs 3(1)(e) and 3(1)(f) of the *Broadcasting Act*. Those paragraphs are reproduced here for ease of reference, with the specific portions quoted by the Commission italicized:

Declaration **3.** (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

...

(e) each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming;

(f) each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming, unless the nature of the service provided by the undertaking, such as specialized content or format or the use of languages other than French and English, renders that use impracticable, in which case the undertaking shall make the greatest practicable use of those resources;

[27] The BDUs have not challenged the soundness of the Commission's policy analysis, its understanding of the relevant facts, its conclusion that a value for signal regime is justified on the basis of the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, or the reasonableness of the proposed value for signal regime (assuming the Commission has the statutory authority to implement it).

[28] Based on the Commission's analysis in the 2010 Policy and the statutory provisions referred to above, I conclude that the implementation of the proposed value for signal regime is within the statutory authority of the Commission, subject only to the legal objections raised

pour la valeur des signaux était nécessaire pour réaliser les objectifs de la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Selon le paragraphe 152 de la politique de 2010, cette conclusion repose expressément sur les alinéas 3(1)(e) et 3(1)(f) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Par souci de commodité, ces dispositions sont reproduites ci-dessous, les extraits cités par le Conseil étant en italique :

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la Politique canadienne de radiodiffusion :

[...]

e) tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne;

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;

[27] Les EDR ne contestent pas le bien-fondé de l'analyse du Conseil, sa compréhension des faits pertinents, sa conclusion selon laquelle la mise en œuvre d'un régime de compensation pour la valeur des signaux se justifie par les objectifs stratégiques énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, ni même le caractère raisonnable du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux (en supposant que le Conseil a le pouvoir de le mettre en œuvre).

[28] Compte tenu de l'analyse du Conseil dans la politique de 2010 et des dispositions législatives susmentionnées, je conclus que la mise en œuvre du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux relève de la compétence du Conseil, sous réserve seulement

by the BDUs in this reference based on the *Copyright Act* and its legislative history. I turn now to those arguments.

The copyright objection

[29] Both the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* are components of Canadian cultural policy. They may be viewed as sharing some territory, in the sense that both deal to some extent with the interest of the originators of television signals in benefiting economically from their work, and the interest of the public in having television signals made available to them. Both statutes are intended to ensure these competing interests are properly balanced. The two statutes now operate together harmoniously, but I am prepared to assume without deciding that there may be a theoretical possibility of a conflict in their operation.

[30] The question raised in this reference is whether, as the BDUs argue, the proposed value for signal regime necessarily conflicts with the *Copyright Act* in such a way that this Court should conclude that even if the *Broadcasting Act* on its face authorizes the Commission to adopt the proposed value for signal regime, it should be interpreted in a way that precludes that possibility.

[31] Part of the BDUs' legal argument is not controversial. I agree with them that the principles of statutory interpretation require a harmonious, coherent and consistent interpretation of all statutes dealing with the legal rights and obligations relating to the retransmission of television signals.

[32] The question, however, is whether there is merit to the argument of the BDUs that the implementation of the proposed value for signal regime necessarily conflicts with the rights of the BDUs under the *Copyright Act*, in so far as it would give each private local television station the right to block a BDU from retransmitting that station's signals in the absence of a concluded contract for compensation flowing from the BDU to the station.

des objections juridiques soulevées par les EDR dans le présent renvoi qui sont fondées sur la *Loi sur le droit d'auteur* et sur son historique législatif. J'examinerai maintenant ces arguments.

L'objection relative au droit d'auteur

[29] La *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion* font partie de la politique culturelle canadienne. On peut considérer qu'elles se recoupent à certains égards, en ce sens qu'elles portent toutes deux, dans une certaine mesure, sur le droit des émetteurs de signaux de télévision de tirer un avantage économique de leur travail et sur l'intérêt du public d'avoir accès aux signaux de télévision. Les deux lois visent à établir un juste équilibre entre ces intérêts concurrents. Leur application conjointe est actuellement harmonieuse, mais je suis prête à présumer, sans me prononcer sur la question, qu'elle puisse, en théorie, être source de conflit.

[30] Il s'agit en l'espèce de déterminer si, comme les EDR le prétendent, le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux est nécessairement incompatible avec la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte que la Cour devrait conclure que, même si la *Loi sur la radiodiffusion*, à sa seule lecture, autorise le Conseil à l'adopter, la *Loi sur la radiodiffusion* devrait être interprétée de façon à l'en empêcher.

[31] Une partie de l'argument juridique des EDR n'est pas controversée. Je conviens avec eux que selon les principes d'interprétation législative, les lois portant sur les droits et les obligations relatifs à la retransmission des signaux de télévision doivent faire l'objet d'une interprétation harmonieuse, cohérente et uniforme.

[32] La question, toutefois, est celle de savoir s'il existe quelque fondement à l'argument des EDR selon lequel la mise en œuvre du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux est nécessairement incompatible avec les droits que confère la *Loi sur le droit d'auteur* aux EDR, dans la mesure où le régime donnerait à chaque station privée de télévision locale le droit d'empêcher les EDR de retransmettre ses signaux en l'absence d'un contrat prévoyant le versement d'une compensation.

[33] The BDUs rely principally on subsection 21(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14] and section 31 [formerly s. 28.01 which was enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 63; renumbered as s. 31 by S.C. 1997, c. 24, ss. 16, 52(F); 2002, c. 26, s. 2] of the *Copyright Act*. It is common ground that subsection 21(1), and in particular paragraph 21(1)(c), gives a private local television station a copyright in the signals it broadcasts, and that this copyright includes the sole right to authorize a BDU to retransmit those signals to the public simultaneously with its broadcast. Subsection 21(1) reads as follows:

Copyright in communication signals

21. (1) Subject to subsection (2), a broadcaster has a copyright in the communication signals that it broadcasts, consisting of the sole right to do the following in relation to the communication signal or any substantial part thereof:

(a) to fix it,

(b) to reproduce any fixation of it that was made without the broadcaster's consent,

(c) to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast, and

(d) in the case of a television communication signal, to perform it in a place open to the public on payment of an entrance fee,

and to authorize any act described in paragraph (a), (b) or (d).

[34] The section 21 rights of broadcasters are significantly affected by section 31 of the *Copyright Act*, which reads in relevant part as follows:

31. ...

Retransmission of local and distant signals

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

[33] Les EDR invoquent principalement le paragraphe 21(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14] et l'article 31 [anciennement l'art. 28.01, édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 63; devient l'art. 31 par L.C. 1997, ch. 24, art. 16, 52(F); 2002, ch. 26, art. 2] de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les parties s'entendent pour dire que le paragraphe 21(1), et en particulier l'alinéa 21(1)c), confère à la station privée de télévision locale un droit d'auteur à l'égard des signaux qu'elle émet et que ce droit d'auteur comporte le droit exclusif d'autoriser une EDR à retransmettre ces signaux au public simultanément à son émission. Le paragraphe 21(1) est rédigé comme suit :

21. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

Droit d'auteur sur le signal de communication

a) de le fixer;

b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;

c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;

d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

[34] Les droits conférés par l'article 21 aux radiodiffuseurs sont touchés de façon importante par l'article 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont voici les extraits pertinents :

31. [...]

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

Retransmission d'un signal local ou éloigné

a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

Regulations

(3) The Governor in Council may make regulations

(a) defining “local signal” and “distant signal” for the purposes of subsection (2); and

(b) prescribing conditions for the purposes of paragraph (2)(e), and specifying whether any such condition applies to all retransmitters or only to a class of retransmitter.

[35] Regulations have been made under paragraph 31(3)(a) of the *Copyright Act* to define “local signal” and “distant signal” (see *Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254 [as am. by SOR/2004-33, s. 2]), but no conditions have been prescribed under paragraph 31(3)(b). Generally, the signals of a private local television station are “local signal[s]” [s. 3(a) (as am. *idem*)] and not “distant signal[s]” [s. 3(b) (as am. *idem*)] under the *Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*.

[36] The BDUs that would be affected by the proposed value for signal regime are “retransmitters” and thus entitled to the benefit of subsection 31(2) of the *Copyright Act*. The effect of subsection 31(2) is that a BDU does not infringe the section 21 copyright of a private local television station when it retransmits the station’s local signals, if the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act* and complies with any regulations made pursuant to paragraph 31(3)(b) of the *Copyright Act*, and

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d’un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l’alinéa (3)b).

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) définir « signal local » et « signal éloigné » pour l’application du paragraphe (2);

b) fixer des conditions pour l’application de l’alinéa (2)e) et, le cas échéant, prévoir si elles s’appliquent à l’ensemble des retransmetteurs ou à une catégorie de ceux-ci.

[35] Un règlement a été pris en vertu de l’alinéa 31(3) a) de la *Loi sur le droit d’auteur* afin de définir le « signal local » et le « signal éloigné » (voir le *Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*, DORS/89-254 [mod. par DORS/2004-33, art. 2]), mais aucune condition n’a été fixée en vertu de l’alinéa 31(3)b). De façon générale, les signaux émis par une station privée de télévision locale sont des « signa[ux] loca[ux] » [art. 3a) (mod., *idem*)] et non des « signa[ux] éloigné[s] » [art. 3b) (mod., *idem*)] au sens du *Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*.

[36] Les EDR qui seraient touchées par le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux sont des « retransmetteurs », de sorte qu’elles peuvent se prévaloir du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le paragraphe 31(2) fait en sorte que l’EDR ne viole pas le droit d’auteur qui est reconnu par l’article 21 à la station privée de télévision locale lorsqu’elle retransmet les signaux locaux de la station, si la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* et respecte

the signal is retransmitted simultaneously and without alteration except as required or permitted by law.

[37] Because subsection 31(2) contemplates a royalty only for the retransmission of distant signals (which by definition would not include the signal of a private local television station), a private local television station has no right under the *Copyright Act* to demand a royalty from a BDU for retransmitting its signals. On that basis, the BDUs argue that subsection 31(2) gives them a statutory right, akin to the user right under the fair dealing provision of the *Copyright Act* (see *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paragraph 48), to retransmit the local signal of a private local television station without paying a royalty. I agree, provided the retransmission meets the conditions stated in subsection 31(2).

[38] However, the subsection 31(2) conditions are significant. In particular, paragraph 31(2)(b) requires any retransmission of a local signal to be lawful under the *Broadcasting Act*. That necessarily means that a BDU wishing to take advantage of the user right in subsection 31(2) of the *Copyright Act* must do so in compliance with the *Broadcasting Act*, any regulations made under the *Broadcasting Act*, and any conditions the Commission has attached to the retransmitter's broadcasting licence.

[39] Paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act* marks an intersection of the two statutory schemes—one implementing Canada's broadcasting policy and the other implementing Canada's copyright policy. In paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*, Parliament has permitted the Commission to limit the transmission rights under subsection 31(2) by imposing any regulatory or licensing condition consistent with the Commission's statutory mandate as stated in the *Broadcasting Act*.

les règlements pris en vertu de l'alinéa 31(3)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, et que les signaux sont retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification.

[37] Comme le paragraphe 31(2) ne prévoit le paiement d'une redevance que pour la retransmission des signaux éloignés (qui, par définition, ne comprennent pas les signaux des stations privées de télévision locale), une station privée de télévision locale n'a pas le droit, en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, d'exiger d'une EDR qu'elle lui verse une redevance pour la retransmission de ses signaux. C'est pourquoi les EDR soutiennent que le paragraphe 31(2) leur confère un droit, qui s'apparente au droit d'utilisation visé par la disposition sur l'utilisation équitable de la *Loi sur le droit d'auteur* (voir *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 48) leur permettant de retransmettre les signaux locaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance. Je suis d'accord, pourvu que la retransmission respecte les conditions énoncées au paragraphe 31(2).

[38] Cependant, les conditions prévues au paragraphe 31(2) sont importantes. En particulier, l'alinéa 31(2)b) exige que toute retransmission d'un signal local soit licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il en découle nécessairement que la EDR qui souhaite se prévaloir du droit d'utilisation prévu au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* doit se conformer à la *Loi sur la radiodiffusion*, à tout règlement pris en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* et aux conditions dont le Conseil a assorti la licence de radiodiffusion du retransmetteur.

[39] L'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* marque l'intersection entre les deux régimes législatifs — l'un qui met en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion et l'autre, la politique canadienne sur le droit d'auteur. À l'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur permet au Conseil de limiter les droits de transmission prévus au paragraphe 31(2) en imposant toute condition réglementaire ou d'attribution de licence compatible avec le mandat conféré au Conseil par la *Loi sur la radiodiffusion*.

[40] Put another way, by making the BDUs' statutory retransmission rights in subsection 31(2) of the *Copyright Act* subject to paragraph 31(2)(b), Parliament has ranked the objectives of Canada's broadcasting policy ahead of those statutory retransmission rights. I see nothing in the *Copyright Act* that would justify a reversal of that ranking if the Commission determines that the objectives of Canada's broadcasting policy require the imposition of a regulation or licensing condition that would permit a private local television station to demand cash or other consideration from a BDU for the right to retransmit its signals.

[41] For substantially the same reasons, I conclude that it is open to the Commission to adopt a regulation or a licensing condition that would oblige a BDU to pay money to a private local television station for the right to retransmit its signals, provided the Commission determines that the imposition of such an obligation is required to meet the objectives of Canada's broadcasting policy as stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*.

[42] In my view, it is irrelevant that such an obligation might be characterized as an obligation to pay a royalty. Even now, the Commission requires BDUs to compensate private local television stations in respect of the retransmission of their signals, and it is not suggested that those requirements are not properly imposed. Some of the required compensation is not monetary (mandatory carriage, preferential channel placement, and simultaneous distribution), but it nevertheless represents something of value passing from a BDU to a television station. Some of the required compensation is monetary (the contribution of 1.5 percent of gross revenues to the local programming improvement fund and potentially (starting in August of 2011), contractual consideration for any retransmission of a local television signal outside of that station's local market). It seems to me that the proposed value for signal regime is different only in degree, not in kind, substance or function.

[40] Autrement dit, en assujettissant les droits de retransmission accordés aux EDR par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* à l'alinéa 31(2)b), le législateur donne préséance aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion. Je ne vois rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* qui justifierait de renverser cette priorité si le Conseil détermine que les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion l'obligent à prendre un règlement ou à imposer une condition d'attribution de licence qui permettrait à une station privée de télévision locale d'exiger d'une EDR une contrepartie en espèce ou autre en échange du droit de retransmettre ses signaux.

[41] Essentiellement pour les mêmes raisons, je conclus qu'il est loisible au Conseil de prendre un règlement ou d'imposer une condition d'attribution de licence qui obligerait une EDR à verser une contrepartie en espèce à une station privée de télévision locale en échange du droit de retransmettre ses signaux, pourvu que le Conseil détermine que l'imposition d'une telle obligation est nécessaire pour réaliser les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

[42] À mon avis, il importe peu qu'une telle obligation puisse être qualifiée d'obligation de payer une redevance. Même aujourd'hui, le Conseil exige des EDR qu'elles compensent les stations privées de télévision locale pour la retransmission de leurs signaux, et personne ne prétend que cette obligation est injustifiée. Une partie de la compensation exigée n'est pas monétaire (la distribution obligatoire, l'alignement des canaux prioritaires et la substitution simultanée), mais représente quand même une certaine valeur pour la station de télévision qui la reçoit de l'EDR. La compensation exigée est en partie monétaire (la contribution de 1,5 p. 100 des revenus bruts au fonds pour l'amélioration de la programmation locale et, potentiellement (à partir d'août 2011), une contrepartie contractuelle pour la retransmission d'un signal de télévision locale à l'extérieur du marché local de la station). Il me semble que la différence du projet de régime de compensation pour la valeur du signal en est une de degré, et non de nature, de substance ou de fonction.

[43] The BDUs present a further argument based on the lengthy and complex history of various proposals made and rejected to amend the *Copyright Act* to grant television stations a statutory right to a royalty or similar retransmission fee. The argument is that this history should be understood to have resulted in a deliberate legislative policy adopted by Parliament that would be defeated by the proposed value for signal regime. I do not accept this argument.

[44] It may well be that Parliament has determined for any number of reasons relating to Canada's copyright policy that the *Copyright Act* should not be amended to provide private local television stations with a right to a royalty for the retransmission of local signals. However, it does not follow that the same determination necessarily indicates any intention on the part of Parliament to preclude the Commission from adopting the proposed value for signal regime in the interests of Canada's broadcasting policy. Indeed, the possibility that the Commission might adopt a value for signal regime has been under consideration for some time, but the record discloses no hint that Parliament or the Government of Canada would consider such a regime to be an improper or undesirable intrusion into copyright policy.

[45] Nor am I persuaded that there is merit to the suggestion of the BDUs that the proposed value for signal regime would undermine Canada's stated position in relation to recent proceedings of the 2001 World Intellectual Property Organization (WIPO) Standing Committee on Copyright and Related Rights. Certainly Canada has taken no such position before the Commission or in this reference. Indeed, Canada has chosen not to participate in this reference at all.

[46] Finally, I note that the BDUs rely on past statements of the Commission (in 1993, 1999, 2001 and 2003) to the effect that the matter of compensation for local retransmission rights should be a matter of copyright policy, not broadcasting policy. I place no weight on those statements, particularly since the Commission has

[43] Les EDR font valoir un autre argument fondé sur l'historique long et complexe des diverses propositions qui ont été présentées, et rejetées, en vue de modifier la *Loi sur le droit d'auteur*, et d'accorder aux stations de télévision un droit de percevoir une redevance ou des frais de retransmission semblables. Selon elles, il faut comprendre qu'au bout du compte le législateur a adopté une politique législative délibérée, qui serait mise en échec par le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux. Je ne peux accepter cet argument.

[44] Il se peut bien que le législateur ait décidé, pour diverses raisons liées à la politique canadienne sur le droit d'auteur, que la *Loi sur le droit d'auteur* ne devait pas être modifiée afin de conférer aux stations privées de télévision locale un droit de percevoir une redevance pour la retransmission de signaux locaux. Cependant, il ne s'ensuit pas que cette même décision implique nécessairement que le législateur voulait empêcher le Conseil d'adopter le régime de compensation pour la valeur des signaux pour protéger la politique canadienne de radiodiffusion. En fait, l'adoption par le Conseil d'un régime de compensation pour la valeur des signaux est à l'étude depuis un certain temps, mais rien n'indique que le législateur ou le gouvernement du Canada considère qu'il s'agirait là d'une intrusion inappropriée ou non souhaitable dans la politique sur le droit d'auteur.

[45] Je ne suis pas convaincue non plus du bien-fondé de l'observation des EDR selon laquelle le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux nuirait à la position adoptée par le Canada à l'égard des récents travaux (2001) du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Certes, le Canada n'a fait valoir cette position devant le Conseil ou dans le présent renvoi. En fait, le Canada a choisi de ne pas participer au présent renvoi.

[46] Enfin, je souligne que les EDR s'appuient sur des déclarations antérieures du Conseil (1993, 1999, 2001 et 2003) selon lesquelles la question de la compensation des droits de retransmission locale devrait relever de la politique sur le droit d'auteur, et non de la politique sur la radiodiffusion. Je n'accorde aucun poids à ces

brought this reference to have the scope of its statutory authority determined as a matter of law.

[47] I conclude that nothing in the *Copyright Act* or its legislative history precludes the Commission from adopting the proposed value for signal regime.

Conclusion

[48] I would answer the reference question as follows:

The *Broadcasting Act* empowers the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[49] NADON J.A. (DISSIDENT): I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Sharlow J.A., but I must respectfully disagree with her disposition of this matter. In my opinion, the value for signal regime (the VFS regime) proposed in Broadcasting Order CRTC 2010-168 (the order) is *ultra vires* the powers of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the CRTC). I so conclude because the VFS regime conflicts with Parliament's clear statement in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* that royalties must be paid only for the retransmission of distant signals and not for the retransmission of local signals.

déclarations, en particulier parce que le Conseil a introduit le présent renvoi afin que l'étendue de ses pouvoirs soit déterminée sur le plan juridique.

[47] Je conclus que rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ou dans son historique législatif n'empêche le Conseil d'adopter le régime de compensation pour la valeur des signaux.

Conclusion

[48] Je répondrais comme suit à la question faisant l'objet du renvoi :

La *Loi sur la radiodiffusion* confie au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes le pouvoir d'établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[49] LE JUGE NADON, J.C.A. (DISSIDENT) : J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue, la juge Sharlow, mais je ne puis malheureusement pas souscrire à sa décision. À mon avis, le régime de compensation pour la valeur des signaux (le régime CVS) proposé dans l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (l'ordonnance) excède la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). Je conclus ainsi parce que le régime CVS est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux.

[50] I need not repeat the facts or submissions of the parties which Sharlow J.A. has thoroughly reviewed in her reasons.

[51] It is first necessary to note, as Sharlow J.A. does at paragraph 35 of her reasons, that the signals at issue in this reference are “local signal[s]” as defined in paragraph 2(1)(a) of the *Regulations Amending the Local and Distant Signal Regulations*, SOR/2004-33 (the Regulations). Local broadcasters, such as CTVglobemedia Inc. and Canwest Television Limited Partnership, want broadcasting distribution undertakings (BDUs), such as Bell Canada and Rogers Communications Inc., to pay them a fee for the right to collect and retransmit their local broadcast signals to BDUs subscribers.

[52] The BDUs’ main claim is that subsection 31(2) of the Act prevents the CRTC from enacting the VFS regime. Under subsection 31(2), a retransmitter does not infringe copyright if it meets five conditions. The BDUs need this protection because the local signals they retransmit contain copyrighted material. It is likely that the local broadcasters have copyright in or a license to use the works they broadcast, due to agreements they have with the original creators of the works. Such agreements are typical in the industry (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 (*Bell ExpressVu*), at paragraph 51).

[53] The conditions set out at subsection 31(2) of the *Copyright Act* are as follows:

- 31. ...**
- (2) ...
- Retransmission of local and distant signals
- (a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;
- (b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

[50] Il ne m’est pas nécessaire de répéter les faits et les observations des parties que la juge Sharlow a rigoureusement examinés dans ses motifs.

[51] Il convient d’abord de signaler, comme la juge Sharlow le fait au paragraphe 35 de ses motifs, que les signaux en cause dans le présent renvoi sont des « signaux locaux » au sens de l’alinéa 2(1)a) du *Règlement modifiant le Règlement sur la définition de signal local et signal éloigné*, DORS/2004-33 (le Règlement). Les radiodiffuseurs locaux, comme CTVglobemedia Inc. et Canwest Television Limited Partnership, veulent que les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR), comme Bell Canada et Rogers Communications Inc., leur versent une redevance en échange du droit de capter et de retransmettre leurs signaux de radiodiffusion locaux aux abonnés des EDR.

[52] La principale prétention des EDR est que le paragraphe 31(2) de la Loi empêche le CRTC d’adopter le régime CVS. Selon le paragraphe 31(2), le retransmetteur ne viole pas le droit d’auteur s’il satisfait à cinq conditions. Les EDR ont besoin de cette protection parce que les signaux locaux qu’ils retransmettent contiennent des œuvres protégées par le droit d’auteur. Il est probable que les radiodiffuseurs locaux soient titulaires des droits d’auteur sur les œuvres qu’ils diffusent, ou des licences d’utilisation de ces œuvres, en vertu de contrats avec les créateurs de ces œuvres. De tels contrats sont monnaie courante dans ce secteur d’activité (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 (*Bell ExpressVu*), au paragraphe 51).

[53] Les conditions énoncées au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* sont les suivantes :

- 31. [...]**
- (2) [...]
- Retransmission d’un signal local ou éloigné
- a) la communication consiste en la retransmission d’un signal local ou éloigné, selon le cas;
- b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any [imposed by the Governor in Council]

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant [fixer par le gouverneur en conseil] [...]

[54] The BDUs do not, in their memorandum of fact and law, directly address the meaning of the word “lawful” found in paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*. However, the local broadcasters provide a cogent analysis of the BDUs’ regulatory situation at paragraph 69 of their joint memorandum. Therein, the local broadcasters describe how BDUs operate subject to two different statutory schemes that apply to two different aspects of the same activity.

[55] First, there is the copyright regime wherein compulsory licenses are granted under subsection 31(2) of the *Copyright Act*, allowing the BDUs to use the copyrighted works carried in the local broadcasters’ signals without the permission of the copyright holders.

[56] Second, there is the broadcasting licensing and regulation regime wherein the CRTC determines the conditions the BDUs must satisfy before they have lawful access to the local broadcasters’ signals which contain the copyrighted works.

[57] In short, to have lawful access to retransmit the local broadcasters’ programming, the BDUs must have both a license to access the airwaves that carry that programming and a license to access the copyrighted works contained in that programming.

[54] Dans leur mémoire des faits et du droit, les EDR ne s’intéressent pas directement au sens du mot « licite » figurant à l’alinéa 31(2)(b) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Cependant, les radiodiffuseurs locaux présentent, au paragraphe 69 de leur mémoire conjoint, une analyse convaincante de la réglementation applicable aux EDR. Les radiodiffuseurs y expliquent comment les EDR exercent leurs activités en étant assujetties à deux régimes législatifs différents qui s’appliquent à deux aspects différents de la même activité.

[55] D’une part, il y a le régime du droit d’auteur en vertu duquel des licences obligatoires sont accordées conformément au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*, de manière à permettre aux EDR d’utiliser les œuvres protégées par le droit d’auteur transmises par les signaux des radiodiffuseurs locaux sans la permission des titulaires des droits d’auteur.

[56] D’autre part, il y a le régime de réglementation et d’attribution de licences de radiodiffusion en vertu duquel le CRTC établit les conditions auxquelles les EDR doivent satisfaire pour être légitimement autorisées à transmettre les signaux des radiodiffuseurs locaux qui contiennent les œuvres protégées par le droit d’auteur.

[57] Bref, pour être légitimement autorisées à retransmettre la programmation des radiodiffuseurs locaux, les EDR doivent détenir une licence leur permettant d’accéder aux ondes sur lesquelles cette programmation est transmise ainsi qu’une licence leur permettant d’accéder aux œuvres protégées par le droit d’auteur contenues dans cette programmation.

[58] What does it mean to have “lawful” access to local signals under the *Broadcasting Act*? The term “lawful” is not defined in either the *Copyright Act* or the *Broadcasting Act*. The Supreme Court of Canada’s decision in *Bell ExpressVu* helps to define this term. There, the Court considered the term “lawful right” in the context of section 2 [of the definition of the term “lawful distribution” (as enacted by S.C. 1991, c. 11, s. 81)] of the *Radiocommunication Act* which reads as follows:

Definitions 2. ...

“lawful distributor”
« distributeur
légitime »

“lawful distributor”, in relation to an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed, means a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding; [Emphasis added.]

[59] The Court was asked to determine whether a company which sold decoding systems that read encrypted satellite signals was a “lawful distributor”. To make this determination, the Court had to interpret the words “lawful right”. At paragraph 42, the Court affirmed the interpretation of Létourneau J.A. of this Court [in *ExpressVu Inc. v. Nii Norsat International Inc.*, 1997 CanLII 5676, 81 C.P.R. (3d) 345, at paragraph 4], who wrote as follows:

The concept of “lawful right” refers to the person who possesses the regulatory rights through proper licensing under the Act, the authorization of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission as well as the contractual and copyrights necessarily pertaining to the content involved in the transmission of the encrypted subscription programming signal or encrypted network feed.

[60] That is, to have a “lawful right” in a particular piece of broadcast property, a person must have four things: proper licensing under the relevant Act, proper authorization by the relevant agency, a contractual right of some kind to use the property and sufficient copyright to use the property.

[61] In my view, the language and the context in the two cases are sufficiently analogous to allow an application of

[58] Que signifie être « légitimement » autorisé à avoir accès aux signaux locaux en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*? Le terme « légitimement » n’est défini ni dans la *Loi sur le droit d’auteur* ni dans la *Loi sur la radiodiffusion*. L’arrêt *Bell ExpressVu* de la Cour suprême du Canada aide à définir ce terme. Dans cet arrêt, la Cour suprême analyse le terme « légitimement autorisé » dans le contexte de l’article 2 [de la définition du terme « distributeur légitime » (édicte par L.C. 1991, ch. 11, art. 81)] de la *Loi sur la radiocommunication*, que voici :

2. [...]

« distributeur légitime » La personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d’abonnement ou une alimentation réseau, en situation d’encodage, et à en permettre le décodage. [Non souligné dans l’original.]

Définitions

« distributeur
légitime »
“lawful
distributor”

[59] La Cour suprême était appelée à déterminer si une entreprise qui vendait des décodeurs de signaux encodés transmis par satellite était un « distributeur légitime ». À cette fin, elle devait interpréter les mots « légitimement autorisée ». Au paragraphe 42 de sa décision, la Cour suprême a confirmé l’interprétation du juge Létourneau de notre Cour [dans l’arrêt *ExpressVu c. Nii Norsat International Inc.*, 1997 CanLII 5676, au paragraphe 4], lequel a écrit ce qui suit :

La personne « légitimement autorisée » est celle qui possède les droits réglementaires en vertu de la licence qui lui est régulièrement délivrée conformément à la Loi, l’autorisation du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ainsi que les droits contractuels et les droits d’auteur se rapportant nécessairement au contenu qu’implique la transmission d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau.

[60] Autrement dit, la personne « légitimement autorisée » relativement à un aspect particulier de la radiodiffusion, possède quatre choses : une licence en bonne et due forme délivrée en vertu de la loi pertinente, une autorisation dûment délivrée par l’organisme concerné, un quelconque droit contractuel d’utilisation du bien et les droits d’auteur nécessaires à l’utilisation du bien.

[61] À mon avis, les termes visés par les deux affaires et le contexte de celles-ci présentent suffisamment

the Supreme Court's interpretation of the word "lawful" in *Bell ExpressVu* to paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*.

[62] Applying *Bell ExpressVu*'s interpretation of the word "lawful" to paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act* suggests that the BDUs must comply with CRTC regulations or conditions imposed under the *Broadcasting Act* to be able to assert a subsection 31(2) exception to copyright infringement.

[63] At this point, I believe it helpful to note several features of the *Copyright Act*. Parliament expressly says in paragraph 31(2)(a) that an exception to copyright infringement can apply to a "local or distant signal". Paragraph 31(3)(a) gives Cabinet the power of "defining 'local signal' and 'distant signal' for the purposes of subsection (2)". The two types of signals are, as noted above, given different definitions in the Regulations.

[64] Moreover, in paragraph 31(2)(d), Parliament has specified that "in the case of the retransmission of a distant signal", the retransmitter must pay the royalties fixed under the *Copyright Act* and must comply with any terms and conditions fixed under the *Copyright Act*. The Act does not impose any such obligations on persons retransmitting local signals.

[65] From these features I infer two things. First, Parliament intended that local signals and distant signals be treated differently. Second, one aspect of this different treatment is that royalties can be imposed on persons retransmitting distant signals but cannot be imposed on persons retransmitting local signals.

[66] In my view, this is a correct interpretation of the Act for four reasons. First, the Supreme Court said in *Bell ExpressVu*, at paragraph 52, that subsection 31(2) comprises two different regimes. There, the Court said that

d'analogies pour que l'on puisse appliquer à l'alinéa 31(2) b) de la *Loi sur le droit d'auteur* l'interprétation que donne la Cour suprême du terme « légitimement autorisée » dans *Bell ExpressVu*.

[62] L'application à l'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* de l'interprétation du terme « légitimement » tirée de l'arrêt *Bell ExpressVu* laisse croire que les EDR doivent se conformer aux règlements du CRTC ou aux conditions imposées en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* pour pouvoir soulever une exception fondée sur le paragraphe 31(2) à la violation du droit d'auteur.

[63] À ce stade, j'estime utile de mentionner certaines caractéristiques de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le législateur énonce expressément à l'alinéa 31(2)a) qu'une exception à la violation du droit d'auteur peut s'appliquer à un « signal local ou éloigné ». L'alinéa 31(3)a) confère au Cabinet le pouvoir de « définir "signal local" et "signal éloigné" pour l'application du paragraphe (2) ». Comme je l'ai mentionné, chaque signal fait l'objet d'une définition différente dans le Règlement.

[64] De plus, à l'alinéa 31(2)d), le législateur précise que « dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné », le retransmetteur doit acquitter les redevances et respecter les modalités fixées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Loi n'impose pas de telles obligations aux personnes qui retransmettent des signaux locaux.

[65] Je tire deux conclusions de ce qui précède. Premièrement, le législateur entendait que les signaux locaux et les signaux éloignés soient traités différemment. Deuxièmement, l'un des aspects de cette différence de traitement est que des redevances peuvent être imposées aux personnes qui retransmettent des signaux éloignés, mais non aux personnes qui retransmettent des signaux locaux.

[66] J'estime qu'il s'agit là d'une interprétation correcte de la Loi et ce, pour quatre raisons. Premièrement, au paragraphe 52 de l'arrêt *Bell ExpressVu*, la Cour suprême a dit que le paragraphe 31(2) comprenait deux régimes

section 21 of the *Copyright Act* gives local broadcasters copyright in their signals “subject to the exceptions in s. 31(2)” (emphasis added). The French version of the judgment also uses the plural: “*des exceptions*” [underlining added].

[67] All elements in subsection 31(2) of the *Copyright Act* must be met before an exception to copyright infringement is available because a conjunctive “and” is used to link the paragraphs. Thus, the only way the Supreme Court could have concluded that there was more than one exception in subsection 31(2) was if it thought local and distant signals were to be treated differently.

[68] Second, failing to interpret paragraph (d) as applying to distant signals only would render the disjunctive “or” used in paragraph (a) redundant. Paragraphs (a), (b), (c), and (e) do not distinguish between local and distant signals. The only difference between the two types of signals in subsection 31(2) is expressed in paragraph (d). Thus, it must be that Parliament distinguished between the types of signals in paragraph (a) because the signals receive different treatment in paragraph (d).

[69] Third, the statutory interpretation maxim *expressio unius est exclusio alterius* suggests that since Parliament expressly said that royalties had to be paid for distant signals, it also meant that royalties did not have to be paid for local signals.

[70] Fourth, the *Copyright Act* uses the term “royalty” (or “royalties”) liberally—more than 60 times. If Parliament had intended that royalties be paid for the retransmission of local signals, it could easily have said so. It did not.

[71] I conclude, then, that Parliament intended paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* to mean that royalties be paid only for distant signals and not for local signals.

différents. Selon elle, l’article 21 de la *Loi sur le droit d’auteur* confère aux radiodiffuseurs locaux un droit d’auteur à l’égard de leurs signaux « sous réserve des exceptions prévues au par. 31(2) » (non souligné dans l’original).

[67] Tous les éléments du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* doivent être réunis avant que l’on puisse se prévaloir d’une exception à la violation du droit d’auteur, à cause de la locution conjonctive « à la fois » employée pour relier les alinéas. Par conséquent, la seule raison pour laquelle la Cour suprême a pu conclure que le paragraphe 31(2) prévoyait plus d’une exception était qu’elle pensait que les signaux locaux et les signaux éloignés devaient être traités différemment.

[68] Deuxièmement, une interprétation de l’alinéa d) qui exclurait les signaux éloignés ne ferait que rendre redondante la locution conjonctive « ou » à l’alinéa a). Les alinéas a), b), c) et e) n’établissent pas de distinction entre les signaux locaux et les signaux éloignés. La seule différence entre les deux types de signaux au paragraphe 31(2) est exprimée à l’alinéa d). C’est donc dire que le législateur a établi une distinction entre les types de signaux à l’alinéa a), puisqu’ils sont traités différemment à l’alinéa d).

[69] Troisièmement, la règle d’interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* laisse croire que, puisque le législateur a dit expressément que des redevances devaient être versées pour la retransmission de signaux éloignés, il voulait également dire qu’aucune redevance ne devait être versée pour les signaux locaux.

[70] Quatrièmement, la *Loi sur le droit d’auteur* utilise le terme « redevance » (ou « redevances ») abondamment — plus de 60 fois. Si le législateur avait voulu que des redevances soient versées pour la retransmission des signaux locaux, il aurait pu facilement l’indiquer. Il ne l’a pas fait.

[71] Je conclus donc que l’intention du législateur était que les redevances dont il est question à l’alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* ne visent que les signaux éloignés, et non les signaux locaux.

[72] Given this conclusion, it follows, in my view, that the CRTC's order is *ultra vires*. Parliament delegated power to the CRTC when it passed the *Broadcasting Act*. However, this delegation of power is not absolute: "The delegate is, of course, always subordinate in that the delegation can be circumscribed and withdrawn" (*R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, at page 104; see also *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, at paragraph 17).

[73] Parliament's intention, as expressly stated in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act*, that royalties be paid for the retransmission of distant signals and implicitly that no royalties be paid for the retransmission of local signals is a clear limit on the CRTC's power to impose conditions under the *Broadcasting Act*. Thus, since the order conflicts with Parliament's intention, it is *ultra vires* the CRTC.

[74] I will now address two of my colleague's statements. First, she finds that in paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*, Parliament gave the CRTC the power to limit transmission rights under subsection 31(2) by stating that such transmissions must be "lawful under the *Broadcasting Act*". If the BDUs fail to comply with any conditions imposed by the CRTC, including the VFS regime, then they cease to have lawful access to the airwaves. The section also suggests, in her view, that Parliament has ranked the objectives of Canada's broadcasting policy ahead of the retransmission rights created under the *Copyright Act*.

[75] I respectfully disagree. Paragraphs (b) and (d) of subsection 31(2) are linked by the conjunctive "and". This language and structure suggests, in my view, they are co-equal conditions that must both be met before an exception to copyright infringement is recognized. It does not suggest, however, that paragraph (b) can be read to rank ahead of and to overwhelm paragraph (d). Both provisions apply with equal force.

[72] Compte tenu de cette conclusion, j'estime que l'ordonnance du CRTC est *ultra vires*. Le législateur a délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la *Loi sur la radiodiffusion*. Or, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue : « Le déléguataire est naturellement toujours subordonné parce que la délégation peut être limitée et retirée » (*R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, à la page 104; voir aussi *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978, au paragraphe 17).

[73] L'intention du législateur, énoncée expressément à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, voulant que des redevances soient versées pour la retransmission des signaux éloignés et, implicitement qu'aucune redevance ne soit versée pour la retransmission des signaux locaux, vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ainsi, puisque l'ordonnance contrevient à l'intention du législateur, elle excède la compétence du CRTC.

[74] Je commenterai maintenant deux déclarations de ma collègue. Premièrement, elle conclut qu'à l'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur a conféré au CRTC le pouvoir de limiter les droits de transmission visés au paragraphe 31(2) en précisant que ces transmissions doivent être « licite[s] en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* ». Si les EDR ne respectent pas les conditions imposées par le CRTC, y compris le régime CVS, elles cessent alors d'avoir légitimement accès aux ondes. Selon ma collègue, il ressort également de la disposition que le législateur a fait passer les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion avant les droits de retransmission créés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[75] Avec déférence, je ne suis pas d'accord. Les alinéas b) et d) du paragraphe 31(2) sont reliés par la locution conjonctive « à la fois ». À mon avis, le libellé et la structure de cette disposition indiquent qu'il s'agit de conditions égales auxquelles il faut toutes deux satisfaire avant qu'une exception à la violation du droit d'auteur soit reconnue. Rien n'indique cependant que l'on puisse interpréter l'alinéa b) comme s'il avait préséance sur l'alinéa d). Les deux dispositions s'appliquent avec une force égale.

[76] To put it another way, the CRTC could not assert its power to regulate the lawfulness of a retransmission under the *Broadcasting Act* to grant an exception to copyright infringement for non-simultaneous retransmissions, contrary to paragraph (c). Similarly, the CRTC could not assert its power over broadcasting to say that no royalty need be paid for the retransmission of distant signals, contrary to paragraph (d). In my view, this approach is sound because it would be contrary to the principle of parliamentary supremacy if a regulatory body with delegated power could use its power to override Parliament's clear legislative statement.

[77] The effect of Sharlow J.A.'s interpretation of paragraph 31(2)(b) is that paragraph 31(2)(d) comes to mean that royalties may only be charged for the retransmission of distant signals and may not be charged for the retransmission of local signals, unless the CRTC decides otherwise. Such an interpretation is, in my respectful view, erroneous.

[78] Further, the VFS regime is similar to the distant signal royalty payment regime in several ways. In both regimes, a royalty is paid—that is, value is exchanged for the use of property: see *Mobil Oil Canada, Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 333, [2002] 1 C.T.C. 55, at paragraphs 17–18. Under the VFS regime, this value is determined by negotiations between each individual local broadcaster and each individual BDU: order, at paragraph 7. Under the distant signal regime, the royalties are determined either by tariffs filed by the collective society representing broadcasters or by negotiations between the collective society and individual retransmitters: *Copyright Act*, paragraph 70.1(c) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 16; 1997, c. 24, s. 46], sections 70.13 [as enacted *idem*], 70.191 [as enacted *idem*].

[79] In both regimes, the payee and the payor are the same. Under the VFS regime, the local broadcasters are paid for their signals by the BDUs, or receive other forms of value from the BDUs: order, at paragraph 7.

[76] Autrement dit, le CRTC ne pouvait pas exercer le pouvoir de régler le caractère licite d'une retransmission que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion* afin d'accorder une exception à la violation du droit d'auteur pour des retransmissions non simultanées, contrairement à l'alinéa c). De même, le CRTC ne pouvait pas exercer son pouvoir sur la radiodiffusion pour déclarer qu'aucune redevance ne devait être versée pour la retransmission de signaux éloignés, contrairement à l'alinéa d). J'estime que cette interprétation est bien fondée parce qu'il serait contraire au principe de la souveraineté du Parlement qu'un organisme de réglementation puisse exercer un pouvoir qui lui a été délégué pour déroger à un énoncé législatif clair du législateur.

[77] L'interprétation que donne la juge Sharlow de l'alinéa 31(2)b) fait en sorte que l'alinéa 31(2)d) permettrait uniquement l'imposition de redevances pour la retransmission de signaux éloignés et non pour la retransmission de signaux locaux, à moins que le CRTC n'en décide autrement. Avec déférence, cette interprétation est erronée.

[78] De plus, le régime CVS ressemble, à plusieurs égards, au régime de paiement de redevances pour les signaux éloignés. Les deux régimes prévoient le versement d'une redevance — c'est-à-dire qu'il y a une contrepartie pour l'usage d'un bien : voir *Mobil Oil Canada, Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 333, aux paragraphes 17 et 18. Sous le régime CVS, cette contrepartie est négociée sur une base individuelle entre chaque radiodiffuseur local et chaque EDR : ordonnance, au paragraphe 7. S'agissant du régime des signaux éloignés, les redevances sont déterminées soit au moyen d'un tarif déposé par la société de gestion qui représente les radiodiffuseurs, soit au moyen d'une entente négociée, sur une base individuelle, entre la société de gestion et les retransmetteurs : la *Loi sur le droit d'auteur*, alinéa 70.1c) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 16; 1997, ch. 24, art. 46] et articles 70.13 [édicte, *idem*] et 70.191 [édicte, *idem*].

[79] Dans les deux régimes, le bénéficiaire et le payeur sont les mêmes. Sous le régime CVS, les radiodiffuseurs locaux sont payés pour leurs signaux par les EDR, ou ils reçoivent de celles-ci d'autres contreparties de valeur :

Under the distant signal regime, a “broadcaster” is paid the tariff fixed pursuant to paragraph 31(2)(d), or the other compensation separately agreed to, because the broadcaster has the sole right to authorize another person to reproduce his signal: *Copyright Act*, subsection 21(1), paragraph 31(2)(d). The payor is the retransmitter.

[80] In both regimes, the obligation to pay attaches to the same activity. Under the VFS regime, the BDU is obliged to pay because it retransmits the local broadcasters’ signal: order, at paragraph 7. Under the distant signal regime, the retransmitter is obliged to pay because it retransmits the broadcaster’s signal: *Copyright Act*, subsections 21(1), 31(2).

[81] In both regimes, the protected property is the same. Under the VFS regime, the local broadcasters’ signals are what is being paid for: order, at paragraph 7. Under the distant signal regime, the broadcaster’s signal is what the retransmitter is paying for: *Copyright Act*, subsections 21(1), 31(2).

[82] There are also some differences between the two regimes. Under the VFS regime, the royalty is established as a result of direct negotiation between each local broadcaster and each BDU: order, at paragraph 7. Thus, the type of compensation can, theoretically, be different in each individual agreement. Under the distant signal regime, the collective society may either file a tariff that is applicable to all users or it may enter into agreements with individual users: *Copyright Act*, sections 70.12 [as enacted *idem*], 70.191 [as enacted *idem*]. As a result, the type of compensation may be the same, if a tariff is applicable, or it may differ, if individual agreements are reached. This difference is primarily a difference in form and thus is unimportant, considering the numerous substantive similarities between the two regimes.

[83] A second (potential) difference is the distinction Sharlow J.A. draws between Canada’s broadcasting

ordonnance, au paragraphe 7. Sous le régime des signaux éloignés, le « radiodiffuseur » reçoit la redevance fixée en vertu de l’alinéa 31(2)d), ou l’autre contrepartie en vertu d’une entente distincte, parce que le radiodiffuseur a le droit exclusif d’autoriser une autre personne à reproduire son signal : la *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphe 21(1) et alinéa 31(2)d). Le payeur est le retransmetteur.

[80] Dans les deux régimes, l’obligation de payer porte sur la même activité. Sous le régime CVS, l’EDR est tenue de payer parce qu’elle retransmet le signal des radiodiffuseurs locaux : ordonnance, au paragraphe 7. Sous le régime des signaux éloignés, le retransmetteur est tenu de payer parce qu’il retransmet le signal du radiodiffuseur : la *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphes 21(1) et 31(2).

[81] Dans les deux régimes, le bien protégé est le même. Sous le régime CVS, ce sont les signaux des radiodiffuseurs locaux qui font l’objet du paiement : ordonnance, au paragraphe 7. Sous le régime des signaux éloignés, le retransmetteur paie pour avoir accès au signal du radiodiffuseur : la *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphes 21(1) et 31(2).

[82] Il existe par ailleurs des différences entre les deux régimes. Sous le régime CVS, la redevance est établie à l’issue d’une négociation directe entre chaque radiodiffuseur local et chaque EDR : ordonnance, au paragraphe 7. Par conséquent, le type de contrepartie peut, théoriquement, varier d’une entente à l’autre. Sous le régime des signaux éloignés, la société de gestion peut ou bien déposer un tarif qui s’applique à tous les utilisateurs, ou bien conclure une entente avec chaque utilisateur : la *Loi sur le droit d’auteur*, articles 70.12 [édicte, *idem*] et 70.191 [édicte, *idem*]. Il s’ensuit que la contrepartie peut être la même, si le tarif s’applique, ou différer, si des ententes individuelles sont conclues. Cette différence est principalement une différence de forme et est donc sans importance, si l’on considère le grand nombre de ressemblances substantielles entre les deux régimes.

[83] Une deuxième différence (potentielle) est la distinction que la juge Sharlow établit entre la politique

policy and its copyright policy. In her view, paragraph 31(2)(b) is an articulation of broadcasting policy while paragraph 31(2)(d) is an articulation of copyright policy: reasons, at paragraphs 38–40, 43–44. Thus, in her view, even if the VFS regime essentially establishes royalties for local signals, these royalties constitute an expression of broadcasting policy and so cannot be said to conflict with Parliament’s expression of copyright policy.

[84] With the greatest of respect, I cannot agree. The analysis above shows, in my view, that the VFS regime is far more similar to, than different from, the distant signal regime in the *Copyright Act*. Both regimes involve a royalty passing between the same parties for the same activity relating to the same protected property. They are functionally equivalent, despite slight differences in form.

[85] This functional equivalence results in the VFS regime being *ultra vires* the CRTC’s powers. In *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, the Supreme Court said at paragraph 5 that “[c]opyright in this country is a creature of statute and the rights and remedies it provides are exhaustive”: see also *Copyright Act*, section 89 [as enacted *idem*, s. 50]. Contrary to the exhaustiveness of statutory copyright law, the CRTC, through the order, is attempting to create a royalty that is essentially the same as the royalty Parliament has, in effect, forbidden in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act*. Given this conflict between the *Copyright Act* and the CRTC’s order, the CRTC’s enactment must give way.

[86] I would also like to address my colleague’s remarks found at paragraph 42 of her reasons where she says that “it is irrelevant that [the VFS regime] might be characterized as an obligation to pay a royalty.” In support of that proposition, Sharlow J.A. says that the BDUs have not contested the CRTC’s power to impose the current bundle of regulatory burdens on them, which includes both non-monetary and monetary compensation. In her

canadienne de radiodiffusion et la politique canadienne sur le droit d’auteur. Selon elle, l’alinéa 31(2)(b) est une expression de la politique de radiodiffusion alors que l’alinéa 31(2)(d) est une expression de la politique sur le droit d’auteur : motifs, aux paragraphes 38 à 40, 43 et 44. Elle estime donc que même si le régime CVS établit essentiellement des redevances pour les signaux locaux, ces redevances constituent une expression de la politique de radiodiffusion et ne sauraient contrevenir à la politique sur le droit d’auteur exprimée par le législateur.

[84] Avec le plus grand des respects, je ne suis pas d’accord. L’analyse ci-dessus montre, à mon avis, que le régime CVS ressemble beaucoup plus au régime des signaux éloignés établi par la *Loi sur le droit d’auteur* qu’il n’en diffère. Les deux régimes prévoient le versement d’une redevance entre les mêmes parties pour la même activité qui a trait au même bien protégé. Ils sont fonctionnellement équivalents, malgré leurs légères différences de forme.

[85] Il résulte de cette équivalence fonctionnelle que le régime CVS excède la compétence du CRTC. Dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, la Cour suprême a dit, au paragraphe 5, que « [d]ans notre pays, le droit d’auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que celle-ci prévoit sont exhaustifs » : voir aussi la *Loi sur le droit d’auteur*, article 89 [édicte, *idem*, art. 50]. Malgré l’exhaustivité du régime législatif sur le droit d’auteur, le CRTC, par son ordonnance, tente de créer une redevance qui, essentiellement, est celle que le législateur a de fait interdite à l’alinéa 31(2)(d) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Étant donné cette incompatibilité entre la *Loi sur le droit d’auteur* et l’ordonnance du CRTC, cette dernière doit céder le pas.

[86] J’aimerais également commenter les remarques formulées par ma collègue au paragraphe 42 de ses motifs, où elle dit « il importe peu [que le régime CVS] puisse être [qualifié] d’obligation de payer une redevance ». À l’appui de cette proposition, la juge Sharlow dit que les EDR n’ont pas contesté le pouvoir du CRTC de leur imposer la série d’obligations réglementaires qui leur incombent, notamment le versement d’une contrepartie

view, since these regulations are presumably valid, and since the burdens imposed by the VFS regime differ from these regulations only in kind, not substance, the VFS regime must be valid.

[87] I cannot agree. The validity of the current CRTC regulations is not before us. This reference was submitted by the CRTC directly to this Court and asks solely whether the VFS regime is a valid enactment by the CRTC. Thus, the current regulations are beyond the scope of the reference. In other words, whether the current regulations are valid is an irrelevant consideration in answering the question posed by the CRTC.

[88] I would therefore answer the question posed by the CRTC as follows:

The *Broadcasting Act* does not empower the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local stations.

non monétaire ainsi que monétaire. À son avis, comme ces règlements sont probablement valides et que les obligations imposées par le régime CVS diffèrent de ces obligations réglementaires seulement quant à la forme et non au fond, le régime CVS doit être valide.

[87] Je ne suis pas d'accord. Nous ne sommes pas saisis de la question de la validité des règlements actuels du CRTC. Le présent renvoi a été soumis à la Cour directement par le CRTC et ne vise qu'à déterminer si l'adoption du régime CVS par le CRTC est valide. Par conséquent, les règlements actuels excèdent le cadre du renvoi. Autrement dit, la question de savoir si les règlements actuels sont valides n'est pas pertinente pour répondre à la question posée par le CRTC.

[88] Je répondrais par conséquent à la question posée par le CRTC de la manière suivante :

La *Loi sur la radiodiffusion* ne confie pas au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes le pouvoir d'établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales.