

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros, mécanismes d'appel visant à les contester et trajectoires plus vastes de la réglementation

Daniel Mackwood, daniel.mackwood@mail.utoronto.ca

Faculté d'information de l'Université de Toronto

Niveau universitaire : maîtrise (en cours)

Introduction

Le présent article fournit une brève analyse du régime d'élaboration de la politique canadienne de télécommunication, tout en mettant l'accent sur la procédure de « demande écrite au gouverneur en conseil »¹, une procédure d'appel gouvernementale qui, bien que rarement exercée, permet de demander l'annulation de décisions de politique prises par les organismes fédéraux de réglementation du pays. Dans le but d'examiner comment cette procédure s'intègre à d'autres processus institutionnels dans le contexte du cadre réglementaire fédéral, ainsi que les résultats stratégiques qui en découlent, la présente analyse remet en question le rôle du gouverneur en conseil (GC) et cherche à déterminer si son processus d'appel tend à soutenir l'opinion selon laquelle les entreprises de télécommunication titulaires ont l'obligation de servir *autant* les clients de détail que de gros (CRTC, 2009a, 2011b)². Pour aborder cette question, nous examinerons le cadre réglementaire canadien des services à large bande de gros, ce qui pourrait améliorer l'accès concurrentiel au marché de détail et accroître la variété, pour les consommateurs, dans le choix d'un fournisseur de services (CRTC, 2009a, 2011b).

Par ailleurs, le présent article cherche également à établir si oui ou non la procédure d'appel au GC peut contribuer à la divergence des trajectoires de la réglementation des télécommunications entre le Canada et les États-Unis. Il est ici pertinent de réaliser cette comparaison compte tenu de l'appel dont le GC est

¹ 1 Dans le présent article, la « demande écrite au gouverneur en conseil » sera parfois désignée comme la « procédure » ou le « processus » d'appel au « gouverneur en conseil » ou au « GC ».

² De l'avis du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), « l'obligation de servir » et l'obligation de fournir des services de base constituent des mesures réglementaires qui sont imposées, conformément aux objectifs stipulés dans les Instructions, aux entreprises de services locaux titulaires (ESLT) et aux câblodistributeurs (entreprises de câblodistribution titulaires, collectivement appelés les « titulaires »), pour fournir aux Canadiens autant dans les zones urbaines que rurales (zones de desserte à coût faible et à coût élevé, respectivement) un accès à des services de télécommunication sûrs, abordables et de haute qualité (CRTC, 2011b).

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

présentement saisi, et dont l'issue pourrait, potentiellement, redéfinir le cadre réglementaire canadien des services à large bande de gros, à l'heure où le déploiement de la fibre optique jusqu'au domicile continue à s'implanter en tant que norme en matière d'infrastructure. Les politiques qui dicteront la façon dont la prochaine ère d'infrastructures de télécommunications sera conçue et réglementée au Canada seront influencées par le régime de réglementation américain, comme elles l'ont toujours été.

Dans le but de répondre, en grande partie, à l'évaluation comparative de Cherry (2015) de l'évolution des politiques de télécommunication divergentes entre le Canada et les États-Unis, l'analyse présentée ici est divisée en deux parties. La première partie remet en question quelques-unes des divergences entre les cadres réglementaires des deux pays et accorde une attention particulière au mécanisme d'appel de la politique fédérale — une procédure institutionnelle non traitée dans l'évaluation de Cherry (2015). Je souhaite ici problématiser la position de Cherry selon laquelle les deux pays sont caractérisés par des trajectoires strictement divergentes au chapitre de la politique de télécommunication. En contestant cette position, j'étudie la façon dont les institutions gouvernementales qui, collectivement, façonnent les politiques de télécommunication au Canada, emploient des procédures de prise de décisions administratives qui sont radicalement différentes et qui, par le fait même, ont des incidences également différentes. Les décisions rendues par le tribunal, en l'occurrence Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)³, à la suite d'une audience tenue par lui, d'une part, et la dépendance à l'interprétation ministérielle du processus

³ Toutes les politiques réglementaires, les ordonnances, les avis de consultation et les décisions cités dans le présent document peuvent être consultés sur le site Web du CRTC à <http://www.crtc.gc.ca/fra/dno.htm>

d'appel au GC, d'autre part, constituent des procédures institutionnelles fondamentalement divergentes. Et tel est le cas, souligne le présent article, même si les parties en cause fonctionnent comme des parties intégrantes du même cadre réglementaire fédéral.

Les caractéristiques opposées utilisées pour distinguer une procédure d'une autre sont, en retour, utilisées pour aider à déterminer les points communs des cadres réglementaires canadien et américain. Tout en se concentrant d'abord sur le fondement juridique de la procédure fédérale ainsi que sur ses processus d'observations et de consultation, cette partie se poursuit en reconnaissant que le processus d'appel du GC du Canada peut effectivement fonctionner de manière semblable aux pratiques des « avis et observations » et des forums de « réunions ex parte » de la Federal Communications Commission (FCC) des États-Unis. Certaines des procédures utilisées par le GC sont analogues aux pratiques administratives de la FCC au sujet desquelles Cherry indiquent qu'elles manquent de transparence et d'un format accessible pour la défense des intérêts des consommateurs (2012a; 2015). Servant de point d'appui pour la deuxième partie de cet article, ces similitudes tendent à souligner que le processus d'appel du gouvernement canadien repose sur un format procédural et une plateforme d'observations qui n'ont pas fourni au GC des possibilités adéquates de réfuter suffisamment l'argument selon lequel les entreprises de télécommunication titulaires ont refusé de fournir les services à large bande de gros obligatoires et de suivre les politiques qui les régissent.

En réalisant cette comparaison des cadres de réglementation, la deuxième partie indique que, dans le contexte particulier de l'intention d'influencer les règlements liés à

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

l'accès aux services filaires à large bande, la procédure d'appel du GC du Canada a eu tendance, jusqu'à maintenant, à ne pas adopter une attitude très critique envers les positions stratégiques des plaignants touchant la déréglementation. En effet, le résultat du « réexamen » généré par la demande écrite au gouverneur en conseil en 2009 (P.C. 2009-2007), dans laquelle le GC a été persuadé, dans une certaine mesure, par les positions des plaignants critiquant les obligations existantes des fournisseurs de services à large bande de gros, et les exigences correspondantes en matière de vitesse, compense et restreint temporairement certaines décisions rendues par le CRTC et certains objectifs qu'il souhaite atteindre. Ces décisions consécutives à une audience, et les objectifs en matière de services de gros qui les guident (MJ, 2006, article 1c)(ii)), ont par ailleurs été formulées avec l'intention expresse de respecter les responsabilités des entreprises titulaires desservant les clients de détail, ainsi que les fournisseurs de services Internet (FSI) concurrents qui agissent en tant que clients de gros sur le marché de l'accès large bande fixe (ou large bande filaire) au Canada. La deuxième partie conclut, cependant, que le résultat de 2009 imposé par le processus d'appel du GC, qui a renvoyé au CRTC pour réexamen les obligations relatives aux services de gros et les politiques concernant les équivalences de vitesse, a dénaturé l'efficacité de la logique procédurale du CRTC et de son objectif plus général de maintenir les obligations des entreprises titulaires concernant les services de gros. Conçus par les plaignants qui ont déposé la demande d'appel, Bell et Telus, les arguments sur la déréglementation utilisés dans cette procédure d'appel ont été fortement influencés, à mon avis, par les positions adoptées par la FCC dans le cadre de son système d'élaboration de règlements. Décider d'envoyer le résultat de l'appel P.C. 2009-2007 au CRTC pour réexamen est, en

d'autres mots, une décision de politique qui s'appuie largement sur les procédures administratives et les forums utilisés aux États-Unis par la FCC. Le résultat a nui aux perspectives stratégiques d'accroissement de la concurrence sur le marché des services à large bande pour les abonnés au Canada.

L'article termine par l'examen d'une demande écrite au GC qui est en cours de traitement. Déposée par Bell en octobre 2015, cette demande interjette appel de la récente décision du CRTC (intitulée Politique réglementaire de télécom CRTC 2015-326) visant à rendre obligatoires les services à large bande de gros dégroupés. À l'heure actuelle, la décision du CRTC permettra aux concurrents des fournisseurs de services Internet de louer et de revendre l'utilisation des installations d'accès par fibre jusqu'aux locaux de l'abonné (FTTP) des entreprises titulaires (CRTC, 2015). Mon intention ici est de démontrer que, dans le cas où le GC modifierait la décision concernant les services à large bande de gros dégroupés ou la renverrait au CRTC pour réexamen, toute décision de cette nature soutient la position selon laquelle la procédure du GC, une fois de plus, s'inspire largement des pratiques d'élaboration de règlements de la FCC ainsi que des arguments utilisés pour convaincre l'organisme de réglementation des États-Unis d'instaurer des politiques. Par conséquent, étant donné que les procédures administratives du GC et les arguments utilisés dans les deux demandes d'appel discutées dans la présente établissent un parallèle étroit avec la FCC, l'article affirme qu'il existe des forces institutionnelles qui compliquent les trajectoires autrement divergentes des politiques américaines et canadiennes de télécommunication, et que ces forces suggèrent que les deux cadres peuvent encore conserver certains attributs unifiants qui atténuent leurs chemins réglementaires généralement contrastifs.

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

§1. Le processus d'appel au GC et le processus d'élaboration de règlements de la FCC : procédures et forums administratifs analogues

La « demande écrite au gouverneur en conseil », comme elle est officiellement désignée, est un instrument procédural à la disposition des personnes qui souhaitent présenter une demande au gouvernement pour que ce dernier réexamine et modifie des politiques établies par les organismes de réglementation fédéraux. Comme cela s'applique précisément à l'instrument d'élaboration des politiques de télécommunication du Canada, le fait de recourir à la demande écrite permet aux plaignants d'interjeter appel des résultats stratégiques des décisions consécutives à une audience devant le CRTC (aussi appelé « le Conseil »), dans les quatre-vingt-dix jours après la décision (la *Loi*, 1993, paragraphe 12[1])⁴. Parfois appelé « appel devant le Cabinet » ou demande de « décret en conseil » (PCH, 2015), le recours à cette procédure d'intervention dans le domaine de la réglementation des télécommunications est soutenu, sur le plan juridique, par la *Loi sur les télécommunications* de 1993. En vertu de l'article 8 de la *Loi*, « le gouverneur en conseil peut, par décret, donner au Conseil, au chapitre des grandes questions d'orientation en la matière, des instructions d'application générale relativement à la politique canadienne de télécommunication. » Toutefois, contrairement à la procédure face-à-face axée sur les litiges mise en œuvre par le CRTC — qui fonctionne « indépendamment du gouvernement et avec un cadre juridique quasi judiciaire » (Intven, 2012, p. 94)⁵ — la *Loi sur les télécommunications*, en revanche, n'assortit la procédure d'appel au GC que d'une plateforme indirecte pouvant accueillir des observations écrites de tierces parties aux fins du processus de prise de décision. La période d'observations débute officiellement après la

⁴ En plus des demandes présentées par écrit par des parties de l'extérieur (dans les quatre-vingt-dix jours après la décision du CRTC en question), le gouverneur en conseil peut également procéder à un examen d'une décision consécutive à une audience du CRTC, de sa propre initiative (la *Loi*, 1993, paragraphe 12[1]).

⁵ Intven (2012) cité dans Shepherd, Taylor & Middleton (2014).

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

publication, par le GC, de l'avis faisant état de la nouvelle demande d'appel dans la Partie I de la *Gazette du Canada*, soit une obligation en vertu de l'article 12 de la *Loi* (1993, article 12[4]). Les parties qui le souhaitent peuvent alors soumettre des observations par écrit au GC, habituellement dans un délai de trente jours suivant la publication de l'avis (Industrie Canada, 2015).

La procédure utilisée par le GC dans le traitement des demandes d'appel et des observations du public suit une approche similaire aux « avis et commentaire sur l'élaboration de règlements » de la *Administrative Procedures Act* (APA) des États-Unis (FCC, 2015; Walden, 2009). Cette approche est invoquée par la FCC pour édicter des règlements législatifs et organisationnels, et émettre des déclarations sur le programme d'élaboration des politiques (2015, §.2). Le processus implique, en premier lieu, que l'organisme émette un avis des règlements proposés, qui sera publié dans le *Federal Register* du gouvernement des États-Unis (FCC, 2015). L'organisme offre alors au public l'occasion de soumettre des observations écrites sur la proposition avant que ne soit rendue une décision définitive (FCC, 2015, article 6). Les commentaires du public soumis pendant ce temps, à la demande de la FCC, peuvent se révéler très utiles lors de la prise de décisions. L'organisme affirme, dans sa documentation sur le processus d'élaboration de règlements, que le public « peut trouver une meilleure façon qui nous aiderait à atteindre notre objectif ou signaler l'existence de problèmes dans notre proposition que nous pourrions ne pas avoir vus. La participation du public nous permet d'améliorer nos règlements. » (2015, article 6). Comme les résultats ci-dessous le laissent entrevoir, cependant, il y a un écart entre

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

cette demande et les moyens administratifs disponibles à la FCC pour assurer la faisabilité d'une telle participation du public.

Le gouvernement du Canada déploie aussi des efforts concertés pour exprimer son appréciation envers la collaboration entre les autorités de réglementation et le public. La consultation avec le public et la mise à disposition de plateformes accueillant des observations sont certainement reconnues comme de précieuses composantes pour aider les organismes de réglementation du pays à élaborer les politiques publiques. Comme le fait ressortir la Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation (2012), « Il incombe aux ministères et aux organismes d'identifier les parties intéressées et touchées et de leur donner l'occasion de prendre part à des consultations ouvertes, utiles et équilibrées à toutes les étapes du processus de réglementation. » (2012, section 6 [A]). Le *Guide du processus d'élaboration des règlements fédéraux* (2014) mise sur l'intention de promouvoir le débat public sur les questions de politique fédérale, notant qu'en général les plateformes accueillant des observations du public sont destinées à « s'assurer que les parties touchées par un projet de règlement ont eu l'occasion d'exprimer leurs opinions et leurs préoccupations au sujet de la conception, de la mise en application et des répercussions du projet. » (2014, p. 8). Toutefois, étant donné que la procédure d'appel au GC utilise une structure indirecte d'observations épistolaires, l'interprétation de chaque observation publique dans le cadre du débat plus vaste entourant une demande d'appel donnée se déroule d'une manière qui ne présente pas nécessairement le type d'ouverture, d'équilibre et de responsabilité associés au format procédural en face-à-face d'une affaire portée devant les tribunaux. Ainsi, le fait d'examiner minutieusement la résilience factuelle des observations écrites du

public — en particulier si elles ne traitent pas ou ne réfutent pas des points de vue opposés, sans équivoque — tourne autour de l'interprétation arbitraire et improvisée du GC.

Les difficultés qui ont surgi dans le cadre du processus d'appel au GC ne sont pas différentes de celles qui ont assailli la plateforme des observations écrites de la FCC. Plutôt que d'employer un style de procédure axé sur les litiges qui exige une divulgation plus véridique et une défense active de ses arguments — comme cela est exigé dans le contexte des audiences du CRTC — les pratiques d'élaboration de règlements de la FCC se limitent, au contraire, à faire face aux problèmes de procédure, ce qui implique la transmission précise et juste des commentaires des tierces parties provenant des observations écrites. « Contrairement à une procédure axée sur un litige porté devant le CRTC, écrit Cherry, [...] le processus de la FCC offre une grande latitude pour la manipulation ou l'omission de renseignements déposés par les parties dans le cadre d'une procédure » [Traduction] (2015, p. 468). En d'autres mots, les commissaires de la FCC peuvent se retrouver dans la même situation que le gouverneur en conseil lors du traitement d'une demande d'appel, soit : devoir traiter des décisions politiques fondées sur des observations écrites qui sont indirectes, fragmentées, ou obscurcies par les faits.

En outre, les problèmes associés aux plateformes restrictives accueillant des observations publiques sur lesquelles reposent les deux processus de prise de décisions réglementaires sont exacerbés par l'utilisation de forums de rencontre supplémentaires qui manquent également de transparence et répriment l'accès du public. En ce qui concerne la FCC, les processus d'avis et d'observations de l'organisme de réglementation sont accompagnés d'une procédure de forum privée dans le contexte de laquelle des

présentations orales et écrites sont transmises directement aux décideurs (FCC, 2011, article 1.1202). En participant à ce type de réunions ex parte, les parties peuvent organiser des présentations en face-à-face avec les commissaires de la FCC ou le personnel jusqu'à une semaine avant que la décision finale ne soit rendue. En tant que processus de type « permis mais doit être divulgué », les parties sont tenues de déposer des copies des résumés oraux et des observations écrites de la réunion dans le dossier de la procédure (FCC, 2011, article .1.1206). Nonobstant le caractère direct de ces présentations et la divulgation publique qui s'en suit des détails de chaque réunion, il n'y a aucune possibilité, cependant, pour toute autre partie intéressée d'être physiquement présente lors d'une réunion ex parte (Cherry, 2015; FCC, 2011). En outre, parce que les entités réglementées et les sociétés concernées possèdent les ressources nécessaires pour « utiliser intensivement le processus ex parte » beaucoup plus fréquemment que les autres intervenants (Cherry, 2015, p. 468), les organisations d'intérêt public et les groupes de défense des consommateurs sont, de ce fait, généralement tenus à l'écart de ces réunions — et leur capacité à faire face immédiatement aux arguments stratégiques opposés et à les réfuter est beaucoup plus faible. La procédure de réunion ex parte n'est donc pas un processus qui favorise une plateforme d'observations plus équitable pour tous les points de vue, et son format à huis clos ne favorise pas non plus un débat plus robuste et plus éclairé sur le bien-fondé des questions de politique.

Concernant cette mesure, la même accusation peut être appliquée à la procédure d'appel au GC. Lors du traitement d'une demande écrite au gouverneur en conseil, le pouvoir d'interpréter les commentaires du public et, finalement, de formuler un verdict relativement à la demande d'appel incombe entièrement au ministre fédéral de

l'Industrie⁶. Au nom du GC, le ministre possède le pouvoir de « modifier ou d'annuler la décision [visée par un appel] ou de la renvoyer au Conseil pour réexamen [...] » (la *Loi*, 1993, paragraphe 12 [1]). C'est cette autorité ministérielle regroupée visant à permettre une intervention politique qui, en grande partie, constitue un exercice réalisé « dans l'opacité » lorsqu'il s'agit du traitement des décisions concernant les appels au GC. De surcroît, la procédure provinciale de consultation qui, par la loi, complète l'interprétation du ministre à l'égard de la demande d'appel et des observations écrites ne remédie pas au manque général de transparence dans ce processus.

La Loi sur les télécommunications du Canada stipule qu'un ministre « désigné par le gouvernement de chaque province » a la possibilité de consulter le ministre de l'Industrie avant que la décision concernant l'appel ne soit rendue (1993, article 13). Cette plateforme pourrait, peut-être, constituer une occasion pour d'autres entités d'offrir des points de vue diversifiés qui regrouperaient les opinions des contribuables lors de l'évaluation de la demande écrite et de l'interprétation des commentaires soumis par le public. Toutefois, cette mesure ne fournit qu'une maigre consolation en confirmant explicitement qu'une procédure de prise de décision plus transparente serait requise.

En effet, toutes les consultations provinciales qui ont lieu – comme les séances ex parte de la Federal Communications Commission (FCC) – se déroulent à huis clos. Les décisions d'appel finales se contentent de mentionner que le ministre de l'Industrie « a

⁶ Sous la nouvelle administration fédérale du Canada, le ministre nouvellement nommé de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique, l'honorable Navdeep Bains, supervise le portefeuille traitant des décisions en matière d'appel touchant les « demandes écrites au gouverneur en conseil » dans le domaine de la réglementation des télécommunications. Aux fins du présent article, toutefois, le ministre sera toujours désigné comme « le ministre de l'Industrie ».

donné aux provinces la possibilité de le consulter » (Conseil privé 2009-2007, 2009, p. 2), mais ne dévoilent pas l'identité des ministres ayant apporté leur contribution, ni la nature de celle-ci.

Le manque de transparence du processus d'appel au GC et l'accès restreint du public à la procédure pourrait découler, en partie du moins, de l'approche préconisée par Industrie Canada, l'autre organisme de réglementation des télécommunications au pays, pour élaborer des politiques. L'autorité d'Industrie Canada dans le domaine de la réglementation des télécommunications se limite principalement à une politique en matière de spectre des radiofréquences et à des processus d'attribution de fréquences (Industrie Canada, 2011). Cependant, tel que mentionné précédemment, le ministère participe aussi directement à la prise de décisions concernant les demandes d'appel devant le GC – lesquelles se rapportent à des règlements en matière de télécommunications ne relevant pas de la compétence d'Industrie Canada (p. ex. des règlements énoncés par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes [CRTC]) (la *Loi*, 1993). Donc, non seulement le ministre de l'Industrie est-il *de facto* la plus haute autorité pouvant prendre des décisions pour le GC en ce qui a trait aux recours intentés contre les politiques du CRTC (la *Loi*, 1993), mais il détient également « un pouvoir considérable au sein d'Industrie Canada » en tant que chef du ministère (Shepherd, Taylor et Middleton, 2014, p. 6). Étant donné que le portefeuille du cabinet du ministre lui confère une autorité sur ces deux institutions de réglementation, il se peut que les approches préconisées par celles-ci pour élaborer des politiques, tout comme les possibilités de participation du public, soient similaires. Les recherches actuelles d'Industrie Canada semblent appuyer cette hypothèse.

Cherchant à stimuler la participation universitaire au chapitre des politiques dans l'ensemble des institutions de réglementation des télécommunications au Canada, Shepherd et collab. (2014) relatent leur expérience concernant l'efficacité de la participation des universitaires au chapitre des politiques dans le cadre des consultations du CRTC et des soumissions écrites à Industrie Canada. Par rapport à « l'atmosphère de tribunal » du CRTC, qui propose un « examen davantage public des sujets de préoccupation », Industrie Canada procède, selon les auteurs, d'une façon bien différente – qui est « bien moins favorable à la défense du public ou des universitaires » (2014, p. 7-8). Ultiment, toutes les interactions importantes auxquelles a pris part Industrie Canada durant la collecte de données des auteurs ont pris la forme de dialogues à huis clos entre l'organisme de réglementation et les groupes d'affaires concernés ou les lobbyistes de l'industrie (Shepherd et collab., 2014). En réalité, la mobilisation du public par l'entremise de la plateforme ministérielle de soumission de commentaires écrits a été, en un mot, « négligeable » (p. 8).

Dans l'immédiat, cette analyse ne vise pas à déterminer l'influence qu'a l'approche d'Industrie Canada en matière d'élaboration de politiques sur le choix des tribunes et des procédures mises en œuvre dans le cadre du processus d'appel du GC. Toutefois, la pertinence de l'autorité double que détient le ministre de l'Industrie ne fait aucun doute : le fait qu'il possède une telle autorité remet en question les valeurs et les priorités qu'Industrie Canada transmet et insuffle – même tacitement – au traitement des demandes d'appel par le gouvernement fédéral. Bien que la plupart des demandes écrites déposées aient été traditionnellement rejetées par le GC (Industrie Canada, 2015), le processus d'appel fédéral a toutefois statué davantage en faveur des demandes réclamant

l'adoption d'une politique de déréglementation afin de revoir et de modifier les décisions du CRTC qui régissent les services Internet de gros. Autrement dit, lors du traitement de demandes d'appel de cette nature, le processus décisionnel du GC a fait obstacle à la mise en place d'une plateforme suffisamment critique à l'égard des positions des plaignants en faveur de politiques de déréglementation. Tel qu'il est observé dans la section deux, cela est particulièrement le cas d'une demande conjointe déposée en 2009 pour lever, modifier ou annuler les politiques du CRTC visant à faire évoluer le cadre relatif aux services sur large bande de gros, et, par le fait même, le niveau de compétition axée sur les services sur le marché (Bell Aliant Communications régionales et Bell Canada [Bell], 2009; Cave, 2006; TCC, 2009). Le résultat de l'appel a également créé un précédent qui pourrait s'avérer pertinent aujourd'hui, tel qu'expliqué dans la conclusion du présent document.

§2. Remettre en question le cadre relatif aux services à large bande de gros : la trajectoire de la politique du CRTC et la décision concernant l'appel au GC de 2009

Si elles sont ciblées par le dépôt d'une demande écrite au GC, les règles établies aux termes des audiences du CRTC risquent d'être atténuées par un mécanisme d'appel de décisions semblable à certaines pratiques de la FCC en matière d'élaboration de règles. Tel qu'il a été soutenu dans la section précédente de ce document, ces deux avenues en matière de politiques dépendent d'un modèle de procédure qui tend à satisfaire les intérêts de l'industrie avant ceux des citoyens. Dans le cas de la FCC, les effets de ce modèle sont exacerbés par le fait que l'organisme de réglementation ne dispose d'aucun processus qui permet à des experts, moyennant un financement qui leur sera accordé à partir de droits imposés aux entités réglementées par la FCC, de défendre les intérêts des consommateurs

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

(Cherry, 2015). À cet égard, Cherry soulève que « la FCC ne dispose pas d'un important mécanisme qui lui permettrait de réduire la disparité des ressources entre les entités réglementées et les représentants des intérêts des consommateurs » (2015, p. 469). Pour ce qui est du cadre de réglementation au Canada, Cherry salue les procédures administratives du CRTC, qui, selon elle, maintiennent un seuil de participation fixé de façon générale pour accueillir un ensemble plus solide de groupes représentant les intérêts du consommateur. Toutefois, la nature de la critique de Cherry à l'égard des pratiques de la FCC en matière d'élaboration de règles laisse croire qu'elle n'accueillerait pas aussi favorablement les procédures administratives et les tribunes mises en place par d'autres institutions à l'intérieur du cadre relatif à l'élaboration de politiques sur les télécommunications au Canada – à savoir celles qui sont utilisées par Industrie Canada, de même que le processus d'appel du GC, qui fait l'objet de l'analyse du présent document. En effet, tel que discuté dans la première section, le processus décisionnel administré par la plateforme du GC en matière d'appel de politiques n'a manifestement pas recours à certains des mécanismes utilisés par la FCC – surtout en comparaison du CRTC. Ceux-ci réduiraient la disparité des ressources entre les intervenants de l'industrie qui sont en faveur d'un marché ouvert et contre la réglementation et les intervenants qui représentent les intérêts des citoyens.

À cette similitude s'ajoute une autre dimension de la critique de Cherry au sujet des lacunes des procédures de la FCC; cette dimension se révèle particulièrement pertinente à la lumière du traitement de certaines demandes écrites par le GC ayant mené en 2009 à un appel portant sur le statut réglementaire des services sur large bande de gros obligatoires au Canada. D'après Cherry, les procédures administratives et les tribunes de la

FCC ont des ramifications aux États-Unis, qui ont prolongé l'acceptation sur le plan des politiques du prétendu « argument de la théorie du monopole » – une stratégie inexacte dans les faits, qui est utilisée pour justifier l'idée selon laquelle les obligations légales existantes des entreprises titulaires ont été fondées sur les conditions de monopole qui prévalaient à l'époque, et que, par conséquent, elles ne peuvent prétendument pas être appliquées dans un milieu concurrentiel (2015)⁷. En résumé, les procédures et les tribunes de la FCC ont permis à cet argument de persister dans l'arène politique aux États-Unis. Parallèlement, les tribunes et les procédures administratives utilisées par le processus d'appel du GC du Canada ont joué un rôle similaire dans le prolongement de la position sur les politiques de déréglementation que défendent les entreprises titulaires et les autres intervenants de l'industrie : celui de servir d'argument en défaveur des services sur large bande de gros obligatoires. Comme le fait valoir cette section, tandis que le CRTC s'est engagé à rejeter les positions opposées à la fourniture d'un accès de gros obligatoire sur le marché des services filaires sur large bande, le processus du gouvernement fédéral permettant aux politiques du CRTC d'être portées en appel n'a pas manifesté le même degré d'engagement. Tel qu'il est énoncé dans cette section, le résultat de l'appel du Conseil privé 2009-2007 démontre non seulement que la procédure du GC repose sur un processus décisionnel en matière de politiques semblable à celui de la FCC, mais aussi que la décision de 2009 concernant l'accès de gros obligatoire était en fait fondée sur des

⁷ À l'opposé, le CRTC a abordé de front l'argument de la théorie du monopole lors d'une audience publique en 2011, pour définir ses attentes à l'égard de l'obligation des entreprises titulaires de fournir des services (Cherry, 2012b, 2015; CRTC, 2011b).

demandes d'appel défendues avec succès qui citaient et louangeaient des mesures similaires de la FCC.

Les demandes écrites déposées par les entreprises titulaires Bell Canada et Bell Aliant (nommées collectivement « Bell ») et Telus réclament que le GC modifie la décision du CRTC (2008c) et abroge l'ordonnance du CRTC (2009b). Toutes deux étaient des règles approuvées par le Conseil dans l'intention de favoriser la concurrence dans le cadre de services sur large bande de gros au Canada. Pour exprimer leur opposition à ces politiques, Bell et Telus formulent dans leurs demandes écrites des arguments qui sont étayés par l'exemple et la promotion explicite de l'approche qu'adopte la FCC pour déréglementer la fourniture d'accès de gros – une approche elle-même fondée sur les procédures décisionnelles et administratives de l'organisme américain, de même que sur les tribunes traitées dans la première section. Les procédures administratives semblables du processus d'appel du GC, ainsi que les possibilités de participation du public, ont favorisé la prise d'une décision relativement similaire, au grand mécontentement du CRTC.

Malgré la résistance offerte par les intérêts de l'industrie et par certaines exigences des Instructions favorables aux entreprises (ministère de la Justice, 2006), les décisions du CRTC prises à l'issue d'audiences ont régulièrement été en faveur de la concurrence des services de gros dans le marché large bande à accès fixe. L'organisme cherche à rendre des décisions réglementaires qui aident les nouveaux fournisseurs de services Internet (FSI) et les fournisseurs concurrents à passer éventuellement d'une concurrence axée sur les services à une concurrence axée sur les installations. Appelée l'« échelle

d'investissement » ou l'approche « marche-pied », cette stratégie de réglementation encourage les FSI, qui sont actuellement des clients de l'accès de gros dépendant de l'usage tarifé des réseaux des titulaires, à pouvoir éventuellement investir dans leurs propres installations et infrastructures et les entretenir (Cave, 2006; CRTC, 2009a; Industrie Canada, 2006; Middleton et van Gorp, 2009). À la fin des années 1990, le CRTC s'est positionné en faveur d'un accès de gros obligatoire aux échanges locaux dégroupés (CRTC, 1997). Cependant, nombre de ces règlements en matière d'accès de gros, souvent en harmonie avec l'approche de l'échelle d'investissement, n'ont pu véritablement changer la donne de manière à instaurer une réelle compétition sur le marché large bande au Canada; l'industrie et le milieu universitaire n'ont pas manqué d'émettre des critiques à cet égard (Masse et Beaudry, 2015; van Gorp et Middleton, 2010). Il y a certainement plusieurs facteurs qui ont contribué à l'écart prolongé entre la prise de mesures par le CRTC et le manque général de compétitivité sur le marché. Selon le présent document, les Instructions (C.P. 2006-1534) et l'issue de l'appel du C.P. 2009-2007 – et, par extension, les tribunes et les procédures administratives du GC – ont peut-être contribué à un tel écart.

Dans l'intention de susciter la concurrence sur le marché pour les lignes locales dégroupées récemment, le CRTC a élargi entre la fin 2006 et le début 2007 la gamme de services obligatoires prévus par sa politique sur le partage de réseau (CRTC, 2010). L'organisme a procédé à l'expansion des services en exigeant des entreprises titulaires qu'elles facilitent les services sur large bande de gros pour les FSI concurrents – les deux aux termes de la disposition globale sur les LNPA et AIT⁸ – à des vitesses de

⁸ « LNPA », ou « ligne numérique à paires asymétriques », désigne l'infrastructure en fil de cuivre utilisée par les entreprises de services locaux titulaires (ESLT) (Bell, 2009). Selon l'ESLT en question, les services de LNPA

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

transmission qui correspondaient à celles de leurs propres services de détail (CRTC, 2006, 2007a-e; Masse et Beaudry, 2015). Même si l'élargissement de la politique sur le partage de réseau en vue d'exiger des vitesses équivalentes pourrait sans doute favoriser une concurrence plus équitable entre les FSI – et ainsi améliorer la concurrence des services de gros –, bon nombre des ordonnances contenues dans cette politique mise à jour ont été abrogées ultérieurement (CRTC, 2007f). La décision de révoquer les ordonnances de la politique est survenue après que le Conseil eut été dans l'obligation de convenir que le nouveau cadre de réglementation des services offerts aux concurrents constituait une source d'« inquiétude importante » (CRTC, 2007f, paragr. 68). L'inquiétude était fondée sur le fait que l'ordonnance de services et de tarifs nouvellement approuvés n'était pas conforme à certaines exigences des Instructions du CRTC (CRTC, 2007f).

Établi en 2006 par le gouverneur en conseil sur la recommandation du ministre de l'Industrie, le décret C.P. 2006-1534 demande au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), entre autres choses, de « se fier, dans la plus grande mesure du possible, au libre jeu du marché comme moyen d'atteindre [ses] objectifs de la politique » [MJC, 2006, §.1a) (i)]. De plus, lorsqu'il a recours aux règlements adoptés dans ses audiences décisionnelles, le Conseil doit prendre des mesures « ...qui ne font obstacle au libre jeu d'un marché concurrentiel que dans la mesure

regroupés et offerts en gros par les entreprises titulaires sont appelés « services d'accès par passerelle » (SAP) ou « accès haute vitesse » (AHV). « AIT », ou « accès Internet de tiers », désigne les services sur large bande de gros fournis par les infrastructures DOCSIS (Data Over Cable Service Interface Specification) utilisées par les entreprises de câblodistribution (Cisco, 2013).

minimale nécessaire pour atteindre les objectifs » (MJC, 2006, §.1*a*) (ii)). Par conséquent, le Conseil a conclu que le maintien des nouveaux services et tarifs d'accès à la vitesse équivalente, qui ont été approuvés antérieurement de façon définitive (CRTC, 2006, 2007*a-e*), ne serait en fin de compte pas conforme à l'obligation du sous-alinéa 1*a*)(i) des Instructions. Par conséquent, le retour au statu quo antérieur qui s'en est suivi en ce qui concerne les services de gros a été considéré comme conforme à l'obligation du sous-alinéa 1*a*)(ii) (CRTC, 2007*f*). En revanche, le sous-alinéa 1*c*)(ii) des Instructions, qui est la seule partie qui mentionne le cadre de services de gros du Conseil, n'offre pas de formulation formidable permettant de former une interprétation pour se défendre contre les sous-alinéas 1*a*)(i-ii), puisqu'il demande simplement qu'un (seul) examen du cadre réglementaire du Conseil soit effectué en ce qui concerne l'accès obligatoire aux services de gros.

En ayant recours à ses propres procédures de prise de décision, le CRTC a répondu à ce contretemps administratif en publiant un cadre politique modifié pour les services de gros à large bande, qui actualise la définition de « service essentiel » afin de se conformer aux exigences des Instructions et de mieux répondre aux attentes de l'organisme de réglementation pour la prestation des services de gros à haute vitesse (CRTC, 2008*a*). Le Conseil établit que pour être jugé essentiel, une installation, une fonction ou un service doit satisfaire à certaines conditions stipulées. Les conditions à respecter comprendraient désormais les suivantes : i) l'installation est nécessaire comme intrant pour que les concurrents puissent offrir des services de télécommunication dans un marché (de détail) pertinent en aval; ii) l'installation est contrôlée par une entreprise qui occupe une position dominante sur le marché en amont de telle sorte que le retrait de

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

l'accès obligatoire à l'installation serait susceptible de réduire ou d'empêcher sensiblement la concurrence dans le marché pertinent en aval; iii) il n'est ni pratique ni faisable pour les concurrents de reproduire la fonctionnalité de l'installation.

Ce cadre de services de gros modifié a été atteint en grande partie en raison du format procédural du CRTC. Le Conseil a formulé cette décision après que de « *nombreuses parties se soient exprimées oralement* à l'audience publique d'une durée de 11 jours » (CRTC, 2008a, paragraphe 2, italiques ajoutés). Les parties concernées comprenaient les entreprises titulaires « et certains de leurs concurrents nationaux ou locaux des marchés résidentiels et d'affaires ainsi que des représentants d'organismes de défense des consommateurs » (paragraphe 2). Le Bureau de la concurrence du Canada (BCC), un de ces organismes indépendants réclamant un équilibre concurrentiel plus équitable entre les intérêts des entreprises et ceux des consommateurs (BCC, 2015), a joué un rôle déterminant dans l'obtention du résultat de cette décision. Le Bureau a systématiquement fait observer « à toutes les étapes de la présente instance » qu'à son avis, il était essentiel pour le Conseil d'évaluer le caractère essentiel des installations en amont et d'établir un lien entre ce dernier et les effets qu'un tel accès obligatoire aura sur la concurrence dans le marché en aval. (CRTC, 2008a, paragraphe 8). Plus précisément, le Bureau a directement confronté les arguments formulés de manière récurrente par les titulaires en vue de resserrer la définition d'une « installation essentielle » afin qu'elle ne s'applique qu'aux entreprises qui ont le pouvoir d'empêcher *entièrement* la concurrence—et d'ainsi omettre dans la définition les installations appartenant à des entreprises qui ont le pouvoir de *réduire* la concurrence (dans un marché pertinent en aval) (CRTC, 2008a, paragraphes 2326). En d'autres termes, la présence combative du

Bureau à l'audience décisionnelle—qui a réfuté les positions des titulaires qui tentaient de resserrer de manière excessive la définition des services essentiels et d'ainsi réduire au minimum ou d'entièrement contourner les obligations réglementaires pour fournir des services de gros—a été rendue possible grâce au format procédural public contesté du CRTC.

Fait important, ce cadre de services de gros actualisé a aussi jeté les bases de réglementation nécessaires pour que le Conseil *renouvelle* de manière viable l'obligation des entreprises titulaires de fournir des services de gros à large bande à des vitesses de transmission concurrentielles sur tous les types d'infrastructures de réseau existantes. De plus, le cadre a servi de fondement pour deux décisions réglementaires qui seraient en fin de compte visées par la présentation de la demande au gouverneur en conseil de 2009. 1) Dans la « Décision de télécom CRTC 2008-117 », un fournisseur de services Internet (FSI) concurrentiel et un client des services de gros à large bande du nom de Cybersurf ont obtenu du CRTC qu'il ordonne aux entreprises titulaires de prévoir une obligation de vitesse équivalente pour leurs services de ligne numérique à paires asymétriques (LNPA) de gros à large bande (CRTC, 2008c). Ce résultat de décision du CRTC a sauvé une grande partie du cadre des services de gros concurrentiels avancé antérieurement par les ordres politiques révoqués de 2006 et 2007 (CRTC, 2006, 2007a-e). Il mettait l'accent sur le rétablissement des services d'accès groupé LNPA de gros—qui comprenaient la prestation de services d'accès par passerelle (SAP) et de services d'accès haute vitesse (AHV) de gros—qui devaient être offerts par les entreprises titulaires Bell Canada, Bell Aliant, MTS Allstream, SaskTel et TELUS (CRTC, 2008c). En se fondant sur cette décision, 2) l'« Ordonnance de télécom CRTC 2009-111 » a demandé au CRTC de

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

traiter une autre vague d'obligations de services de gros à large bande (CRTC, 2009b). Cette politique a précisé que les services d'accès groupé LNPA de gros déployés sur les réseaux de prochaine génération mettant en œuvre des infrastructures de fibre optique, y compris la prestation de services à large bande FTTN (fibre optique jusqu'au nœud), devaient aussi être inclus dans le cadre de l'accès de gros obligatoire (CRTC, 2009b).

Les demandes écrites au GC présentées par Bell et TELUS maintiennent des arguments politiques qui dépendent, en grande partie, de la validation par l'entremise de décisions de réglementation relatives aux services de gros prises et confirmées par la Commission fédérale des communications (FCC). Dans leurs demandes, les entreprises titulaires canadiennes mentionnent et justifient explicitement certaines décisions de politique de la FCC favorisant l'investissement comme preuve des conséquences économiques négatives que les mandats politiques relatifs aux services de gros peuvent prétendument déclencher. Bell insiste sur ce point, en expliquant que « [TRADUCTION] [1]a FCC a conclu qu'exiger des entreprises de services locaux titulaires (ESLT) qu'elles vendent à leurs concurrents un accès à ces installations aux tarifs de gros réglementés découragerait ces dernières d'investir dans ces installations... » (2009, page 11). De même, TELUS prétend que « [TRADUCTION] la Commission fédérale des communications (FCC) a correctement reconnu qu'il est improbable que des services de grande qualité soient développés si les incitatifs à l'investissement sont minés par les règlements relatifs à l'accès obligatoire », tout en mettant en garde que les « politiques de partage obligatoire découragent l'investissement » (2009, page 8).

Les deux entreprises titulaires font aussi des efforts pour attaquer directement l'« Ordonnance de télécom CRTC 2009-111 » en problématisant l'approbation par le

CRTC de l'accès de gros obligatoire aux réseaux de prochaine génération et en la comparant à leur soutien de la position de la FCC. « [TRADUCTION] Il est clairement possible pour le CRTC de maintenir ses politiques existantes relatives aux installations essentielles pour englober les installations de réseau existantes, tout en exemptant les nouveaux réseaux de nouvelle génération du dégroupement obligatoire, » fait valoir TELUS. « C'est précisément ce que la FCC a fait aux États-Unis, et le résultat est remarquable » (2009, page 10). Bell cible et critique plutôt le plaignant original de l'Ordonnance, tout en faisant la différence entre les mandats politiques du CRTC et ceux que la FCC a déréglementé ou s'est abstenue de réglementer :

Il est intéressant de noter que Cybersurf offre des services aux États-Unis et au Canada. Toutefois, la Commission fédérale des communications (FCC) aux États-Unis a éliminé presque toutes les exigences de partage de réseau pour les installations d'accès à fibre de prochaine génération utilisées pour fournir des services à large bande à haute vitesse et, par conséquent, les ESLT américaines ne sont pas obligées par la FCC de vendre les services à Cybersurf que cette dernière demande au CRTC de rendre obligatoires pour les ESLT canadiennes. (Bell, 2009, page 6).

Les politiques de la FCC que Bell et TELUS appuient dans leurs demandes sont le produit des décisions de réglementation des États-Unis—qui, comme le souligne la première section, favorisent fortement les intérêts de l'industrie au-dessus de ceux qui défendent les intérêts des consommateurs. Ces positions politiques sont aussi les mêmes que Bell, TELUS et d'autres représentants avaient fait valoir, sans succès, en accord avec les positions des entreprises titulaires pendant les audiences décisionnelles du CRTC (CRTC, 2008a, 2008b, 2008c, 2009b).

Lorsqu'en décembre 2009, la procédure du gouverneur en conseil a renvoyé les deux politiques portées en appel au CRTC pour réexamen (C.P. 2009-2007), le processus de prise de décisions, quoique peu transparent, a clairement permis de

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

rendre une décision en faveur des intérêts de Bell et TELUS. Il n'est donc pas surprenant que le résultat de l'appel soit aussi en accord avec les intérêts de la plupart des vingt intervenants qui ont présenté des observations écrites au gouverneur en conseil avant la décision définitive (Industrie Canada, 2015). Il n'est pas non plus surprenant que les intervenants qui ont présenté des observations représentent la grande majorité des entreprises titulaires et autres sociétés, organisations et chambres de commerce appuyant une position de déréglementation (Industrie Canada, 2015).

Après avoir été renvoyés au CRTC pour réexamen, l'« Avis de consultation de télécom CRTC 2009-261 » et, plus tard, la « Politique réglementaire de télécom CRTC 2010-632 » ont réaffirmé la position originale du Conseil établie dans la « Décision de télécom CRTC 2008-117 » et l'« Ordonnance de télécom CRTC 2009-111 ». Plus particulièrement, dans les quatre domaines (a-d) que le gouverneur en conseil a demandé expressément au CRTC de réexaminer, ce dernier a maintenu sa position :

(a) Il estime qu'actuellement, la concurrence dans le domaine des services Internet de détail est principalement attribuable à la prestation de services au moyen d'installations filaires. En général, les autres services Internet de détail, comme ceux qui sont fournis au moyen d'installations sans fil et satellitaires, ne remplacent pas encore ceux qui sont fournis au moyen d'installations filaires. (CRTC, 2010, paragraphe 5).

(b) Pour ce qui est de l'équité de l'exigence relative à une vitesse équivalente entre les ESLT et les câblodistributeurs, le Conseil fait remarquer que les câblodistributeurs sont également assujettis à une exigence relative à une vitesse équivalente en ce qui concerne leurs services d'accès haute vitesse de gros actuels, exigence qui permet aux concurrents de fournir des services Internet de détail. (CRTC, 2010, paragraphe 11).

(c) Le Conseil n'est pas convaincu que les ESLT et les câblodistributeurs devraient fournir de nouveaux services d'accès de gros [...] Il est d'avis qu'aucun élément de preuve ne le convainc qu'il y aurait une diminution importante de la concurrence en l'absence de ces services. (CRTC, 2010, paragraphe 13).

(d) Le Conseil ne voit aucune utilité à définir les installations qui devraient être considérées comme étant « de la prochaine génération ». Il appliquera son cadre de

réglementation relatif aux services essentiels à toute demande réclamant que les ESLT et les câblodistributeurs permettent à leurs concurrents d'utiliser ces installations. (CRTC, 2010, paragraphe 15).

Ces constatations indiquent que la décision du gouverneur en conseil de renvoyer les politiques portées en appel au Conseil pour réexamen a en fin de compte eu une incidence négligeable sur la modification de la position initiale du CRTC concernant les services de gros obligatoires. Ce résultat inchangé a probablement été influencé en grande partie par la plateforme procédurale du CRTC, qui a permis d'entendre les exposés oraux d'une multitude de FSI concurrentiels et de groupes de consommateurs, en plus des entreprises titulaires (CRTC, 2010).

Toutefois, au-delà de la position politique ferme du CRTC dans l'audience de réexamen de 2010, les actions du gouverneur en conseil ont en fait prolongé le débat entourant la fourniture de l'accès de gros obligatoire au Canada, ce qui est important. En décidant de renvoyer les politiques portées en appel au CRTC pour réexamen, les procédures et les forums utilisés par le processus du gouverneur en conseil ont appuyé les demandes en précipitant la publication d'un autre avis de consultation du CRTC et la tenue d'une audience publique pour reconfirmer la position du Conseil sur ces questions (CRTC, 2010). Les retards dans le programme du CRTC causés par le fait que deux de ces règlements aient été portés en appel auprès du gouverneur en conseil, ainsi que le temps et les ressources nécessaires pour faciliter les réexamens qui en ont résulté, ont par conséquent nui davantage à l'avancement du cadre des services de gros à large bande du CRTC ou d'autres initiatives de l'organisme. En d'autres termes, en partie en raison de sa procédure de prise de décisions et sa plateforme de formulation d'observations, la décision d'appel du gouverneur en conseil pour le décret C.P. 2009-2007 a activement

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

entravé les perspectives offertes par les politiques qui auraient pu être établies à une étape antérieure par le CRTC—améliorant possiblement la concurrence dans le marché de l'accès fixe à large bande du Canada.

Conclusions

Le présent document a fourni une analyse du régime canadien d'élaboration des politiques de télécommunications, dans le but d'offrir un aperçu d'un mécanisme fédéral d'appel des politiques qui n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi par les universitaires. En soulignant certaines des différences fondamentales entre la procédure de demande écrite au gouverneur en conseil et les audiences publiques du CRTC, mon objectif était d'illustrer le fait qu'il existe des forces institutionnelles internes au sein du cadre de réglementation des télécommunications du Canada qui sont possiblement appuyées par des valeurs et des priorités qui sont parfois contradictoires. Parallèlement, le document a aussi maintenu que le processus d'appel auprès du gouverneur en conseil a des caractéristiques procédurales qui sont similaires à celles de la FCC aux États-Unis.

En montrant que des points communs sont évidents à l'échelle des cadres de réglementation du Canada et des États-Unis—en particulier en ce qui concerne les procédures administratives et les forums de formulation d'observations utilisés—mon intention a été de remettre en question la position que les deux nations sont caractérisées par des trajectoires strictement divergentes en matière de politiques de télécommunications. Les similitudes administratives qui existent entre le processus d'appel auprès du gouverneur en conseil et les pratiques de réglementation de la FCC donnent une idée du fait que la procédure d'appel auprès du gouverneur en conseil est un processus qui n'a pas été très critique à l'égard des positions des plaignants en ce qui a

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

trait aux politiques de déréglementation, en particulier dans la demande d'appel C.P. 2009-2007. Le fait que les décisions de la FCC sont expressément applaudies dans les demandes discutées dans le présent document—et, de plus, que les résultats de ces demandes ont mené à une décision d'appel favorable aux plaignants qui ont établi des positions recyclées débattues devant la FCC—donne aussi à penser que les deux voies réglementaires partagent une même logique procédurale et de prise de décisions.

Comme le gouverneur en conseil est maintenant aux prises avec une demande similaire portant en appel la décision du CRTC de rendre obligatoires les services à large bande de gros dégroupés, qui, si elle n'est pas modifiée, permettra aux FSI concurrents de louer et revendre l'utilisation des infrastructures d'accès par fibre jusqu'aux locaux de l'abonné (FTTP) des entreprises titulaires (CRTC, 2015), les procédures administratives du mécanisme d'appel fédéral et la plateforme de formulation d'observations sont de nouveau mis à l'épreuve. Jusqu'à maintenant, la demande présentée par Bell peut donner à penser que l'entreprise adopte encore une fois une approche qui convient mieux aux parties titulaires pour convaincre la FCC d'adopter une position politique favorisant la tolérance des obligations liées à l'accès de gros obligatoire plutôt qu'une infrastructure d'accès par FTTP—au lieu de celle présentée avant le mécanisme d'appel fédéral du Canada. Cela est problématique, d'une part, parce que la demande de Bell est apparemment fondée sur l'hypothèse que le cadre canadien d'élaboration des politiques de télécommunications est articulé sur le même fondement de préemption fédérale que le cadre américain. En réalité, ce n'est pas le cas (Cherry, 2015; Walden, 2009). Aux États-Unis, le débat politique doit être repris dans de nombreux forums à divers niveaux de gouvernement. La capacité d'appliquer les politiques canadiennes de

télécommunications relève, en comparaison, presque exclusivement de la compétence fédérale. Par conséquent, la position de la demande de Bell contourne un point de divergence fondamental entre le cadre de réglementation des télécommunications des États-Unis et celui du Canada. Étant donné la plus grande fragmentation du processus d'élaboration des politiques de télécommunications parmi les forums fédéraux et étatiques relativement au niveau important de préemption fédérale au Canada, la déréglementation de la FCC ne signifie pas une absence d'incidence sur les règlements étatiques ou municipaux — en particulier lorsqu'il s'agit du développement de l'infrastructure à large bande.

Comme la demande actuelle de Bell a refusé de tenter de répondre à la question de savoir de quelle façon cette proposition critique d'appel en matière de déréglementation peut avoir une incidence sur l'absence de pouvoirs provinciaux d'élaboration des politiques dans le domaine des télécommunications, il est possible que des discussions publiques ou les observations écrites de la demande permettent de mieux aborder la question. L'éventail de présentations d'observations et, par la suite, la décision concernant la demande d'appel peuvent indiquer si le processus d'appel auprès du gouverneur en conseil s'est amélioré depuis—et si, par conséquent, il est maintenant un facteur de contribution à la divergence entre les cadres américain et canadien—ou si les caractéristiques qui unissaient le gouverneur en conseil et la FCC en 2009 continueront de le faire aujourd'hui. Si cette dernière supposition demeure vraie, il sera temps d'examiner sérieusement comment améliorer la transparence et le niveau d'accès public inhérent dans cette importante procédure administrative fédérale.

Bibliographie

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

- Bell Aliant Communications régionales et Bell Canada. (2009, 11 mars). *Pétition à la gouverneure en conseil pour faire modifier la décision de télécom CRTC 2008-117, Demande de Cybersurf Corp. concernant des exigences relatives à une vitesse équivalente à l'égard de services Internet de gros et l'ordonnance de télécom CRTC 2009-111, Demande de Cybersurf liée à la mise en œuvre de la décision de télécom 2008-117 en ce qui concerne les exigences relatives à une vitesse équivalente*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-Bell-Petition-fra.pdf/\\$FILE/crtc-2008-117-Bell-Petition-fra.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-Bell-Petition-fra.pdf/$FILE/crtc-2008-117-Bell-Petition-fra.pdf)
- Bell Canada. (2015, 20 octobre). *Pétition au gouverneur en conseil pour faire modifier la Politique réglementaire de télécom CRTC 2015-326, Examen du cadre des services filaires de gros et des politiques connexes*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Petition-FR.pdf/\\$FILE/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Petition-FR.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Petition-FR.pdf/$FILE/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Petition-FR.pdf)
- Bureau de la concurrence Canada (BCC). (2015, 5 novembre). Notre organisme : Qu'est-ce que le Bureau de la concurrence? Consulté le 9 décembre 2015 sur le site Web du BCC : http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/h_00125.html
- Bureau du Conseil privé. (2010, 12 septembre). *Guide du processus de nominations par décret*. Consulté le 21 novembre 2015 sur le site Web du gouvernement du Canada : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=secretariats&sub=oic-ddc&doc=procedure-processus-fra.htm>
- Cave, M. (2006). Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment. *Telecommunications Policy*, 6(3-4), 223-237.
- Cherry, B. A. (2012a). Challenges of institutional governance for network infrastructures: Reinstitution and expansion of legal innovations. In G. Faulhaber, G. Madden, & J. Petchy (Eds.), *Regulation and the economic performance of communication and information networks* (pp. 1-38). Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Cherry, B. A. (2015). Technology transitions within telecommunications networks: Lessons from U.S. vs. Canadian policy experimentation under federalism. *Telecommunications Policy*, 39, 463-485.
- Cherry, B. A. (2012b). The obligation to serve for telecommunications services: Divergent policy paths in Canada and the US, 19th ITS Biennial Conference 2012, Bangkok, Thailand
- Cisco Networking Academy. (2013). *Introduction to networks: companion guide*. Indianapolis: Cisco Press.
- Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester*

- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (1997).
Décision de télécom (CRTC 1997-8).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2006).
Décision de télécom (CRTC 2006-77).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2007a).
Ordonnance de télécom (CRTC 2007-21).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2007b).
Ordonnance de télécom (CRTC 2007-22).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2007c).
Ordonnance de télécom (CRTC 2007-23).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2007d).
Ordonnance de télécom (CRTC 2007-24).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2007e).
Ordonnance de télécom (CRTC 2007-25).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2007f).
Décision de télécom (CRTC 2007-77).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2008a).
Décision de télécom (CRTC 2008-17).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2008b).
Décision de télécom (CRTC 2008-116).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2008c).
Décision de télécom (CRTC 2008-117).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2009a).
Rapport de surveillance des communications. CRTC, Ottawa.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2009b).
Ordonnance de télécom (CRTC 2009-111).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2009c).
Politique réglementaire de télécom (CRTC 2009-657).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2010).
Politique réglementaire de télécom (CRTC 2010-632).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2011a).
Décision de télécom (CRTC 2011-44).
- Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester*

- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2011b).
Politique réglementaire de télécom (CRTC 2011-291).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2012a).
Décision de télécom (CRTC 2012-141).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2012b).
Politique réglementaire de télécom (CRTC 2012-359).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2013a). Avis de
consultation de télécom (CRTC 2013-551).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2013b, 2
décembre). *Organigramme du CRTC*. Consulté le 22 septembre 2015 sur le site
Web du CRTC : <http://www.crtc.gc.ca/fra/acrtc/org1.htm>
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2014, 2
septembre). *À propos de nous*. Consulté le 22 septembre 2015 sur le site Web
du CRTC : <http://www.crtc.gc.ca/fra/acrtc/acrtc.htm>
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. (2015).
Politique réglementaire de télécom (CRTC 2015-326).
- Conseil privé du Canada (C.P.). (2009, 10 décembre). *C.P. 2009-2007*. Consulté
le 21 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada :
[https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-pc2009-2007.pdf/\\$FILE/crtc-2008-117-pc2009-2007.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-pc2009-2007.pdf/$FILE/crtc-2008-117-pc2009-2007.pdf)
- Cybersurf Corp. (2009, May 4). *In the Matter of Petitions to the Governor in Council and
Telus Communications Company and Bell Canada and Bell Aliant Regional
Partnership to Rescind or Vary Telecom Decision CRTC 2008-117 and Telecom
Order 2009-111*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie
Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-
Cybersurf-comments.pdf/\\$FILE/crtc-2008-117-Cybersurf-comments.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-Cybersurf-comments.pdf/$FILE/crtc-2008-117-Cybersurf-comments.pdf)
- Eisenach, J. A. (2015, October). *Broadband Market Performance in Canada:
Implications for Policy*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web
d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-
CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment4.pdf/\\$file/TRP-CRTC-2015-326-
Bell-Canada-Attachment4.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment4.pdf/$file/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment4.pdf)
- Federal Communications Commission (FCC). (2011). *Ex Parte Rules: Part I, Practices
and Procedures (47 C.F.R. §§1.1200-1.1216)*. Consulté le 21 novembre 2015 sur
le site Web de la FCC : <https://www.fcc.gov/encyclopedia/ex-parte-rules-2011>
- Federal Communications Commission (FCC). (2015). *Rulemaking Process at the FCC*.

*Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large
bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester*

- Consulté le 21 novembre 2015 sur le site Web de la FCC :
<https://www.fcc.gov/encyclopedia/rulemaking-process-fcc>
- Gouvernement du Canada. (2012, 1^{er} novembre). *Directive du Cabinet sur la gestion de la réglementation*. Consulté le 12 novembre 2015 sur le site Web du gouvernement du Canada <http://www.tbs-sct.gc.ca/hgw-cgf/priorities-priorites/rtrap-parfa/guides/cdrm-dcgr-fra.asp#chal>
- Gouvernement du Canada. (2014, 17 avril). *Guide du processus d'élaboration des règlements fédéraux*. Consulté le 23 novembre 2015 sur le site Web du gouvernement du Canada : <http://www.tbs-sct.gc.ca/hgw-cgf/priorities-priorites/rtrap-parfa/guides/gfrpg-gperf/gfrpg-gperfpr-fra.asp>
- Gouvernement du Canada. *Loi sur les télécommunications* (L.C. 1993, ch. 38). Consulté le 14 septembre 2015 sur le site Web du gouvernement du Canada (Site Web de la législation [Justice]) : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/t-3.4/>
- Gouvernement du Canada. *Loi sur les textes réglementaires* (L.R.C. 1985, ch. S-22). Consulté le 23 novembre 2015 sur le site Web du gouvernement du Canada (Site Web de la législation [Justice]) : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/S-22/page-1.html>
- Industrie Canada. (2011, 10 mai). *CPCS — Cadre de la politique canadienne du spectre*. Consulté le 22 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : <http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/fra/sf08776.html>
- Industrie Canada. (2015, 20 novembre). *Gestion du spectre et télécommunications – Demandes présentées au gouverneur en conseil*. Consulté le 21 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/fra/h_sf05506.html
- Industrie Canada. (2006, mars). *Groupe d'étude sur le cadre réglementaire des télécommunications – Rapport final*. Consulté le 22 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/tprp-final-report-2006-fra.pdf/\\$FILE/tprp-final-report-2006-fra.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/tprp-final-report-2006-fra.pdf/$FILE/tprp-final-report-2006-fra.pdf)
- Intven, H. (2012). *Canadian Telecommunications Regulatory Handbook*. Toronto: McCarthy Tétrault.
- Masse, M. et P. Beaudry. (2015, mai). *L'état de la concurrence dans l'industrie des télécommunications au Canada – 2015*, L'Institut économique de Montréal. Consulté le 26 octobre 2015 : http://www.iedm.org/files/cahier0215_fr.pdf
- Middleton, C. & van Gorp, A. (2009). How competitive is the Canadian residential market? A study of Canadian internet service providers and their regulatory environment. *37th Research Conference on Communication, Information and Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester*

- Internet Policy (TPRC)* (pp 1-36). Arlington: George Mason University School of Law.
- Ministère de la Justice, Canada (MJ). (2006, 14 décembre). *Décret donnant au CRTC des instructions relativement à la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication*. Consulté le 25 novembre 2015 sur le site Web du gouvernement du Canada (Site Web de la législation [Justice]) : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-2006-355/page-1.html>
- Ministère du Patrimoine canadien (MPC). (2015, 20 août). *Demandes écrites au gouverneur en conseil*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web du gouvernement : <http://www.pch.gc.ca/fra/1289309966968#decrets>
- Renda, A. (2015, September 29). *Regulating Broadband: Lessons from the European Union, and Implications for Canada*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment5.pdf/\\$file/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment5.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment5.pdf/$file/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment5.pdf)
- Shepherd, T., Taylor, G., & Middleton, C. (2014). A tale of two regulators: Telecom policy participation in Canada. *Journal of Information Policy*, 4, 1-22.
- Singer, H. (2015). *The economic impact of the CRTC's decision to unbundle fiber-to-the-premises networks* (Policy Brief: Economists Incorporated). Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment2.pdf/\\$file/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment2.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment2.pdf/$file/TRP-CRTC-2015-326-Bell-Canada-Attachment2.pdf)
- Telus Communications Company (TCC). (2009, March 11). *Petition to the Governor in Council Regarding: Telecom Decision CRTC 2008-117 Cybersurf Corp.'s application related to matching service speed requirements for wholesale Internet services and Telecom Order CRTC 2009-111 Cybersurf's application related to the implementation of Telecom Decision 2008-117 regarding the matching speed requirement*. Consulté le 15 novembre 2015 sur le site Web d'Industrie Canada : [https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-Telus-Petition.pdf/\\$FILE/crtc-2008-117-Telus-Petition.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/crtc-2008-117-Telus-Petition.pdf/$FILE/crtc-2008-117-Telus-Petition.pdf)
- Trogon, H. (2014). Lessons from google fiber: Why coordinated cost reductions to infrastructure access are necessary to achieve universal broadband deployment. *Federal Communications Law Journal*, 66, 103-138.
- van Gorp, A. F., & Middleton, C. (2010). The impact of facilities and service-based competition on internet services provision in the Canadian broadband market. *Telematics and Informatics*, 27(3), 217-230.

Procédure d'appel au gouverneur en conseil : politiques canadiennes sur les services à large bande de gros et mécanismes d'appel pour les contester

Walden, I. (2009). *Telecommunications Law and Regulation*. Oxford: OUP.