

2007s-31

**L'économie du droit
d'auteur et de
l'utilisation équitable**

Marcel Boyer

Série Scientifique
Scientific Series

Décembre 2007

© 2007 *Marcel Boyer*. Tous droits réservés. *All rights reserved*. Reproduction partielle permise avec citation du document source, incluant la notice ©.
Short sections may be quoted without explicit permission, if full credit, including © notice, is given to the source.



Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations

CIRANO

Le CIRANO est un organisme sans but lucratif constitué en vertu de la Loi des compagnies du Québec. Le financement de son infrastructure et de ses activités de recherche provient des cotisations de ses organisations-membres, d'une subvention d'infrastructure du Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, de même que des subventions et mandats obtenus par ses équipes de recherche.

CIRANO is a private non-profit organization incorporated under the Québec Companies Act. Its infrastructure and research activities are funded through fees paid by member organizations, an infrastructure grant from the Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, and grants and research mandates obtained by its research teams.

Les partenaires du CIRANO

Partenaire majeur

Ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation

Partenaires corporatifs

Alcan inc.
Banque de développement du Canada
Banque du Canada
Banque Laurentienne du Canada
Banque Nationale du Canada
Banque Royale du Canada
Banque Scotia
Bell Canada
BMO Groupe financier
Bourse de Montréal
Caisse de dépôt et placement du Québec
DMR Conseil
Fédération des caisses Desjardins du Québec
Gaz de France
Gaz Métro
Hydro-Québec
Industrie Canada
Investissements PSP
Ministère des Finances du Québec
Raymond Chabot Grant Thornton
State Street Global Advisors
Transat A.T.
Ville de Montréal

Partenaires universitaires

École Polytechnique de Montréal
HEC Montréal
McGill University
Université Concordia
Université de Montréal
Université de Sherbrooke
Université du Québec
Université du Québec à Montréal
Université Laval

Le CIRANO collabore avec de nombreux centres et chaires de recherche universitaires dont on peut consulter la liste sur son site web.

Les cahiers de la série scientifique (CS) visent à rendre accessibles des résultats de recherche effectuée au CIRANO afin de susciter échanges et commentaires. Ces cahiers sont écrits dans le style des publications scientifiques. Les idées et les opinions émises sont sous l'unique responsabilité des auteurs et ne représentent pas nécessairement les positions du CIRANO ou de ses partenaires.

This paper presents research carried out at CIRANO and aims at encouraging discussion and comment. The observations and viewpoints expressed are the sole responsibility of the authors. They do not necessarily represent positions of CIRANO or its partners.

ISSN 1198-8177

Partenaire financier

Développement
économique, Innovation
et Exportation

Québec 

L'économie du droit d'auteur et de l'utilisation équitable *

Marcel Boyer[†]

Résumé / Abstract

La *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. 1985, ch. C-42) comporte plusieurs exceptions au droit exclusif des titulaires de droit d'auteur, parmi lesquelles se trouvent les dispositions sur « l'utilisation équitable » qui stipulent que l'utilisation équitable d'une œuvre littéraire ou artistique aux fins d'étude privée, de recherche, de critique et de compte rendu, de communications de nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Notre objectif ici est de caractériser le rôle et la nature de cette exception *du point de vue* de la théorie et de l'analyse économiques contemporaines et à la lumière de la récente décision de la Cour suprême du Canada en la matière (CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339).

Mots clés : droit d'auteur, utilisation équitable, Cour suprême.

The Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42) includes several exceptions to the exclusive right of copyright holders, including the provisions concerning “fair dealing”, which state that fair dealing in respect of a literary or artistic work for the purposes of private study, research, criticism or review, or news reporting does not constitute a violation of copyright. Our objective in this paper is to characterize the role and nature of this exception from the standpoint of contemporary economic theory and analysis and in the light of the recent Supreme Court of Canada on this subject (CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13).

Keywords: *copyright, fair dealing, Supreme Court.*

* La version originale de ce document a été réalisée en août 2006 pour *Access Copyright Elementary and Secondary School Tariff 2005-2009* et présenté devant la Commission du droit d'auteur du Canada en juin 2007. Je tiens à remercier Claude Brunet, David Collier et Louis Gratton (Ogilvy-Renault), Roanie Levy (Access Copyright), Paul Audley (Paul Audley and Associates) et Nicolas Marchetti (CIRANO) pour leur aide et support et leurs commentaires sur une version antérieure de ce document. Je reste par ailleurs seul responsable du contenu et des erreurs qu'il pourrait contenir.

[†] Professeur, Titulaire de la Chaire Bell Canada en économie industrielle, Université de Montréal, Fellow CIRANO, courriel : marcel.boyer@cirano.qc.ca.

1. La *Loi sur le droit d'auteur* (L.R.C. 1985, ch. C-42) comporte plusieurs exceptions au droit exclusif des titulaires de droit d'auteur, parmi lesquelles se trouvent les dispositions sur « l'utilisation équitable » aux articles 29, 29.1 et 29.2. Les articles 29, 29.1 et 29.2 stipulent que l'utilisation équitable d'une œuvre littéraire ou artistique aux fins d'étude privée, de recherche, de critique et de compte rendu, de communications de nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur.

2. L'objectif spécifique de cet article est d'apporter des réponses aux cinq questions suivantes *du point de vue* de la théorie et l'analyse économiques contemporaines.
 - [Q1] Qu'est-ce qui permet de justifier le cas échéant l'existence des dispositions sur l'utilisation équitable dans la *Loi sur le droit d'auteur* ?
 - [Q2] Dans quelle mesure l'absence de marchés efficaces, susceptibles de permettre aux auteurs et aux utilisateurs de réaliser économiquement et librement des échanges en matière de droit d'auteur, pourrait-elle justifier une interprétation permissive de l'utilisation équitable?
 - [Q3] Comment expliquer cette absence de marchés efficaces en matière de droit d'auteur et quels en sont les risques et conséquences sur la création et la dissémination d'œuvres littéraires et artistiques originales ?
 - [Q4] Quelles sont les modalités possibles de création de marchés là où cette création de marchés pourrait contribuer à des gains de productivité, d'efficacité et bien-être significatifs, grâce, entre autres facteurs, à l'abaissement des coûts de transaction et à la réduction des coûts sociaux qu'entraînent la non-existence de marchés ?
 - [Q5] Dans quelle mesure l'utilisation équitable d'œuvres littéraires et artistiques protégées par le droit d'auteur doit-elle dépendre de l'absence d'effets défavorables de cette utilisation sur le marché des œuvres en question ?

Plan et Sommaire

3. Pour bien comprendre la source des difficultés que pose l'analyse économique du droit d'auteur, des limites et exceptions qu'il peut être utile d'y apporter, en particulier en ce qui a trait au concept d'une « utilisation équitable » d'œuvres littéraires et artistiques [ci-après « œuvres »] protégées par le droit d'auteur, et des mécanismes de marché susceptibles d'accroître l'efficacité économique du droit d'auteur, il faut dans un premier temps se pencher sur les conditions d'efficacité (allocation efficace de ressources humaines et matérielles, d'efforts et de talents à la production et à la dissémination) spécifiques au domaine des œuvres. C'est ce que nous ferons dans les deux premières sections.
4. Par la suite, nous nous pencherons dans la section III sur les limites au droit d'auteur, en particulier l'exception particulière que constitue l'« utilisation équitable » d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Nous ferons état de la décision de la Cour suprême dans le dossier CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada. Dans la section IV, nous procéderons à l'analyse économique des raisons qui sont invoquées et qui peuvent justifier une interprétation plus ou moins permissive du concept de l'utilisation équitable.
5. Nous nous pencherons dans la section V sur les conditions d'émergence de marchés ou de mécanismes de marché efficaces, ce qui nous amènera à commenter la pertinence, aux fins d'encadrer la notion d'utilisation équitable, de tenir compte de ses effets sur le marché et donc sur la valeur de l'œuvre.
6. Dans la section VI, nous considérerons la notion de solution de rechange et le rôle qu'un organisme comme Access Copyright peut jouer pour augmenter l'efficacité économique en matière de production et de dissémination des œuvres protégées par le droit d'auteur, en particulier dans le contexte de la reproduction et de la photocopie des œuvres.

7. Nous appuyant rigoureusement sur la théorie et l'analyse économiques, nous allons développer un argumentaire menant aux conclusions suivantes, avec justifications spécifiques à l'appui.

[R1] Il existe des raisons purement économiques justifiant la présence de l'utilisation équitable comme exception aux droits exclusifs des créateurs sur leurs œuvres.

[R2] Il est dans l'intérêt de l'affectation ou l'allocation socialement efficace, maintenant et dans le futur, des ressources à la production et à la dissémination d'œuvres que, dans l'esprit d'une décision récente de la Cour suprême, cette utilisation équitable soit

1. partie intégrante des droits des usagers et ne doit pas être contrecarrée indûment ;
2. définie de manière appropriée, en particulier au niveau de la recherche et de l'étude privée comme buts de l'utilisation, afin
 - a. d'éviter une spoliation non souhaitée du droit d'auteur
 - b. de favoriser l'émergence de mécanismes et de modalités d'échange (institutions de marché) efficaces en matière de droit d'auteur dans le respect des droits des usagers et des créateurs.

C'est dans ce cadre analytique qu'il faut considérer, dans le respect du récent jugement de la Cour suprême, non seulement les solutions de rechange à l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur mais également les solutions de rechange au recours à l'exception relative à l'utilisation équitable.

[R3] Il existe des raisons économiques expliquant l'absence de mécanismes et modalités d'échange efficaces (marchés efficaces) en matière de droit d'auteur, en particulier relativement au droit de reproduction des œuvres ; cette absence de mécanismes et de modalités de marché efficaces peut avoir des conséquences socialement indésirables sur la production et la dissémination d'œuvres originales, d'où l'importance de bien comprendre ces raisons sous-jacentes afin de consacrer les ressources nécessaires à résoudre les problèmes que ces raisons peuvent créer.

[R4] La caractérisation et la mesure des effets de l'utilisation équitable sur l'œuvre, son marché et donc sa valeur, sont certes des éléments pertinents à la détermination d'un encadrement raisonnable de cette exception au droit d'auteur mais la manière

d'en tenir compte doit, pour donner les fruits attendus, s'appuyer sur une définition élargie du concept de « marché » et donc sur une définition élargie du concept de « valeur ». Un marché, au sens de la théorie et de l'analyse économiques, englobe plus que les quantités transigées entre vendeurs et acheteurs actuels. Il englobe aussi

1. les acheteurs potentiels (ceux qui achèteraient ou achèteraient plus à un prix inférieur) et les vendeurs potentiels (ceux qui vendraient ou vendraient plus à un prix supérieur),
2. les acheteurs et vendeurs futurs,
3. les pourvoyeurs d'information, qui évaluent, critiquent ou confirment la qualité des biens et services, les analystes des tendances, les journalistes qui assurent la disponibilité et la véracité des nouvelles, etc.,
4. de manière générale, tous les fournisseurs de services auxiliaires au sein d'un marché ou relatif à un marché,
5. et au premier chef les institutions organisatrices et facilitatrices des transactions, telles celles qui maintiennent les lieux physiques ou virtuels où se font les échanges, qui s'occupent des transactions financières parallèles aux transactions sur les biens et services, qui assurent la fluidité du marché permettant aux acheteurs et vendeurs de s'identifier et de se rencontrer d'une manière ou d'une autre pour négocier et éventuellement transiger, etc.

Il faut privilégier une politique de création de mécanismes et de modalités de marché efficaces au niveau de la reproduction des œuvres, mettant l'accent sur la simplicité et le faible coût des mécanismes et modalités et visant à favoriser tant la production d'œuvres originales de qualité que la dissémination des œuvres, dans le respect des droits des auteurs et des utilisateurs. C'est précisément ici que nous analyserons le rôle et la pertinence des licences proposées par Access Copyright.

I. Introduction : le problème

8. Selon Maurice Allais, prix Nobel de science économique 1988, l'économie a pour objets d'une part l'analyse et la recherche des mécanismes permettant de satisfaire au mieux les besoins pratiquement illimités des humains avec les ressources et les connaissances limitées qui sont les leurs, et d'autre part la définition et la caractérisation des institutions dans le cadre desquelles cet objectif de satisfaire les besoins humains peut être atteint. Pour satisfaire leurs besoins, les individus consomment des biens et services dont la nature et les caractéristiques jouent un rôle prépondérant dans le choix des mécanismes efficaces de production, de distribution et d'utilisation à mettre en œuvre.
9. Les œuvres sont des biens particuliers dont les caractéristiques sont cependant bien connues des économistes. Elles peuvent être qualifiées de biens ou de produits d'information. Contrairement aux produits habituels, tels les produits agricoles ou manufacturiers par exemple, les produits d'information, qu'ils prennent la forme de divertissements, de connaissances juridiques, d'innovations technologiques, de logiciels ou de savoir-faire, ont la caractéristique suivante : une fois l'information produite ou réalisée, elle pourrait être reproduite, distribuée ou disséminée à coût nul. De manière similaire, lorsque le bien d'information a été produit ou réalisé, des copies identiques ou quasi-identiques peuvent être faites à coût nul ou quasi-nul, rivalisant ou concurrençant le produit original sur les marchés.
10. En d'autres termes, produire une œuvre implique des coûts fixes significatifs mais une fois l'œuvre (le premier exemplaire) réalisée, le coût d'en faire une reproduction est quasiment nul : le coût *marginal* de reproduction est proche de zéro.
11. Comment définir le niveau de consommation d'un bien d'information pour assurer le maximum de bien-être pour les citoyens et comment s'assurer que les institutions en place permettront d'atteindre ce niveau de consommation ? La question est complexe. Le niveau de consommation optimal est de manière générale caractérisé comme celui qui est

obtenu lorsque le prix du bien est égal à son coût marginal de production, dans la mesure où la quantité demandée ou consommée à ce prix est telle que la valeur monétaire du surplus total net généré (la valeur totale de la consommation moins le coût total, égal à la somme du coût fixe et du coût variable de la production) est positive. Dans le cas contraire (surplus total net négatif), il vaut mieux ne pas produire le bien en question. Ainsi, le niveau optimal de consommation (production, distribution et dissémination) est soit nul soit égal au niveau obtenu par la tarification au coût marginal. Ce niveau correspond à ce que les économistes appellent un optimum de premier rang.

12. Un marché concurrentiel est généralement le mécanisme privilégié pour déterminer et atteindre un niveau optimal de production et de consommation. Mais dans le cas d'un produit d'information, un prix égal au coût marginal de (re)production ne permettra pas de générer pour le vendeur/producteur des recettes suffisantes pour couvrir l'ensemble des coûts liés à la production et à la dissémination, en particulier les coûts fixes qui eux ne sont pas négligeables.
13. Un marché concurrentiel (prix = coût marginal) ne peut donc pas être directement utilisé pour assurer une allocation optimale des ressources puisque le prix des œuvres devrait par définition être nul ou quasi-nul. Dans ce cas, il est fort probable que trop peu d'individus seraient prêts à embrasser une carrière d'auteur et à consacrer temps et ressources à produire des œuvres originales de qualité.
14. Face à cette problématique, deux courants de pensée se sont développés. Le premier affirme qu'il convient de donner des droits de propriété aux auteurs et de laisser le marché émerger et déterminer un prix d'équilibre (assurant qu'auteurs et consommateurs/utilisateurs sont satisfaits du niveau d'échanges ou de transactions réalisé ; le niveau obtenu est dit individuellement rationnel car aucun agent ne souhaiterait le changer au prix en question) supérieur au coût marginal et permettant de couvrir l'ensemble des coûts de production et de dissémination.

15. L'autre courant de pensée affirme qu'il faut promouvoir la recherche stricte de l'optimum socio-économique et garantir que, le coût de (re)production d'une œuvre étant nul, l'utilisation et la reproduction des œuvres seront gratuites. La rémunération des auteurs doit alors être assurée par différentes formes de subvention publique, le gouvernement s'appropriant, par sa subvention, le droit de diffuser les œuvres gratuitement. Chacune de ces approches pose certains problèmes.

16. Des droits d'auteur trop importants peuvent donner un pouvoir de monopole aux producteurs d'œuvres et nous savons que le monopole n'est que rarement la solution optimale : le prix de chaque copie pourrait être trop élevé et la quantité distribuée trop faible. De plus, chaque œuvre est en définitive le fruit indirect des œuvres précédentes. Comme le veut l'adage (reformulé une fois de plus) : « Le nain, juché sur les épaules du géant, voit bien plus loin que le géant ». Des droits d'auteur trop stricts seraient susceptibles de conduire à un niveau d'utilisation sous-optimal du à une distribution trop restreinte des œuvres.

17. L'utilisation gratuite n'est pas non plus exempte de problèmes. Si le gouvernement devait financer la production d'œuvres, directement par des subventions aux créateurs ou indirectement par la tenue d'un registre de toutes les utilisations, comment pourrait-il déterminer la valeur relative des œuvres produites afin de compenser correctement les auteurs ? Le gouvernement pourrait vouloir contrôler ses déboursés, les diminuer, ou encore les arrimer à des facteurs arbitraires, au détriment des auteurs et des utilisateurs.

18. On retrouve ici encore les limites exposées plus haut d'un marché concurrentiel pour un bien d'information. Quel auteur serait prêt à investir temps et ressources dans la production d'un bien de qualité dont le prix serait arrimé au bon vouloir de l'appareil gouvernemental ? L'utilisation (la distribution) gratuite est susceptible de conduire à la même situation que des droits d'auteur trop stricts: une accumulation réduite et trop faible des connaissances et des idées mais cette fois par sous-production d'œuvres de qualité plutôt que par la sous-diffusion des œuvres.

19. Entre ces deux situations extrêmes que représentent un certain pouvoir de marché des auteurs, dû à des droits d'auteur rigoureux, et la libre utilisation/reproduction des œuvres, due à des droits d'auteur trop laxistes, quelle est la position à adopter ?
20. L'utilisation équitable est au cœur de cette question. Ce concept permet dans certains cas spécifiques de « violer » les droits d'auteurs sans risque d'être poursuivi : une forme de confiscation du droit de propriété (intellectuelle) d'un individu afin d'améliorer le bien-être de la communauté. Vu sous l'angle de la confiscation, on entrevoit les risques liés à un usage inapproprié de cet outil. Mais quelle est alors la juste place de l'utilisation équitable ? A quel moment passe-t-on d'une utilisation équitable créatrice de richesse à une utilisation abusive destructrice de richesse ?
21. C'est du côté de l'analyse économique que les réponses à ces questions doivent être recherchées. Le problème est complexe comme le suggèrent Cooter et Ulen (*Law and Economics*, Harpers Collins Publishers, 1998): "Put succinctly, the dilemma is that without a legal monopoly not enough information will be produced but with the legal monopoly too little information will be used".
22. De toute évidence, les solutions apportées ne pourront être pleinement efficaces ou optimales, au sens d'un optimum de premier rang, soit la solution qui assure le niveau de production et de consommation maximisant le bien-être global des citoyens, tant celui des auteurs/producteurs que celui des consommateurs.
23. Tout l'art consiste alors à trouver une solution qui puisse être pratique et concrétisée à faible coût tout en se rapprochant autant que faire se peut de la solution optimale. On peut se faire une idée de la complexité de cette tâche en observant les efforts considérables que consentent actuellement les ayants-droits sur la musique enregistrée pour identifier de nouveaux modèles d'affaire permettant d'équilibrer les droits des auteurs, compositeurs, interprètes et producteurs, et les droits des consommateurs et utilisateurs dans le cadre de développements technologiques rendant potentiellement disponible à coût marginal quasi nul le répertoire complet des œuvres musicales enregistrées.

24. Avant de caractériser, dans la seconde partie de ce rapport, la solution recherchée résultant de l'analyse économique, il est utile de revoir succinctement les éléments essentiels au dossier, à savoir les documents/travaux et les décisions pertinentes permettant de cerner la complexité du problème, afin de pouvoir démontrer l'intérêt de la solution proposée et d'en convaincre les intervenants. C'est ce à quoi les sections suivantes sont consacrées. Comme nous ne pourrions mettre en œuvre une solution pleinement efficace (de premier rang), il faudra se souvenir que, dès qu'on entre dans le domaine des solutions contraintes, le mieux est l'ennemi du bien : à vouloir sauver la chèvre et le chou, on finit par laisser mourir la chèvre et pourrir le chou !

II. L'affectation de ressources à la production/dissémination des œuvres

A. Les concepts de bien public, de bien privé et de bien privé-public

25. Les notions de bien public et de bien privé sont au cœur de l'analyse économique de l'utilisation efficace et équitable des œuvres. Les biens ou services privés représentent l'écrasante majorité des biens produits et consommés dans nos sociétés. Les biens privés possèdent deux propriétés importantes qui conditionnent leurs échanges, leurs prix et leurs niveaux de production respectifs : l'exclusion et la rivalité.

26. La propriété d'exclusion réfère au fait qu'il est possible d'empêcher un individu de consommer le produit en question s'il refuse de payer le prix demandé. La propriété de rivalité réfère au fait que la consommation d'une unité du bien par un individu la détruit et donc empêche la consommation de cette *même* unité par un autre individu. De plus, les biens privés sont additifs ou divisibles dans le sens où la quantité totale de bien privé consommée est la *somme* des quantités consommées par chaque individu.

27. Pour les biens publics, c'est tout le contraire. Ils sont caractérisés par les propriétés de non-exclusion et de non-rivalité. La propriété de non-exclusion correspond à

l'impossibilité technique ou économique d'exclure un individu et de l'empêcher de consommer le bien ou service en question, même s'il refuse de payer le prix demandé. La propriété de non-rivalité correspond au fait que plusieurs individus peuvent consommer en même temps la *même* unité et dans certains cas la totalité du bien considéré. À l'opposé des biens privés, les biens publics sont non additifs ou indivisibles: chaque individu peut consommer l'ensemble du bien public et le niveau (la quantité totale) du bien public disponible reste identique quelque soit le nombre d'individus le consommant.

28. À titre d'illustration, la défense nationale et l'éclairage des rues sont des biens publics tandis que la nourriture et les vêtements sont des biens privés. En effet, si je mange une tomate, je la détruis et cette *même* tomate ne peut être consommée par quelqu'un d'autre (rivalité). On peut aussi empêcher un individu de consommer une tomate s'il refuse d'en payer le prix demandé (exclusion). Par contre, je peux profiter de la sécurité que procure la défense nationale que je consomme implicitement dans son entier, ce qui n'empêche pas mon voisin de profiter également de cette sécurité que procure la défense nationale qu'il consomme implicitement également dans son entier (non rivalité). Je contribue au financement du niveau, choisi par le gouvernement, de défense nationale par mes impôts. Si mon voisin a le choix de contribuer ou non au financement de la défense nationale et refuse de le faire (supposons qu'il peut refuser que ses impôts servent au financement de la défense nationale), il pourra quand même continuer à bénéficier de la *même* sécurité (en niveau et en qualité) que la mienne car il est impossible pour les autorités de la défense nationale de ne protéger que ceux qui la financent (non exclusion).

29. Au concert, les sièges sont des biens privés mais la performance ou le concert lui-même est un bien public (local). Je peux consommer l'entièreté du concert, tous les instruments et toutes les interprétations, toutes les notes et toutes les voix, sans que cela n'empêche mon voisin de tout consommer ces éléments aussi (le « produit » concert a les propriétés de non rivalité et non exclusion). Par contre, un individu serait mal avisé de chercher à s'asseoir sur le même siège que moi (le « produit » siège a les propriétés de rivalité et d'exclusion). L'expérience du concert est alors composée d'un bien public et d'un bien privé.

30. Quel est le meilleur moyen de déterminer la quantité (le niveau, la qualité) socialement efficace à produire d'un produit, bien ou service ? Quel est le meilleur moyen de déterminer la quantité que chacun devrait consommer ?
31. En ce qui concerne les biens privés, le marché est l'outil le plus performant. Il permet à travers un processus de tâtonnement de déterminer un prix d'équilibre qui satisfait l'ensemble des offreurs et des demandeurs (aucun offreur et aucun demandeur ne veut changer sa quantité offerte ou sa quantité demandée au prix en question). Ce prix d'équilibre fait aussi en sorte que tous les échanges générateurs d'un gain de bien-être (lorsque la valeur du produit dans les mains de l'acheteur est supérieure à sa valeur dans les mains du vendeur) sont effectivement réalisés.
32. Dans le cas des biens publics, aucune entreprise n'est incitée à produire ces biens au bénéfice des citoyens car les propriétés de non-rivalité et de non-exclusion font en sorte que cette entreprise ne saurait se financer et couvrir les coûts de production. Le marché n'est donc pas une solution directement envisageable. Le financement des biens publics est par conséquent normalement assuré par l'impôt (et le pouvoir coercitif qui vient avec le droit de lever des impôts) qui peut constituer un prix implicite, souvent basé non pas sur la valeur marginale retirée par chaque consommateur du bien ou service public en question mais sur la capacité contributive des citoyens. Il convient par ailleurs de signaler que les biens et services publics ne sont pas nécessairement produits par l'État et que l'État peut produire des biens privés. Il peut aussi très bien impartir la production ou l'activité à différentes entreprises tout en assumant leur financement. Il faut par conséquent éviter de confondre biens et services publics au sens de l'organisation politique et biens et services publics au sens de l'analyse économique ; dans le premier cas, on identifie le producteur (public) des biens et services alors que dans le deuxième cas, on identifie la présence ou non de propriétés, telles en particulier les propriétés de non-rivalité et de non-exclusion.

33. Un certain nombre de biens ne vérifient qu'une seule des deux propriétés, soit l'exclusion soit la rivalité. Ils peuvent être considérés comme des biens privés-publics, qu'on désigne parfois sous le vocable de biens collectifs mixtes ou de biens publics non-purs. On distingue alors les biens privés-publics avec propriétés d'exclusion et de non-rivalité, telles les chaînes de télévision câblées, des biens privés-publics avec propriétés de non-exclusion et de rivalité, tels les parcs publics (sujets à congestion).
34. Le marché peut difficilement assurer une allocation optimale des ressources à la production et distribution des biens privés-publics avec propriétés de non-exclusion et de rivalité. Il n'est cependant pas nécessaire de s'attarder sur ce cas dans le présent rapport puisque la non-rivalité est une caractéristique importante des œuvres.
35. Le marché peut par ailleurs être en mesure d'assurer une allocation optimale des ressources à la production et distribution des biens privés-publics avec propriétés d'exclusion et de non-rivalité. En effet, le fait que je bénéficie (à la lecture) de la totalité d'une œuvre n'empêche pas mon voisin de bénéficier de la totalité de la *même* œuvre. Le nombre de lecteurs peut augmenter de beaucoup sans pour autant que la « quantité » de l'œuvre ne change : il y a non-rivalité dans la consommation de l'œuvre elle-même. Mais qu'en est-il de la propriété d'exclusion pour cette même œuvre ? Les œuvres sont-elles en fait des biens publics avec propriétés de non-exclusion et de non-rivalité ou sont-elles des biens privés-publics avec propriétés d'exclusion et de non-rivalité ?
36. Avant de répondre à ces questions, attardons-nous sur les différentes modalités en matière d'exclusion. L'exclusion peut être d'origine technique, légale ou économique. L'exclusion est d'origine technique s'il est possible de délimiter précisément le cercle ou l'ensemble des consommateurs d'un bien ou d'un service (par exemple, les utilisateurs d'une autoroute à péage). Elle est d'origine légale si, partant du principe que l'exclusion technique est impossible, on impose par la loi aux utilisateurs ou consommateurs de s'identifier, sans leur demander nécessairement de payer. Par exemple, en France, les propriétaires de chiens dits « dangereux » sont tenus de s'identifier à la mairie. Enfin, l'exclusion est économique si on peut non seulement identifier les utilisateurs (c'est-à-dire

s'il existe une exclusion technique ou légale) mais aussi leur imposer une tarification qui fixe alors le niveau d'exclusion (la frontière entre utilisateurs et non-utilisateurs). En général, les exclusions techniques ou légales sont suivies d'exclusions économiques permettant de financer directement en totalité ou en partie la production des biens ou services privés-publics consommés.

37. Comme nous allons le voir, les œuvres constituent au départ des biens publics qu'il conviendra de rendre privés-publics pour en assurer et en favoriser l'existence, l'émergence et le développement. La propriété de non-rivalité est un fait évident en matière d'œuvres. Par contre, la propriété de non-exclusion qui existera souvent au départ peut être remise en cause. Dans l'histoire de la copie d'œuvres, la propriété d'exclusion a pratiquement toujours été envisagée et appliquée. Cependant, la forme de cette exclusion a grandement évolué.

38. Dans les temps plus anciens, l'exclusion était d'origine technique. En effet, du fait des contraintes techniques liées à la reproduction d'une œuvre, seules les copies vendues par des copistes et plus tard par des imprimeurs étaient disponibles. Du fait du progrès technique, l'exclusion d'origine technique a peu à peu fait place à une exclusion d'ordre légal sous la forme du droit d'auteur. Notons que l'exclusion économique a pour sa part toujours été appliquée en matière de copie d'œuvres car les copies des œuvres ont été généralement vendues sur le marché : les personnes refusant pour diverses raisons de payer le prix demandé pour une œuvre donnée n'avaient d'autre choix que de se passer de l'œuvre en question. L'avènement de la photocopie et de la digitalisation ou numérisation à faible coût a changé la donne.

B. Le rôle de l'information

39. Le problème fondamental de l'affectation efficace ou optimale des ressources (combien de ressources ? quelles ressources ?) à la production et à la dissémination des œuvres, comme pour bien d'autres produits et services, vient du fait que l'information sur les coûts (totaux et marginaux) des producteurs/vendeurs/offreurs et sur les valeurs (totales et

marginales) que les utilisateurs/acheteurs/demandeurs attachent à ou retirent de chacune des œuvres est *imparfaite* et *incomplète*. C'est donc dans cet univers d'information imparfaite et incomplète qu'il nous faut caractériser les institutions les plus susceptibles de mener au bon niveau de production et de dissémination des œuvres.

Information parfaite et complète

40. On définit un univers d'information parfaite comme un univers dans lequel il n'y a aucune incertitude ou aléa, bien que les agents puissent cependant avoir des informations différentes : les coûts peuvent être connus avec certitude mais uniquement par les producteurs, les valeurs peuvent être connues avec certitude mais uniquement par les utilisateurs. On définit par ailleurs un univers d'information complète comme un univers dans lequel tous les agents ont la même information ou la même structure d'information, cette information pouvant cependant être imparfaite donc incertaine.

41. Dans un univers d'information parfaite et complète, où l'on pourrait observer sans erreur le travail et les coûts des auteurs/producteurs et apprécier de manière infaillible la qualité des œuvres produites c'est-à-dire la valeur qu'attachent les utilisateurs aux œuvres produites, ces dernières pourraient être considérées comme des biens publics purs et pourraient (devraient) être financées par l'État.

42. En effet, une fois une œuvre créée, possiblement à grands frais pour les auteurs (ces frais encourus pouvant être considérés comme des coûts (i) fixes, les coûts de création de l'œuvre étant indépendants du nombre de copies ou d'utilisateurs éventuels, et (ii) irrécupérables, les frais encourus ne pouvant être récupérés si jamais on décidait un jour de détruire l'œuvre en question), la reproduction de l'œuvre et sa dissémination peuvent se faire à coûts marginaux faibles voire quasi nuls. Nous serions bel et bien ici dans un cadre où, à toutes fins utiles, il n'y aurait ni rivalité ni intérêt à l'exclusion. C'est à cet univers d'information parfaite et complète que se réfèrent, souvent sans le mentionner explicitement, plusieurs intervenants dans le dossier des droits d'auteur. C'est là une source d'incompréhensions et d'erreurs analytiques malheureusement trop courantes.

43. L'État bienveillant, ayant accès à l'ensemble des informations pertinentes (dans un univers d'information parfaite et complète), pourrait rémunérer directement et correctement les auteurs pour leurs œuvres spécifiques, créées grâce à l'exercice non négligeable de leur talent, de leur jugement et de leur labeur, et pourrait de même distribuer et disséminer les œuvres réalisées à l'ensemble des citoyens utilisateurs. L'État bienveillant

- permettrait ce faisant la dissémination maximale de ces œuvres et idées,
- favoriserait ainsi l'émergence d'une situation que le juge Binnie (dans *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 30-31, tel que cité dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 10) a présenté comme « ... un équilibre entre, d'une part, la promotion dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur ... »,
- et contribuerait par le fait même et comme il se doit au développement optimal des arts et des sciences.

Dans le langage de la théorie économique, cette situation correspond à un optimum de premier rang.

Information imparfaite et incomplète : l'optimum de second rang

44. Nous n'évoluons pas dans un univers d'information parfaite et complète. Chaque agent économique, tant les auteurs que les utilisateurs, dispose d'informations privées (information incomplète ou asymétrique) qu'il peut utiliser et généralement utilise dans le but de poursuivre et d'atteindre en bonne partie ses objectifs propres. De plus, l'information disponible est génériquement imparfaite ou incertaine. Dans ces conditions, l'État, tout bienveillant soit-il ou serait-il, n'est plus en mesure de déterminer la compensation qui permettrait d'inciter les auteurs à produire la combinaison ou le portefeuille « socialement optimal » d'œuvres, tant en quantité qu'en qualité et n'est plus en mesure de distribuer et disséminer les œuvres sur la base des valeurs totales et marginales relatives qu'y attachent les citoyens utilisateurs. Les conséquences de ce

problème d'information peuvent prendre différentes formes mais de toute évidence, la rémunération directe des auteurs par l'État donnerait lieu fort probablement à du favoritisme ainsi qu'à une surproduction d'œuvres de qualité insuffisante.

45. Pour éviter ces pièges dus à l'information imparfaite et incomplète, il faut penser, concevoir et recourir à des mécanismes alternatifs, nécessairement imparfaits et sous-optimaux, mais néanmoins relativement efficaces dans un contexte où les contraintes qu'imposent l'imperfection et l'incomplétude de l'information sont incontournables, faisant en sorte que l'optimum de premier rang ne peut être atteint. On caractérisera alors la solution que les économistes ont nommée un optimum de second rang.

46. Dans la recherche d'une solution *optimale sous contrainte d'information*, on s'imposera naturellement de s'éloigner le moins possible de la solution optimale de premier rang. Ainsi, la perte inévitable et incontournable d'optimalité sera minimale. Dans cet optimum de second rang, les agents concernés, qu'ils soient producteurs/vendeurs/offreurs ou encore utilisateurs/acheteurs/demandeurs, devront être invités et incités à révéler implicitement et de manière crédible la teneur de leur information privée respective sur les coûts et les valeurs. Cette révélation implicite est nécessaire pour que le mécanisme d'affectation des ressources puisse jouer son rôle, en regard des principes de justice et d'équilibre dont la Cour suprême elle-même s'est faite le porte-parole, citant David Vaver (*Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 171): [traduction] « Les droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. » [CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 48]

47. L'asymétrie d'information n'est cependant pas un problème insurmontable. Il convient de sacrifier une des deux propriétés du bien public pour en garantir la production et la dissémination. La solution privilégiée en matière d'œuvres consiste à donner aux auteurs un droit de propriété, donc un droit exclusif ou d'exclusion, sur leurs œuvres. Ainsi, bien que la non-rivalité soit présente, admise comme évidente et incontournable en matière d'œuvres reproductibles à coûts quasi-nuls, la non-exclusion peut être contournée,

contrôlée et mise en veilleuse, du moins en partie, dans le but explicite de favoriser l'émergence d'une affectation de ressources compatible avec la valeur des œuvres réalisées par les auteurs et le besoin d'inciter les bons auteurs à produire les bonnes œuvres : seulement ceux-là et seulement celles-là.

48. L'idée de base, qui peut paraître contre-intuitive si on oublie de se situer dans un cadre d'information imparfaite et incomplète, est la suivante : le droit exclusif [le droit d'auteur] – droit d'exclusion – de reproduire l'œuvre, de l'exécuter ou de la représenter en public, de la transformer ou de l'adapter, de la traduire, de la publier, de la communiquer au public par télécommunication, et d'autoriser ces actions, en garantit en fait une importante diffusion, sinon sa diffusion optimale ou maximale. De bien public dans un univers d'information parfaite et complète (utopique), les œuvres deviennent des biens privés-publics avec propriétés de non-rivalité et d'exclusion, dans l'univers réel d'information imparfaite et incomplète qui est le nôtre.

49. La propriété d'exclusion est rendue possible par la création du droit d'auteur. Dans le court terme (statique), ces droits d'auteurs et le niveau d'exclusion auquel ils conduisent sont générateurs d'inefficacité et de sous-optimalité. En effet, la photocopie d'une œuvre ne la détruit pas et peut se faire à coût quasi nul. Ainsi, une fois l'œuvre réalisée, il serait efficace d'en multiplier les copies afin de la diffuser au maximum. Cependant, cette solution ne pourrait générer et allouer qu'une partie minime des bénéfices des œuvres à leurs auteurs. De ce fait, elle réduirait nécessairement les incitations à la création, menant à terme (dynamique) à une situation de sous-production chronique d'œuvres de qualité au détriment de tous, tant des auteurs/producteurs/offreurs que des utilisateurs/consommateurs/demandeurs.

50. Il convient donc de donner des droits de propriété aux auteurs (le droit d'auteur) et de favoriser la mise en place d'un ensemble de mécanismes et de modalités de marché où les auteurs/producteurs/offreurs et les utilisateurs/consommateurs/demandeurs pourront transiger librement. En effet, les droits d'auteur ont une caractéristique primordiale et essentielle, à savoir celle de pouvoir être transigés, achetés et vendus. Ils permettent par

conséquent la création d'un marché susceptible de « corriger » la nature bien public (pur) des œuvres (dans un univers d'information parfaite et complète), nature qui sans cette correction conduirait à une sous-production d'œuvres de qualité (dans un univers d'information imparfaite et incomplète). Ce pouvoir d'exclusion pourrait et devrait normalement permettre l'émergence d'échanges libres entre les parties. Comme dans tout autre marché concurrentiel, les intérêts des auteurs et des utilisateurs seront susceptibles d'être en équilibre, tant en prix qu'en qualité et quantité.

51. En réalité, l'émergence de marchés efficaces peut être entravée par plusieurs facteurs qui s'avèrent être présents dans le cas du marché des œuvres considéré ici. Nous y reviendrons dans la Section V après avoir revu dans la prochaine section la restriction à l'expression du droit d'auteur que constitue les règles sur l'utilisation équitable, telles que contenues dans la *Loi sur le droit d'auteur* et interprétées par les tribunaux, y compris la Cour suprême, et après avoir procédé à l'analyse économique des fondements de cette restriction.

III. Limites à l'expression du droit d'auteur

A. L'utilisation équitable dans la loi du droit d'auteur

52. La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada protège les travaux des créateurs en garantissant à ces derniers le droit exclusif d'autoriser leur publication, leur exécution ou leur reproduction (section 3(1)). Le droit d'auteur s'applique aux œuvres originales suivantes : œuvres (livres, brochures, poèmes, programmes informatiques), œuvres dramatiques (films, vidéos, pièces de théâtre, scénarii et textes de cinéma), œuvres musicales (compositions qui comportent à la fois des paroles et de la musique ou seulement de la musique), œuvres artistiques (tableaux, dessins, cartes, photographies et sculptures) et enfin les œuvres architecturales. Le droit d'auteur s'applique également aux prestations d'œuvres par un artiste-interprète (article 15), aux enregistrements sonores tels

que disques, cassettes et CD (article 18), et finalement aux signaux de communication en radiodiffusion (article 21).

53. La protection du droit d'auteur est automatique au Canada : dès que l'œuvre originale a été fixée (écrite, enregistrée ou sauvegardée), elle est immédiatement protégée par le droit d'auteur. Les traités internationaux protègent également les droits d'auteurs canadiens dans la plupart des pays étrangers et vice-versa.

54. Au Canada, le droit d'auteur protège la propriété intellectuelle plutôt que la propriété physique : le texte d'un roman ou d'une chanson, plutôt que le livre ou le papier lui-même sur lequel le roman ou la chanson est imprimé. La protection du droit d'auteur expire légalement à un certain moment.

55. La *Loi sur le droit d'auteur* accorde des droits exclusifs au créateur d'une œuvre ou au titulaire du droit d'auteur sur celle-ci, notamment les droits suivants :

- le droit exclusif de reproduire l'œuvre
- le droit exclusif d'exécuter ou de représenter l'œuvre en public
- le droit exclusif de transformer ou d'adapter l'œuvre
- le droit exclusif de la traduire
- le droit exclusif de la publier
- le droit exclusif de faire un support permettant de reproduire l'œuvre
- le droit de la communiquer au public par télécommunication, etc.

La Loi accorde également au créateur ou au titulaire du droit d'auteur le droit d'autoriser les actes ci-dessus.

56. La *Loi sur le droit d'auteur* comporte cependant plusieurs exceptions au droit exclusif des titulaires de droit d'auteur, parmi lesquelles se trouvent les dispositions sur « l'utilisation équitable » aux articles 29, 29.1 et 29.2. Le concept d'utilisation équitable existe sous diverses formes depuis les débuts de la législation canadienne sur le droit d'auteur en 1924.

57. L'article 29 établit que l'utilisation équitable d'une œuvre aux fins i) d'étude privée ou ii) de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. L'article 29.1 établit que, sous certaines circonstances, toute utilisation équitable à des fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur. Afin que cette exception soit applicable, certains éléments spécifiques se rapportant à l'œuvre doivent être mentionnés. Dépendant des circonstances, ces éléments sont les suivants : la source et le nom de l'auteur, de l'artiste-interprète, du producteur ou du radiodiffuseur. Finalement, l'article 29.2 établit que l'utilisation équitable pour les communications de nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur si les mêmes éléments (art. 29.1) sont mentionnés.
58. Dans le cadre de l'utilisation équitable il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement ou l'autorisation du titulaire du droit d'auteur même si le comportement ou l'action de l'utilisateur serait normalement qualifié de violation du droit d'auteur.
59. Le concept d'utilisation équitable souffre d'une absence de définition. Les cours de justice ont la difficile tâche d'interpréter le sens de cette exclusion et de trancher entre différentes perspectives. La procédure suivie dans ces cas est la suivante : d'abord, la cour doit établir qu'une violation du droit d'auteur a été commise ; ensuite, le fardeau de démontrer que l'activité tombe sous le coup de l'exception repose sur le défendeur.
60. Au vu des quelques paragraphes qui précèdent, on comprend bien que tout est une question de degré lorsqu'on parle d'utilisation équitable. Quelle est la place accordée aujourd'hui à cette exception dans la jurisprudence canadienne ? Sommes-nous dans une phase d'interprétation restrictive ou expansive ? Pour répondre à ces questions, nous nous attarderons uniquement sur le contexte de l'important jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 4 mars 2004 dans la cause CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada.

B. La Cour suprême : CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada

61. La décision de la Cour suprême du Canada dans la cause opposant CCH Canadienne Ltée au Barreau du Haut-Canada vient préciser en particulier le concept de l'utilisation équitable.
62. Le litige qui a mené à ce jugement remonte au début des années 1990. Le Barreau du Haut-Canada assurait le fonctionnement de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall, à Toronto. Cette bibliothèque de consultation et de recherche était dotée d'une des plus vastes collections d'ouvrages juridiques au Canada et offrait un service de photocopie sur demande aux membres du Barreau, aux membres de la magistrature, et aux chercheurs autorisés. Dans le cadre de ce service de photocopie, les membres du personnel de la Grande bibliothèque préparaient et remettaient sur place ou transmettaient par la poste ou par télécopieur des copies d'ouvrages juridiques aux personnes autorisées qui en faisaient la demande. Le Barreau mettait aussi des photocopieuses libre-service à la disposition des usagers de la Grande bibliothèque.
63. En 1993, trois éditeurs d'ouvrages juridiques au Canada, à savoir CCH Canadienne Limitée, Thomson Canada Ltée et Canada Law Book Inc. ont intenté des poursuites contre le Barreau du Haut-Canada pour violation du droit d'auteur afin d'obtenir un jugement confirmant l'existence et la propriété du droit d'auteur sur onze œuvres précises qu'ils publiaient : trois décisions judiciaires publiées, les trois sommaires qui les précèdent, l'ouvrage annoté *Martin's Ontario Criminal Practice* 1999, un résumé jurisprudentiel, un index analytique, le manuel *Economic Negligence* (1989) et la monographie « Dental Evidence », figurant au chapitre 13 de l'ouvrage *Forensic Evidence in Canada* (1991). Selon les éditeurs, le Barreau avait violé le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque avait produit une copie de chacune de ces œuvres à l'aide d'un service de photocopie. Le Barreau et la Grande bibliothèque niaient toute responsabilité.
64. La cause a débuté en première instance à l'automne 1998 et une décision a été rendue le 9 novembre 1999. Afin de décider de l'originalité d'une œuvre, il convenait, selon le juge Gibson, d'évaluer le caractère intellectuel et créateur des œuvres des éditeurs. Sur la base

de ce critère, la Cour fédérale conclut que les éditeurs n'avaient un droit d'auteur que sur l'ouvrage *Criminal Practice*, le manuel *Economic Negligence* (1989) et la monographie « Dental Evidence ». De l'avis du juge Gibson, les huit autres œuvres n'étaient pas originales et n'étaient par conséquent pas protégées par le droit d'auteur.

65. La Cour d'appel fédérale entendait, en octobre 2001, les arguments relativement à l'appel et à l'appel incident de la décision de première instance et rendit sa décision le 14 mai 2002. Le Barreau n'a pas contesté les conclusions du juge Gibson concernant les trois œuvres mais a soulevé la question de savoir si la monographie constituait une œuvre au sens de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour d'appel fédérale s'est basée sur le critère d'originalité fondé sur l'effort. Ainsi, l'œuvre qui n'est pas une simple copie d'une autre œuvre est originale. Sur la base de ce critère, le juge Linden a estimé que les onze œuvres faisant l'objet du litige étaient toutes originales et par conséquent protégées par le droit d'auteur.

66. En appel de la cour fédérale, la Cour suprême, par la voix de la juge en chef McLachlin, se pencha sur la notion d'originalité d'une œuvre. La Cour suprême a fait valoir que la *Loi sur le droit d'auteur* affirme que le droit d'auteur, au Canada, existe « sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ». Par ailleurs, la jurisprudence suggère différentes interprétations de l'originalité. Un certain nombre de tribunaux s'appuient sur la notion d'effort et de labeur pour définir la notion d'originalité. Il suffit que l'œuvre ne soit pas une simple copie. Pour d'autres tribunaux une œuvre doit être créatrice pour être originale.

67. Dans le cadre de la cause *CCH c. Barreau du Haut-Canada*, la Cour suprême a décidé que l'interprétation de la notion d'originalité devait se situer entre ces deux positions ou définitions. Ainsi, pour être considérée comme originale, une œuvre doit être plus qu'une copie. Il n'est cependant pas primordial que l'œuvre soit créative. En revanche, il est essentiel qu'il y ait eu exercice par l'auteur de talent et de jugement. L'exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel.

68. La Cour suprême a alors conclu, sur la base de ces arguments et considérations, que l'ensemble des œuvres faisant l'objet du litige étaient bien des œuvres originales et étaient par conséquent protégées par le droit d'auteur.
69. En revanche, la Cour suprême affirma que le Barreau ne violait pas le droit d'auteur lorsque la Grande bibliothèque fournissait une seule copie d'une décision publiée, d'un résumé jurisprudentiel, d'une loi, d'un règlement ou d'une partie restreinte d'un texte provenant d'un traité, conformément à sa politique d'accès. De plus, la Cour suprême conclut que le Barreau n'autorisait pas la violation du droit d'auteur en plaçant une photocopieuse dans la Grande bibliothèque et en affichant un avis où il déclinait toute responsabilité relativement aux copies produites en violation du droit d'auteur. Le service de photocopie constituait une « utilisation équitable » desdits œuvres.
70. L'interprétation de l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui prévoit que l'utilisation d'une œuvre aux fins de recherche ou d'étude privée est équitable et ne viole donc pas le droit d'auteur, est donc au cœur de ce jugement. En examinant le concept d'utilisation équitable, la Cour a fait l'observation générale suivante:
- « Avant d'examiner la portée de l'exception au titre de l'utilisation équitable que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, il importe de clarifier certaines considérations générales relatives aux exceptions à la violation du droit d'auteur. Sur le plan procédural, le défendeur doit prouver que son utilisation de l'œuvre était équitable; cependant, il est peut-être plus juste de considérer cette exception comme une partie intégrante de la *Loi sur le droit d'auteur* plutôt que comme un simple moyen de défense. Un acte visé par l'exception relative à l'utilisation équitable ne viole pas le droit d'auteur. À l'instar des autres exceptions que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, cette exception correspond à un droit des utilisateurs. » [CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 48 ; les extraits de cette décision apparaîtront dans la suite du présent rapport sous la forme : CCH par. NN]

71. Ainsi, la Cour a clairement rehaussé le statut de l'utilisation équitable au rang d'un droit des utilisateurs. La Cour renchérit sur ce droit des utilisateurs en affirmant :

« Pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas l'interpréter restrictivement. Comme le professeur Vaver ... l'a expliqué : "[l]es droits des utilisateurs ne sont pas de simples échappatoires. Les droits du titulaire et ceux de l'utilisateur doivent donc recevoir l'interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait." » [CCH par. 48]

72. En définitive, la Cour a donné une interprétation assez large du terme « utilisation équitable » et a fait appel aux concepts de justice et d'équilibre dans l'interprétation des droits des uns (auteurs) et des autres (utilisateurs). La Cour suprême a par la suite établi certains principes importants :

- la portée de l'utilisation équitable ne doit pas être restrictive ;
- l'exception prévue à l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur* peut toujours être invoquée par un défendeur dans la mesure où il peut prouver que l'œuvre a été utilisée pour des fins de recherche ou d'étude privée ;
- lorsqu'une copie est faite à des fins de recherche, on doit donner au mot « recherche » un sens large pour s'assurer que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints, même lorsque la recherche est effectuée « à des fins lucratives ».

73. La Cour suprême fait par ailleurs remarquer que la *Loi sur le droit d'auteur* ne définit pas explicitement la notion d' « utilisation équitable » et ne précise pas ce qu'il faut entendre par cette notion. Elle affirme qu'il « s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l'espèce » [CCH, par. 52]. Il appartient en définitive au juge des faits de décider si telle utilisation, qu'un utilisateur présente comme équitable en invoquant l'exception créée par l'article 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, correspond dans les faits à une « utilisation équitable ». Ainsi, la Cour suprême affirme d'une part que la possibilité ou le droit d'invoquer l'exception relative à l'utilisation équitable ou de s'en prévaloir doivent être reconnues de manière assez large et permissive mais elle

affirme d'autre part que le recours à cette exception doit néanmoins être encadré. Une utilisation qui en principe pourrait être considérée au départ comme une « utilisation équitable » de par sa finalité pourrait dans les faits ne plus l'être une fois pris en considération le contexte de l'utilisation en question.

74. Pour déterminer si la copie d'une œuvre correspond dans les faits à une utilisation équitable de l'œuvre, la Cour reprend les propos du juge Linden de la Cour d'appel et retient six facteurs ou critères qui « offrent un cadre d'analyse utile pour statuer sur le caractère équitable d'une utilisation dans des affaires ultérieures » [CCH, par. 53]. Nous présentons ci-dessous ces six facteurs ou critères à partir de la décision CCH.

75. Dans la prochaine section, nous dériverons des caractéristiques de la mise en œuvre ou de l'application de certains des facteurs ou critères, mise en œuvre ou application qui peut bénéficier de l'éclairage que fournit la théorie et de l'analyse économiques. Ces caractéristiques apparaissent comme nécessaires pour que les principes d'équilibre et de respect des droits des uns et des autres et les principes d'efficacité, tels que mis de l'avant par la Cour suprême, soient effectivement respectés, réalisés et implantés.

76. Les six facteurs définissant le cadre d'analyse de l'utilisation équitable sont les suivants :

- **le but de l'utilisation** : « Au Canada, l'utilisation ne sera manifestement pas équitable si la fin poursuivie n'est pas de celles que prévoit la *Loi sur le droit d'auteur*, savoir la recherche, l'étude privée, la critique, le compte rendu ou la communication de nouvelles ... [Par ailleurs,] certaines utilisations, même à l'une des fins énumérées, peuvent être plus ou moins équitables que d'autres ... » [CCH par. 54].
- **la nature de l'utilisation** : « Pour déterminer la nature d'une utilisation, le tribunal doit examiner la manière dont l'œuvre a été utilisée. Lorsque de multiples copies sont diffusées largement, l'utilisation tend à être inéquitable. Toutefois, lorsqu'une seule copie est utilisée à une fin légitime en particulier, on peut conclure plus aisément que l'utilisation était équitable. Si la copie de l'œuvre est détruite après avoir été utilisée

comme prévu, cela porte également à croire qu'il s'agissait d'une utilisation équitable. L'on peut également tenir compte de l'usage ou de la pratique dans un secteur d'activité donné pour décider si la nature de l'utilisation est équitable. » [CCH par. 55].

- ***l'ampleur de l'utilisation*** : « Tant l'ampleur de l'utilisation que l'importance de l'œuvre qui aurait fait l'objet d'une reproduction illicite doivent être prises en considération pour décider du caractère équitable. Lorsqu'une infime partie de l'œuvre est utilisée, il n'est pas du tout nécessaire d'entreprendre l'analyse relative au caractère équitable, car le tribunal aura conclu à l'absence de violation du droit d'auteur. » [CCH par. 56].
- ***les solutions de rechange à l'utilisation*** : « L'existence de solutions de rechange à l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur peut avoir une incidence sur le caractère équitable ou inéquitable de l'utilisation. Lorsqu'un équivalent non protégé aurait pu être utilisé à la place de l'œuvre, le tribunal devra en tenir compte. ... [I]l sera également utile de tenter de déterminer si l'utilisation était raisonnablement nécessaire eu égard à la fin poursuivie. » [CCH par. 57].
- ***la nature de l'œuvre*** : « Le tribunal doit également tenir compte de la nature de l'œuvre pour décider du caractère équitable de son utilisation. Bien qu'il ne s'agisse certainement pas d'un facteur décisif, l'utilisation d'une œuvre non publiée sera davantage susceptible d'être équitable du fait que sa reproduction accompagnée d'une indication de la source pourra mener à une diffusion plus large de l'œuvre en question, ce qui est l'un des objectifs du régime de droit d'auteur. Par contre, si l'œuvre en question était confidentielle, la balance pourra pencher en faveur du caractère inéquitable de l'utilisation. » [CCH par. 58].
- ***l'effet de l'utilisation sur l'œuvre*** : « L'effet sur l'œuvre est un autre facteur à prendre en considération pour décider si l'utilisation est équitable. La concurrence que la reproduction est susceptible d'exercer sur le marché de l'œuvre originale peut laisser croire que l'utilisation n'est

pas équitable. Même si l'effet de l'utilisation sur le marché est un facteur important, ce n'est ni le seul ni le plus important. » [CCH par. 59]

77. En ce qui concerne le dernier point, il est utile de rappeler ici que la Cour suprême ajoute le commentaire suivant relativement au cas spécifique de la cause CCH c. Barreau du Haut-Canada (2004):

« Par ailleurs, aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que les copies produites ont fait fléchir le marché des œuvres des éditeurs. Même s'il lui incombe de prouver que l'utilisation était équitable, le Barreau n'avait pas accès aux données sur l'effet de l'utilisation sur ce marché. S'il avait existé une preuve que le service de photocopie du Barreau avait eu une incidence néfaste sur ce marché, il aurait été dans l'intérêt des éditeurs de la présenter au procès. Ils ne l'ont pas fait. » [CCH par. 72].

Et la Cour poursuit avec un commentaire sur une mesure possible de cet effet sur le marché de l'œuvre :

« La seule preuve relative à l'effet sur le marché est que les éditeurs ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert. » [CCH par. 72].

IV. Analyse économique du concept d'une utilisation équitable

78. Les six facteurs mis de l'avant par la Cour suprême pour encadrer l'utilisation équitable des œuvres protégées par le droit d'auteur peuvent bénéficier, dans leur interprétation, de l'éclairage que fournissent la théorie et l'analyse économiques. Notre analyse vise ici à caractériser, du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques, les modalités désirables d'application de ces critères afin qu'ils mènent à un encadrement adéquat de la notion d'utilisation équitable, tel que souhaité par la Cour suprême.

79. L'analyse économique est l'outil qui semble le plus à même de proposer une analyse rigoureuse de ces questions, définitions, commentaires et observations, qui portent (a) sur

les conditions d'une affectation efficace de ressources à la production et à la dissémination des œuvres, (b) sur la notion elle-même de marché, et (c) finalement sur le respect des droits relatifs des individus et des groupes, tant du côté des producteurs/vendeurs/offreurs que du côté des auteurs/acheteurs/demandeurs, présents sur le marché d'un bien tel une œuvre.

80. La Cour suprême affirme que l'utilisation d'une œuvre à des fins autres que celles expressément prévues par la *Loi sur le droit d'auteur*, à savoir la recherche, l'étude privée, la critique, le compte rendu ou la communication de nouvelles, « ne sera manifestement pas équitable » (CCH par. 54). Mais dans la mesure où ces actes ou utilisations d'œuvres protégées par le droit d'auteur ne sont pas définis précisément et dans la mesure où la Cour suprême affirme qu'il ne faut pas interpréter restrictivement l'exception relative à l'utilisation équitable « pour maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires et des utilisateurs », la porte semble ouverte pour une utilisation abusive de cette exception. En effet, les fins de recherche et d'étude privée semblent à première vue pouvoir s'appliquer à un ensemble très large et quasi-exhaustif d'utilisations d'œuvres protégées par le droit d'auteur. D'où la nécessité d'encadrer ce recours à l'exception relative à l'utilisation équitable, au départ relativement permissif, par d'autres facteurs ou critères plus opérationnels et ce, afin de maintenir cet équilibre entre titulaires et utilisateurs. La Cour suprême accorde une grande importance au maintien de cet équilibre. C'est dans cet esprit que nous considérerons ci-dessous chacun des cinq autres critères et ce, à partir du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques.

81. La Cour suprême affirme par ailleurs, eu égard au critère du but de l'utilisation : « certaines utilisations, même à l'une des fins énumérées, peuvent être plus ou moins équitables que d'autres » (CCH par. 54). Outre le cas de « la recherche effectuée à des fins commerciales » mentionné par la Cour suprême, on peut mentionner le cas, tout à fait pertinent dans le cadre de la présente cause devant la Commission du droit d'auteur, de la photocopie d'un manuel scolaire dont le marché est nécessairement limité aux institutions d'enseignement. Dans ce cas précis, on voit mal comment on pourrait permettre

l'utilisation équitable même aux fins de recherche et d'étude privée sans compromettre « l'obtention d'une juste récompense pour le créateur ».

82. La Cour suprême affirme que « [l]orsque de multiples copies sont diffusées largement, l'utilisation tend à être inéquitable » (CCH par. 55). Elle affirme également que « [s]i la copie de l'œuvre est détruite après avoir été utilisée comme prévu, cela porte à croire qu'il s'agissait d'une utilisation équitable ». Ainsi, l'exception relative à l'utilisation équitable devrait être limitée dans le temps (détruite après usage) et dans l'espace (une seule copie ou presque, diffusée de manière restreinte). Cette restriction dans le temps et dans l'espace est certes nécessaire pour permettre au titulaire de pouvoir retirer une « juste récompense » pour son travail de créateur. À défaut de définir ainsi une limite assez précise, dans le temps et dans l'espace, à l'utilisation équitable, on voit difficilement comment un équilibre entre les droits des titulaires et les droits des utilisateurs pourrait être atteint. Dans le cas mentionné ci-dessus de la photocopie d'un manuel scolaire dont le marché est nécessairement limité aux institutions d'enseignement, l'interprétation économique du critère de la nature de l'utilisation ainsi que l'exemple des « notes d'étude » mentionné par la Cour suprême (CCH par. 55) nous amènent à réaffirmer la conclusion du paragraphe précédent : à la lumière du critère de la nature de l'utilisation, on voit mal comment on pourrait permettre l'utilisation équitable dans ce cas sans compromettre « l'obtention d'une juste récompense pour le créateur ».

83. La Cour suprême affirme que l'ampleur de l'utilisation et l'importance de l'œuvre doivent être prises en compte pour déterminer si l'utilisation a été équitable ou non. Ainsi, l'utilisation d'une partie non importante (infime) d'une œuvre n'est pas considérée comme une violation du droit d'auteur. D'un point de vue économique, on peut comprendre cette affirmation par le fait que des droits d'auteurs trop stricts conduiraient inéluctablement, entre autres effets, à augmenter le coût de production d'œuvres nouvelles. En effet, nombre d'œuvres sont inévitablement construites sur la base d'œuvres antérieures. Il est ainsi loin d'être évident qu'un droit d'auteur strict conduise à la promotion, l'avancement et la dissémination de la culture et du savoir, le coût de production de chaque nouvelle œuvre devenant alors possiblement exorbitant. Du point de

vue de la théorie et de l'analyse économiques, on devrait donc considérer que, dans le cas de l'utilisation d'une partie non importante (infime), l'accès à l'œuvre est un bien public. Mais comment doit-on interpréter les expressions « l'importance de l'œuvre » et « une partie infime de l'œuvre » eu égard à la fin poursuivie ?

84. La reproduction d'une œuvre, en entier ou non, peut être importante pour une fin, par exemple la recherche, et ne pas l'être pour une autre fin, par exemple la critique. De même, la reproduction d'une page, d'un chapitre, d'un poème dans un recueil de cent poèmes, peut être considérée comme infime ou non dépendant du contexte et de l'importance de l'extrait au sein de l'œuvre en question. Un recueil publié de cent poèmes peut très bien être reconnu à cause de trois ou quatre poèmes au sein du recueil. La reproduction d'un de ces trois ou quatre poèmes représenterait alors, du point de vue économique, une utilisation importante (non infime) de l'œuvre au plan de la qualité sinon de la quantité. On voit mal comment on pourrait définir concrètement une règle empirique générale pour ce critère de « l'ampleur de l'utilisation ». La seule avenue opérationnelle semble être de s'en remettre à une analyse de cas par cas, nécessairement onéreuse pour toutes les parties.

85. L'existence de solutions de rechange à l'utilisation de l'œuvre, sous le couvert de l'utilisation équitable, devrait selon la Cour suprême réduire la protection que procure l'exception et amener les tribunaux à considérer l'utilisation non autorisée de l'œuvre comme une violation du droit d'auteur. Comment caractériser ces solutions de rechange et déterminer si une solution de rechange existe ou non ? Pour répondre adéquatement à cette question, il faut se pencher sur les raisons qui du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques peuvent justifier l'utilisation équitable comme exception au droit d'auteur. C'est ce que nous ferons ci-dessous.

86. Mais on peut dès maintenant faire remarquer que la Cour suprême ne donne dans CCH que des exemples de rechange à l'utilisation de l'œuvre (« un équivalent non protégé », « solutions de rechange au service de photocopie ») alors qu'il faudrait, du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques, également faire état de solutions de rechange à

« l'utilisation équitable » de l'œuvre. La différence est importante et cruciale. À titre d'exemple, on pourrait considérer l'existence d'un mécanisme, efficace et peu coûteux, permettant à l'utilisateur de s'acquitter des droits d'auteur sans devoir recourir à l'exception relative à l'utilisation équitable comme une solution de rechange non pas à l'utilisation de l'œuvre elle-même mais au recours à l'exception relative à l'utilisation équitable.

87. En effet, tout n'est qu'affaire de coût en matière de substituts ou de solutions de rechange.

Il est évident que l'alternative au service de photocopie, considérée par la Cour suprême (CCH par.70), à savoir exiger que « les usagers effectuent toujours leurs recherches sur place » et soient « contraints d'effectuer la totalité de leurs recherches à la Grande bibliothèque et d'y prendre des notes », serait déraisonnable ou excessif car trop coûteux « compte tenu de l'ampleur de la recherche que requièrent souvent les sujets juridiques complexes ».

88. Abstraction faite des coûts déraisonnables ou excessifs à encourir pour les usagers, l'alternative apparaît, pratiquement, physiquement ou technologiquement, tout à fait réalisable et abordable. Ainsi, l'interprétation économique du critère des solutions de rechange à l'utilisation, tel qu'illustré par la Cour suprême, doit porter et reposer essentiellement sur l'évaluation des coûts relatifs des solutions de rechange considérées et sur l'identification des personnes qui, des usagers ou des titulaires, devraient supporter ces coûts. Les paragraphes de la décision de la Cour suprême relatifs au critère des solutions de rechange nous amènent à penser qu'afin de faciliter le travail des usagers (et réduire les coûts qu'ils devraient encourir dans l'alternative considérée), la Cour accepte que ces derniers se prévalent de l'exception relative à l'utilisation équitable et ce, sans compensation des titulaires des droits d'auteur.

89. La possibilité pour les usagers d'avoir accès aux œuvres tout en acquittant les droits d'auteur pertinents, par exemple en souscrivant directement ou indirectement à une licence offerte sans discrimination à l'ensemble des usagers, est de toute première importance. La Cour suprême affirme à ce sujet : « La possibilité d'obtenir une licence

n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation » (CCH par. 70). Cette affirmation doit être comprise en relation avec une autre affirmation dans le même paragraphe : « Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur. » Ces deux affirmations au sein du même paragraphe sont intimement reliées et doivent être interprétées comme telles.

90. C'est par rapport au pouvoir de monopole potentiel, que pourrait exercer l'auteur d'une œuvre par la mise en marché d'une licence pour l'utilisation de son œuvre, que la Cour suprême affirme que l'existence de cette licence est non pertinente au caractère équitable ou non d'une utilisation. Un auteur pourrait effectivement exercer un certain pouvoir de marché – nous y reviendrons ci-dessous – et contrôler indûment l'utilisation de son œuvre grâce à la mise en marché d'une licence obligatoire pour l'utilisation de son œuvre. On pourrait ainsi contourner l'exception relative à l'utilisation équitable reconnue dans la *Loi sur le droit d'auteur*, ce qui invaliderait à toutes fins utiles le droit des usagers. C'est ce que la Cour suprême entend explicitement contrecarrer en réaffirmant le droit des usagers à l'utilisation équitable et ce, afin de favoriser la dissémination des œuvres.
91. On peut présumer qu'en l'absence de ce pouvoir potentiel de monopole, l'existence d'une licence aurait une fonction bien différente, à savoir celle de permettre simplement et uniquement « une juste récompense du créateur ». Tel est le cas dans la cause actuelle devant la Commission du droit d'auteur. C'est la Commission, non pas tel auteur particulier, qui en définitive fixera le tarif (le prix ou la valeur) des licences englobant une multitude d'œuvres.
92. Dans ce contexte, le pouvoir monopolistique potentiel de l'auteur sur son œuvre est inexistant. Ainsi, du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques, une licence qui permettrait, dans un contexte émulant un marché concurrentiel, tel celui des audiences

de la Commission du droit d'auteur, l'accès à une multitude d'œuvres et ce, sans que les usagers ne subissent le pouvoir monopolistique potentiel des auteurs, peut représenter une solution de rechange non pas à l'utilisation d'une œuvre donnée mais une solution de rechange au besoin de recourir à l'exception relative à l'utilisation équitable, tout en favorisant l'atteinte tant des objectifs visés par cette exception que de l'objectif de réaliser un équilibre entre les droits des usagers et ceux des créateurs.

93. Quant au critère de l'effet de l'utilisation sur le marché des œuvres, la Cour suprême affirme : « La seule preuve relative à l'effet sur le marché est que les éditeurs ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert » (CCH par. 72). De toute évidence, cette observation à elle seule ne pourrait constituer une preuve d'absence d'effet sur le marché des œuvres en question. La question principale reste ouverte : comment doit-on, à la lumière de la théorie et de l'analyse économiques, vérifier si oui ou non l'utilisation présumée équitable a un effet défavorable sur le marché et donc la valeur de l'œuvre concernée ? Pour répondre à cette question, il faut bien comprendre et définir ce qui constitue le marché d'une œuvre, qui est en réalité un actif, et quels sont les fondements de sa valeur.

94. Comme nous l'avons mentionné plus haut, un marché se compose non seulement d'acheteurs et de vendeurs tant actuels que potentiels et tant présents que futurs, mais aussi de fournisseurs de services auxiliaires et connexes, tels par exemple les organisateurs et facilitateurs (*market makers*) ainsi que les responsables (avocats et juges) du design et de l'application des règles et lois relatives aux échanges et contrats entre acheteurs et vendeurs. De toute évidence, l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, son marché et donc sa valeur, ne saurait se restreindre à l'observation que « les éditeurs ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert ». Restreindre l'effet sur l'œuvre à cette observation équivaudrait à affirmer que le fait qu'un grand magasin à rayons continue son activité de grande distribution malgré de nombreux vols à l'étalage dans ses rayons suffirait à affirmer que le vol n'a pas d'effet sur le marché des biens offerts et vendus. Ce n'est de toute évidence pas ce qu'affirme la Cour suprême.

95. Ainsi, par effet de l'utilisation sur l'œuvre, il faut entendre non seulement l'effet direct sur le comportement des acheteurs et le comportement des vendeurs actuels mais aussi l'effet sur l'ensemble des acheteurs et vendeurs potentiels, actuels et futurs, sur l'ensemble des fournisseurs de services auxiliaires, qui veillent à organiser et faciliter le fonctionnement du ou des marchés pertinents (*market makers*, informateurs, publicistes et critiques, informaticiens et spécialistes de la logistique, avocats et juges, banquiers, etc.) et les institutions (contrats, licences, propriété, etc.) qui conditionnent l'existence de marchés efficaces favorisant la rationalité des agents dans un univers d'information imparfaite et incomplète. Le critère de l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, un critère important et généralement reconnu, doit dans son application reposer sur un concept élargi de marché et donc de valeur et ce, pour favoriser une affectation optimale de ressources à la création et à la production d'œuvres originales ainsi qu'à leur dissémination.

96. Afin de compléter la présentation de la perspective économique des facteurs ou critères qui devraient, selon la Cour suprême, encadrer le recours à l'exception relative à l'utilisation équitable, il est nécessaire de se pencher sur les raisons qui du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques peut justifier une telle exception. Cette question réfère ici aux conditions et arrangements institutionnels susceptibles de favoriser l'émergence du *bon* niveau de production d'œuvres de *bonne* qualité au *bon* moment. Dans le langage de la théorie économique, comment et sous quelles conditions l'utilisation équitable contribue-t-elle à la réalisation d'un optimum de second rang, c'est-à-dire à une affectation des ressources à la production et à la dissémination des œuvres qui est la meilleure possible sous les contraintes que nous imposent l'imperfection et l'incomplétude de l'information ?

97. On peut identifier trois justifications économiques principales à une interprétation peu restrictive de l'exception que constitue l'« utilisation équitable »: (i) limiter le pouvoir éventuel de marché dont pourrait disposer les auteurs ou certains auteurs, (ii) favoriser la dissémination des idées portées par les œuvres et enfin, (iii) faire le mieux possible en

l'absence de marchés efficaces (due à d'importants coûts de transactions par exemple ou à l'absence d'institutions appropriées capables de faciliter les échanges).

Limiter le pouvoir de marché des auteurs

98. Concernant le premier argument avancé en faveur d'une interprétation peu restrictive de l'utilisation équitable, il faut considérer la structure du marché en question. Les économistes s'accordent pour affirmer que le marché des œuvres n'est pas un marché de concurrence pure et parfaite. La raison principale est que les biens échangés ne sont pas homogènes mais différenciés. La structure de marché qui doit être analysée correspond dans la plupart des cas à ce que les économistes appellent la « concurrence monopolistique ».

99. La concurrence monopolistique, adaptée au contexte qui est le nôtre, peut être décrite au moyen des quatre caractéristiques suivantes : (i) les auteurs produisent des produits de même nature mais imparfaitement substituables — on parle alors de variétés de biens différenciés ; (ii) chaque auteur produit à coût marginal décroissant une variété dont il peut déterminer les conditions d'utilisation, par exemple choisir le prix ; (iii) le nombre d'auteur est suffisamment élevé pour que chacun d'eux soit négligeable par rapport à l'ensemble ; enfin (iv) il y a libre entrée et sortie sur le marché ou dans l'industrie de sorte que le profit économique anticipé est nul.

100. Considérant ces quatre caractéristiques, on voit bien que la concurrence monopolistique n'est pas un monopole. Le droit d'auteur confère bien un monopole à l'auteur d'une œuvre mais la substituabilité entre les œuvres, tout en n'étant pas parfaite, existe tout de même et de manière importante et contraignante dans la détermination du prix de vente d'une œuvre. Doit-on, sous prétexte que l'iPod d'Apple est une réussite commerciale et qu'il n'y a pas encore de substituts parfaits, faire basculer une partie des brevets qui le protège dans le domaine public avant l'heure ? Le pouvoir de marché des auteurs est en général faible et lorsqu'il est important, c'est que l'œuvre créée est vraiment nouvelle (sans substituts actuels) et de grande valeur (fortement en demande). La rentabilité de

l'œuvre est un incitatif à la création d'œuvres nouvelles et de grande valeur pour concurrencer l'œuvre en question. Réduire ou annuler cette profitabilité réduirait significativement l'incitation à la création au détriment du mieux-être éventuel ou futur de tous.

101. En conclusion, il est difficile voire impossible de conclure au bien-fondé d'une interprétation peu restrictive de l'utilisation équitable si l'objectif poursuivi par cette interprétation est précisément de limiter le pouvoir de marché des auteurs. L'argument qui baserait l'utilisation équitable sur un principe général de présomption du besoin de contrôle du pouvoir de marché des créateurs ne semble pas convaincant, bien qu'il puisse y avoir des situations particulières qui s'y prêteraient.

Favoriser la diffusion des idées et du savoir

102. Le second argument en faveur d'une interprétation peu restrictive de l'utilisation équitable est que cette exception favorise la dissémination des idées et du savoir. Étonnamment, ce même argument est avancé pour justifier à la fois l'existence de la *Loi sur le droit d'auteur* et l'existence des exceptions à l'application de cette même Loi. Du point de vue de l'analyse économique, l'argument avancé est qu'un niveau très élevé de protection des auteurs conduit à ce que les économistes appellent « la tragédie des anti-communs » ou « tragédie du blocage par les biens privatifs ».

103. La tragédie des anti-communs peut-être envisagée comme le phénomène inverse de la « tragédie des communs », concept qui a inspiré depuis au moins quatre décennies, directement ou indirectement, la plupart des grands textes et conventions internationales concernant la gestion des ressources communes de l'humanité, telles que l'eau, la biodiversité, les océans, ou les émissions de gaz carbonique. Cette vision, pessimiste et sans illusions sur la nature humaine, pose le postulat que toute ressource commune, gratuite et à la disposition de l'ensemble de l'humanité, est vouée à disparaître du fait de la surexploitation chronique qui en résultera.

104. L'exemple classique de la tragédie des communs est le village d'éleveurs, où chacun pourrait faire paître ses animaux dans un pré n'appartenant à personne en particulier. L'usage du pré étant gratuit et sans contrainte et l'éleveur tirant son revenu de son bétail, l'intérêt de chaque éleveur sera de conduire ses animaux au pré le plus souvent possible, le plus tôt possible et le plus longtemps possible. Inévitablement, le pré se transforme en champ de boue. Fin de la partie, tout le monde a perdu et le village disparaît.
105. La "tragédie des anti-communs" considère et caractérise une situation inverse de celle de la tragédie des communs décrite dans le paragraphe précédent. Dans cette situation, plusieurs acteurs détiennent un élément essentiel d'une ressource commune donnant lieu à un droit de veto sur l'utilisation de la ressource. Le nombre (élevé) de droits de veto se traduit inévitablement par l'impossibilité d'exploiter la ressource, chacun voulant tirer le maximum de compensation de son droit de veto sur la ressource.
106. Ce problème est en particulier présent dans le domaine des brevets où une fragmentation excessive de droits peut survenir lorsque ceux-ci sont accordés pour des parcelles de savoir, si bien que l'exploitation de l'invention, nécessitant la réunion de nombreuses licences à négocier avec différents agents et à grands coûts de transactions, ne peut être poursuivie.
107. Un parallèle peut être fait entre les brevets et les droits d'auteurs. Prenons l'exemple d'un étudiant qui pour réaliser un travail, une thèse par exemple, voudrait photocopier dans des bibliothèques scolaires ou publiques des parties importantes de plusieurs dizaines d'ouvrages. Si l'étudiant devait contacter chaque auteur pour obtenir son accord et éventuellement négocier avec lui le prix de sa photocopie, il est raisonnable de penser que peu d'étudiants finiraient par compléter leurs travaux et thèses. D'autres exemples viennent naturellement à l'esprit justifiant à première vue l'exception de l'utilisation équitable pour des fins de recherche.
108. En résumé, l'argument avancé est à l'effet que, si des œuvres complémentaires ou quasi-complémentaires sont protégées en trop grand nombre ou de façon trop stricte par des

droits d'auteurs, elles risquent d'être sous-utilisées au point d'aboutir à une « tragédie des anti-communs ». Dans un tel cas, l'identification et l'obtention de toutes les licences nécessaires deviennent (trop) onéreuses en temps et ressources. Si le problème est particulièrement grave, la majeure partie ou la totalité des œuvres ne pourront être exploitées et le rythme de croissance des innovations et de la production d'œuvres originales en souffrira.

109. La complémentarité des œuvres peut être constatée dans de nombreux cas. Dans les écoles primaires et secondaires, on peut très bien considérer les œuvres comme des biens complémentaires ; pour bien former les esprits, il faut que les élèves aient accès à un éventail assez large d'œuvres de différents types, de différentes formes et de différents domaines dont les valeurs sont super-modulaires, la valeur marginale d'une œuvre augmentant avec l'utilisation des autres œuvres. Considérons ce phénomène.

110. L'élargissement de l'exception de l'utilisation équitable est-il le meilleur moyen de lutter contre une éventuelle tragédie des anti-communs ? Autrement dit, en termes économiques, doit-on transformer les biens privés-publics avec propriétés de non-rivalité et d'exclusion, que sont ou pourraient être les œuvres, en biens de type biens publics quasi purs, sous prétexte qu'il existe un risque de sous-exploitation ? Cette transformation serait rendue opérante par la réduction du domaine d'application de la propriété d'exclusion, réduction que permet une interprétation de moins en moins restrictive de l'utilisation équitable ? Les gains éventuels en termes de dissémination ne risquent-ils pas d'être réduits (significativement) par la diminution de l'incitation à produire qu'entraînerait la réduction du domaine d'application de la propriété d'exclusion ? On retrouve ici mais à un autre niveau l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Augmenter ou faciliter simplement la possibilité de recourir à l'exception de l'utilisation équitable pourrait mener à une réduction significative de la production d'œuvres nouvelles, d'où le besoin d'encadrer cette utilisation équitable par des facteurs ou critères tels ceux définis par la Cour suprême.

111. Pour répondre aux questions ci-dessus, il est opportun de considérer ce qui se fait en matière de brevets à ce chapitre. La solution apportée consiste à mettre en place des regroupements de brevets (patent pools), tout en garantissant une exemption en matière d'utilisation expérimentale. Conçu pour contrer autant que possible les effets de la tragédie des anti-communs, les regroupements de brevets constituent un mécanisme qui permet à plusieurs entreprises ou organisations de mettre en commun leurs brevets, nécessaires et suffisants à la mise en œuvre d'une technologie donnée ou dans la production de biens donnés.
112. L'objectif poursuivi par la création du regroupement de brevets est d'offrir sur le marché une licence unique pour l'ensemble des brevets en question. Les entreprises intéressées, dont celles qui ont versé des brevets dans le regroupement mais pas uniquement celles-là, peuvent alors se procurer (acheter) la licence en question pour implanter la technologie concernée et/ou offrir les biens que permet de produire cet ensemble de brevets. De manière générale, le regroupement de brevets est géré par une entreprise, créée par les membres du regroupement et vouée à la promotion de la licence unique auprès d'entreprises tierces. On peut donner à titre d'exemples (Voir Robert P. Merges, *Institutions for Intellectual Property Transactions : The Case for Patent Pools*, Faculty of Law, University of California at Berkeley, 1999) les cas de regroupement de brevets pour la production de machines à coudre (1856), de lits pliants (1916), d'avions (1917) et les différents regroupements pour la production de biens électroniques de consommation aujourd'hui (1997, 1998, 1999).
113. Les regroupements de brevets ont permis dans le passé et permettent aujourd'hui dans bien des cas l'émergence d'industries de grande valeur dans le respect des droits des inventeurs détenteurs des brevets ainsi commercialisés. Nul ne viendrait aujourd'hui mettre en doute le bien-fondé de ces regroupements de brevets, certains étant même facilités ou même facilités par les gouvernements eux-mêmes, soucieux de voir à ce que les inventions et innovations contribuent autant et aussi tôt que possible au mieux-être de leurs citoyens. Tel que le mentionne R.P. Merges, *op. cit. supra* 105:

« It is also worth noting that some pools have been formed only with the help of a “visible hand” to overcome the collective action problem inherent in group bargaining. In several cases where technology useful to the military was not being developed because of a logjam of conflicting property rights, the lurking threat of the eminent domain power contributed to the formation of patent pools. In at least one case, a long-term industry patent pool was formed in the wake of the government’s forced licensing; this pool itself embodied an interesting governance structure built on an industry-wide practice of technology exchange through IPR licensing. The emergence of these pools suggests an interesting avenue for future government policy: encouraging firms to contract around their patents as an alternative to more forceful government intervention, e.g., a compulsory licensing scheme. » (Source: George Bittlingmayer, Property Rights, Progress, and the Aircraft Patent Agreement, 31 *Journal of Law & Economics* 227, 1988).

114. Les licences pour la reproduction et la photocopie d’œuvres protégées par le droit d’auteur, telles les licences offertes par la société *Access Copyright*, peuvent être vues comme tout à fait analogues aux licences offertes par les regroupements de brevets. Les mêmes raisons invoquées pour justifier, du point de vue de l’efficacité économique dans l’affectation de ressources à la création, à l’invention et à l’innovation, ces regroupements et les licences auxquelles ils donnent lieu, créant un certain équilibre entre les droits des détenteurs de brevets et les droits des consommateurs, peuvent être invoquées pour justifier le développement de licences pour la reproduction et la photocopie d’œuvres protégées par le droit d’auteur, entre autres dans les écoles et bibliothèques.

115. Les regroupements de brevets risquent par ailleurs de poser certains problèmes de concurrence. Ces préoccupations portent notamment sur la réduction de la concurrence sur le marché horizontal des participants au regroupement (s’ils sont concurrents), sur le risque de facilitation de collusion sur les marchés en aval, d’exclusion des technologies concurrentes, ou encore de réduction des incitations à l’innovation. Les autorités de la concurrence de divers pays dont l’Union européenne, les Etats-Unis et le Canada, ont défini des critères analogues pour l’analyse des regroupements de brevets. Ces critères

cherchent à déterminer si les technologies ainsi regroupées sont des substituts ou des compléments, mais ils tiennent aussi compte d'autres considérations destinées à filtrer les dispositions susceptibles de réduire la concurrence. Dans le cas des sociétés de gestion de droits d'auteur telle que la société *Access Copyright*, ce dernier problème ne se pose pas dans la mesure où elles soumettent leurs tarifs à l'approbation de la Commission du droit d'auteur du Canada qui, avant de rendre une décision sur les tarifs, entendra les arguments des différentes parties intéressées.

Contre les effets négatifs de la non-existence de marchés efficaces

116. Le troisième argument en faveur de l'utilisation équitable comme exception à la *Loi sur le droit d'auteur* est l'absence de marchés efficaces où pourraient être transigés les droits d'auteur. Considérons un utilisateur désireux (photo)copier une partie d'une œuvre, en violation présumée du droit d'auteur, mais ne disposant d'aucune information sur les modalités et démarches pour s'acquitter du paiement du droit d'auteur. S'il voulait le faire, il lui faudrait par hypothèse y consacrer du temps et des ressources non négligeables pour y parvenir et il lui serait donc pratiquement impossible de le faire à coût raisonnable.

117. Il semble bien que, dans ce cas précis, l'utilisation équitable comme exception à la *Loi sur le droit d'auteur* puisse à première vue être retenue. Si les coûts à encourir pour s'acquitter du paiement du droit d'auteur relatif à une œuvre devaient s'avérer exorbitants, la diffusion souhaitable de l'œuvre pourrait exiger que les usagers puissent se prévaloir de l'exception relative à l'utilisation équitable. D'ailleurs, pour déterminer si la copie d'une œuvre, en tout ou en partie, est équitable ou non, la Cour suprême a retenu entre autres comme critères « l'existence de solutions de rechange » et « l'effet de l'utilisation sur l'œuvre ». On peut en déduire que l'existence de solutions de rechange ou d'un effet significatif de l'utilisation sur l'œuvre devrait militer en faveur du rejet de l'utilisation équitable de l'œuvre en question. Le problème ou le conflit n'a cependant qu'été déplacé : en effet, il faut maintenant s'accorder sur la notion de solutions de rechange et sur la notion d'effet sur l'œuvre, et donc de marché et de valeur de l'œuvre.

118. Notons également que l'absence ou la non-émergence de marchés ou de mécanismes analogues peut être la conséquence même d'une interprétation permissive de l'exception relative à l'utilisation équitable. En effet, sans droit de propriété, le marché ne peut émerger. Ainsi, réduire le domaine d'application de la propriété d'exclusion, suite à une interprétation élargie, permissive et peu restrictive de l'utilisation équitable, pourrait empêcher le marché pertinent d'émerger et de fonctionner de manière efficace, ce qui en retour justifierait une interprétation élargie, permissive et peu restrictive de l'exemption de l'utilisation équitable. D'où l'apparition d'un cercle vicieux, dommageable à la production et à la dissémination d'œuvres originales.

119. Ainsi, la non-existence de marchés efficaces pourraient justifier une interprétation élargie, permissive et peu restrictive de l'utilisation équitable. Afin de mieux cerner les enjeux de l'émergence ou de la non-émergence de marchés efficaces et émettre un jugement sur l'intérêt pour le mieux-être social d'interpréter de façon plus ou moins restrictive l'utilisation équitable, il est nécessaire de se pencher sur les facteurs qui du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques peuvent expliquer cette absence de marchés.

V. L'émergence de « marchés efficaces »

A. Définition

120. De nombreuses définitions sont rattachées à la notion de marché. Au sens économique le marché est le lieu de rencontre de l'offre et de la demande. Au sens commercial étroit, le marché est l'ensemble des consommateurs d'un produit sur un territoire géographique délimité et sur un laps de temps précis; au sens commercial élargi, le marché comprend tout l'environnement d'un produit ou d'une entreprise : fournisseurs, clients, banques, État, réglementations, institutions, technologie, etc.

121. L'offre est la relation entre les quantités d'un certain produit que les vendeurs/producteurs sont disposés à vendre à divers prix. La relation d'offre est à pente positive : la quantité

offerte augmente avec l'accroissement du prix. La relation d'offre, tant sa forme que sa position, est influencée par le comportement de toutes les personnes qui considèrent la production/réalisation d'une œuvre, tant les auteurs/producteurs/vendeurs effectifs que les auteurs/producteurs/vendeurs *potentiels*. Ainsi, la relation d'offre ne se limite pas aux auteurs actuels d'œuvres car elle inclut également les auteurs potentiels, les non-auteurs relatifs (qui ne produisent pas encore mais sont susceptibles de le faire).

122. La demande est la relation entre les quantités d'un certain produit que les acheteurs/utilisateurs sont disposés à acheter à divers prix. La relation de demande est à pente négative : la quantité demandée diminue avec l'accroissement du prix. La relation de demande, tant sa forme que sa position, est influencée par le comportement de toutes les personnes qui considèrent l'acquisition éventuelle d'une œuvre ou d'un produit, tant les consommateurs/utilisateurs/acheteurs effectifs que les *potentiels*. Ainsi, la relation de demande ne se limite pas aux clients actuels de l'auteur ou aux acheteurs actuels d'une œuvre car elle inclut également les clients potentiels, les non acheteurs relatifs (qui n'achètent pas encore mais sont susceptibles de le faire).

123. La théorie économique veut que lorsqu'un bien (œuvre) est vendu sur le marché à un prix pour lequel les consommateurs demandent plus d'unités de biens (œuvres) que les entreprises (auteurs) peuvent ou veulent en offrir ou produire, alors le prix du bien tendra à augmenter. Inversement, le prix tendra à diminuer quand la quantité offerte excède la quantité demandée. Le mécanisme d'ajustement du prix et de la quantité conduit le marché à atteindre un point d'équilibre. Ce point de stabilité est défini comme celui où les pressions sur le prix s'annulent : les producteurs sont prêts à vendre la même quantité de biens que les consommateurs veulent acheter. Et ni les auteurs/producteurs ni les utilisateurs/acheteurs ne veulent changer la quantité globale transigée.

124. À l'équilibre du marché, la valeur marginale pour les utilisateurs d'une œuvre additionnelle est égale au coût marginal que doivent subir les auteurs (ou l'auteur marginal). Le marché peut donc être vu comme un mécanisme qui assure la coordination

entre les différents acteurs au moyen d'un signal : le prix. Ce signal permet que chacun prenne des décisions qui s'avèreront compatibles avec les décisions prises par les autres.

125. En plus des auteurs/producteurs/vendeurs effectifs présentement actifs sur le marché des œuvres, il faut compter les auteurs/producteurs/vendeurs *potentiels* dont les décisions d'entrer en production exigeraient un prix plus élevé que le prix d'équilibre. Certains auteurs/producteurs/vendeurs peuvent être à la fois effectifs et potentiels dans la mesure où un accroissement du prix au-dessus de son niveau actuel les inciterait à produire davantage. Similairement, en plus des consommateurs/utilisateurs/acheteurs effectifs présentement actifs sur le marché des œuvres, il faut compter les consommateurs/utilisateurs/acheteurs *potentiels* dont les décisions de consommer exigeraient un prix moins élevé que le prix d'équilibre. Certains consommateurs/utilisateurs/acheteurs peuvent être à la fois effectifs et potentiels dans la mesure où une réduction du prix au-dessous de son niveau actuel les inciterait à consommer davantage. Les auteurs/producteurs/vendeurs potentiels, tout comme les consommateurs/utilisateurs/acheteurs potentiels ont un impact sur le prix d'équilibre et font partie intégrante du marché même si leurs décisions est présentement de s'abstenir de produire ou de consommer.

126. On parlera de marché efficace lorsque toutes les transactions qui sont souhaitées par les offreurs et les demandeurs sont réalisées. Toutes les transactions ou transferts entre vendeurs et acheteurs générant un surplus ou gain à l'échange sont alors réalisés. La détermination centralisée de ce point d'équilibre ou de convergence représenterait une tâche titanesque, d'où l'intérêt de développer des mécanismes décentralisés, tels les marchés concurrentiels, pour atteindre par tâtonnement l'équilibre recherché.

127. C'est par rapport à ces notions de demande, d'offre, d'équilibre de marché, de marché efficace et d'une perception élargie du concept de marché que nous pouvons mieux qualifier les modalités de la prise en compte des effets de l'utilisation équitable sur une œuvre, et donc sur le marché (élargi) et la valeur de l'œuvre. La constatation de la Cour suprême à l'effet que « La seule preuve relative à l'effet sur le marché est que les éditeurs

ont continué à produire de nouveaux recueils et de nouvelles publications juridiques pendant que le service de photocopie était offert » ne doit pas laisser entendre que le fait que les éditeurs aient poursuivi leurs activités en dépit des activités de la Grande bibliothèque d'Osgoode Hall soit un indicateur que le non respect présumé des droits d'auteur n'ait eu dans ce cas aucun impact sur le marché des œuvres en question.

128. En réalité, non seulement cette interprétation de la constatation de la Cour suprême est un *non sequitur* mais vérifier si l'utilisation des œuvres en question par la Grande bibliothèque a eu un impact sur le marché des œuvres **en ne retenant et en ne vérifiant que cet indicateur particulièrement imparfait**, que constitue l'observation de la poursuite des activités des éditeurs, serait pour le moins inapproprié. Heureusement, la constatation de la Cour suprême n'est pas une affirmation à l'effet qu'il serait suffisant, eu égard à ce critère, de s'en tenir à une telle vérification pour établir si l'utilisation est équitable ou non.

129. En effet, il apparaît évident que les activités des éditeurs se poursuivront tant que la question de leurs droits d'auteur sur les œuvres en question ne sera pas tranchée définitivement. On peut anticiper, sur la simple base d'un calcul de rentabilité, que la réaction pertinente des éditeurs apparaîtra le jour où cette question sera définitivement tranchée. D'ici là, les éditeurs voudront garder leurs options réelles en maintenant leurs activités afin de pouvoir les développer davantage si la décision leur est éventuellement favorable. L'observation du maintien des activités des éditeurs durant les procédures ne signifie aucunement qu'ils les maintiendront, en qualité et en quantité, à leur niveau anticipé, si la décision leur était irrémédiablement défavorable. D'où le *non sequitur*.

130. Un exemple permettra de montrer la non-pertinence de cette simple vérification. Supposons qu'une personne ait volé une montre de marque (griffée), tant les matériaux utilisés, reflétés dans le coût direct de fabrication (disons 100\$) que la propriété intellectuelle, reflétée dans la valeur de conception et de design (disons 1000\$). Supposons qu'on puisse démontrer que la personne en cause n'aurait jamais acheté cette montre car incapable de payer ou non intéressée à payer la valeur de la propriété

intellectuelle incorporée dans la montre. Ainsi, le vol n'aurait littéralement aucun effet sur le marché de la montre en question, la demande et l'offre effectives restant les mêmes et donc aussi le prix d'équilibre. Serait-il alors justifiable de condamner la personne responsable du vol à une peine proportionnelle uniquement à la valeur des matériaux (100\$) ? De toute évidence, non. Restreindre la mesure de l'impact de l'utilisation d'une œuvre à une simple constatation de la poursuite des activités des éditeurs, pour déterminer si cette utilisation est équitable ou non, relèverait de la même erreur analytique. Heureusement, ce n'est pas ce que dit la Cour suprême. La Cour a constaté la poursuite des activités des éditeurs mais n'affirme pas qu'il s'agisse là de l'indicateur à privilégier pour déterminer l'impact de l'utilisation sur le marché de l'œuvre.

131. La caractérisation et la mesure des effets de l'« utilisation équitable » d'une œuvre sur le marché et donc la valeur de l'œuvre doit reposer sur des notions correctes (élargies) de marché et donc de valeur. Ainsi, les effets sur l'ensemble des partenaires dans le marché actuel et potentiel en question, y compris les effets sur les fournisseurs de services auxiliaires et sur les institutions qui permettent d'organiser et de faciliter les transactions afin d'en diminuer le coût, sont éminemment pertinents à l'application du critère formulé par la Cour suprême.

B. Conditions d'émergence

132. Un certain nombre de raisons peuvent expliquer la non-émergence d'un marché efficace. Dans le cas qui nous intéresse ici, trois raisons apparaissent comme jouant un rôle prépondérant : (i) la difficulté de fixer un prix pour les reproductions d'œuvres, (ii) l'importance des coûts de transaction, et (iii) la définition relativement floue des droits de propriété.

La difficulté de fixer un prix

133. Sur un marché concurrentiel, le prix permet aux producteurs et aux consommateurs de faire leurs choix respectifs de production et de consommation. La fixation d'un prix lors

d'un échange peut parfois être longue et complexe mais elle se réalise *in fine* dans l'écrasante majorité des cas. Dans certains cas, les transactions n'ont pas lieu car le prix ne peut être obtenu : ni les offreurs ni les demandeurs n'ont la possibilité de déterminer la valeur du bien ou service qui devrait faire l'objet de l'échange. Du fait de l'absence d'une méthode de détermination de la valeur du bien ou service à échanger, le marché n'existe pas. L'offre et la demande restent alors dans une forme latente, un état de veille.

134. Les biens ou services affectés par des problèmes d'évaluation de leur valeur sont souvent les biens et services complexes ou tributaires d'une incertitude quant à leur valeur. Le marché des options est un des exemples les plus frappants de création d'un marché suite à la définition d'une méthode de calcul de la valeur permettant de déterminer un prix. Une option est un contrat financier accordant un droit auquel son détenteur n'a recours que s'il le souhaite, c'est-à-dire si les conditions favorisent ce recours. On distingue les options d'achat (call option) des options de vente (put option). Une option d'achat est un contrat financier pour lequel l'acheteur de l'option se voit conférer le droit (qu'il choisit d'utiliser ou non) d'acheter au vendeur ou souscripteur de l'option des actifs particuliers (souvent les actions d'une entreprise) à une date donnée (forme européenne) ou bien d'ici une date déterminée (forme américaine), à un prix fixé d'avance, appelé « prix d'exercice de l'option ».

135. Jusqu'au début des années 1970, personne n'était capable de déterminer la valeur de ce type de bien et le marché des options était donc pratiquement inexistant bien qu'il y avait une demande potentielle (un besoin) et une offre potentielle, toutes deux latentes, en état de veille.

136. En 1973, trois économistes mathématiciens, Fischer Black, Myron Scholes et Robert Merton, développent une formule permettant de calculer le prix d'une option : le marché est né. La taille globale du marché des options et autres produits dérivés est passée d'un montant notionnel (une mesure de la quantité transigée) quasi-nul au milieu des années soixante-dix à un montant notionnel de plus de 400 mille milliards de dollars canadiens (C\$ 400 000 000 000 000) en juin 2005. Les gains d'efficacité et les gains de bien-être qui

sont associés à l'émergence d'un tel marché sont incommensurables et n'ont pu être révélés et réalisés que grâce au génie de Black, Scholes et Merton. Ces deux derniers se sont d'ailleurs mérité le prix Nobel en 1997 pour leurs travaux en cette matière (Fisher Black est décédé en 1995).

137. Il ne faut donc pas sous-estimer les efforts parfois importants à consentir pour déterminer la valeur de biens complexes tels les options et autres titres dérivés en général. Lorsque la méthode de détermination de la valeur du bien et donc de son prix est découverte et communément acceptée, le marché peut se développer et générer des bénéfices sociaux considérables.

138. Dans le cas de droits d'auteur, en particulier les droits relatifs à la reproduction et à la photocopie d'œuvres, la difficulté de déterminer le prix auxquels ces transactions (de diverses formes et tailles dans divers contextes) devraient être conclues est un problème complexe qui ne doit pas être sous-estimé. D'où l'importance des travaux cherchant à le déterminer. Tant qu'une méthode appropriée n'aura pas été identifiée et communément acceptée comme logique et raisonnable, la demande et l'offre légales potentielles en matière de droits d'auteur resteront en bonne partie latentes, en état de veille.

Les coûts de transaction

139. Un coût de transaction est un coût lié à un échange économique, plus précisément une transaction sur le marché. Ces coûts peuvent prendre différentes formes. Les coûts de coordination sont des coûts de transaction associés au besoin de déterminer le prix et autres détails de la transaction, de faire en sorte qu'acheteurs et vendeurs se connaissent, sachent se localiser mutuellement et puissent conclure ensemble des transactions.

140. On distingue également deux types de coûts de transaction issus du problème de motivation. Le premier type de coûts est associé au caractère incomplet et asymétrique de l'information, problème fondamental dont nous avons traité plus haut. Cela signifie que les vendeurs et les acheteurs n'ont pas accès à toutes les informations pertinentes pour

déterminer si les termes d'un accord sont acceptables ou non par les deux parties et s'ils sont réellement respectés. Le deuxième type de coûts de transaction relatifs au problème de la motivation résulte de ce que les économistes appellent l'engagement imparfait, c'est-à-dire l'incapacité des parties de s'en tenir de manière crédible à leurs exigences premières et à respecter leurs engagements.

141. Les coûts de transactions dominants dans le domaine de la copie d'œuvres sont principalement des coûts de coordination plutôt que des coûts liés à la motivation.

142. Le concept de coût de transaction permet d'abord d'expliquer pourquoi toutes les transactions ne sont pas des transactions de marché. Les entreprises par exemple peuvent limiter efficacement ces coûts de transaction en imposant la coordination et la coopération entre leurs employés. Au sein des entreprises, la coordination est alors assurée par une structure de décision hiérarchique plutôt que par des marchés.

143. Le concept de coûts de transaction permet également d'expliquer l'absence de certains marchés. Dans certains cas, les coûts de transaction sont tellement considérables que le bénéfice mutuel net engendré par l'échange potentiel devient nul voire négatif. L'échange n'a donc pas lieu et le marché ne peut émerger. Une baisse des coûts de transaction pourrait permettre ultérieurement l'émergence du marché en question. Insistons ici sur le fait qu'un des facteurs les plus importants de la croissance économique phénoménale que le monde a connu depuis le début du XIXe siècle est attribuable au façonnement d'institutions légales, socio-économiques et politiques permettant une baisse très importante des coûts de transaction. Ces développements continuent et conditionnent la croissance actuelle et future.

144. Dans le cas de droits d'auteur, en particulier les droits relatifs à la reproduction et à la photocopie d'œuvres, les coûts de transaction peuvent, comme nous l'avons vu plus haut, facilement devenir exorbitants. Il est donc crucial d'identifier ou d'imaginer des mécanismes qui permettront de réduire de manière significative ces coûts de transaction afin de permettre que tous les échanges générateurs de surplus ou créateurs de valeur

soient effectivement réalisés. Un grand défi, il va sans dire. D'où l'importance des travaux cherchant à réduire ces coûts de transaction même de manière imparfaite. Tant qu'une méthode appropriée capable de régir les transactions (reproduction et photocopie d'œuvres) à faible coût n'aura pas été identifiée et communément acceptée, la demande et l'offre légales potentielles en matière de droits d'auteur resteront en partie latentes, en état de veille, comme en l'absence d'une méthodologie de détermination de la valeur et donc du prix.

Les droits de propriétés

145. L'absence de droits de propriété bien définis peut également être à l'origine de l'absence d'un marché. Les droits de propriété ont ou doivent avoir la caractéristique essentielle de pouvoir être échangés sur un marché. Ces échanges permettent une allocation plus efficace des ressources. Si une personne possède des droits qui peuvent être mieux utilisés par une autre partie, alors un échange profitable aux deux parties doit pouvoir émerger afin de permettre, grâce au transfert de ces droits, de rendre la situation plus efficace. C'est bien l'une des vertus des règles des marchés concurrentiels, telles que définies par Ronald Coase, prix Nobel de science économique 1991, dans sa célèbre proposition: lorsque les coûts de transactions sont faibles, le titulaire final d'un titre de propriété, quelle que soit la situation de départ, sera celui qui peut le valoriser le mieux et le niveau des transactions est alors indépendant de l'allocation au départ du droit de propriété.

146. De plus, l'institution de la propriété, accompagnée d'un strict contrôle des droits et de leur exercice, y compris celui d'exclure, est l'institution la plus courante et la plus efficace pour motiver la création, le maintien et l'amélioration des actifs. Les exemples de la vie courante (état des transports en commun, toilettes publiques,...) et de l'histoire (inefficacité des pays communistes) témoignent de l'efficacité des motivations issues de la propriété privée.

147. Le célèbre économiste péruvien Hernando de Soto dans son ouvrage « Les mystères du capital » soutient que dans les pays sous-développés, contrairement aux pays développés,

le régime de la propriété n'est pas formel, et de ce fait, il rend difficile la participation de la population dans son ensemble à la création de richesses. Le problème n'est pas, selon de Soto, que les démunis ou les exclus manquent de capital, mais que ces pauvres n'ont pas des droits de propriété bien définis sur les biens qu'ils possèdent. En d'autres termes, ils sont en possession d'un « capital mort ». Ils ont des habitations, des terrains, des récoltes, mais pas de droits ou d'actes de propriété. Ils ont des entreprises, mais pas de sociétés.

148. Dans le cas de la production d'œuvres, le droit d'auteur, sous ses différentes formes, a favorisé l'éclosion d'une production littéraire et artistique phénoménale. Encore faut-il que ces droits soient exerçables, exercés et respectés. L'exercice et le respect du droit d'auteur, y compris le droit d'exclure, est un fondement important de nos sociétés qu'il convient de préserver et de protéger. L'émergence de marchés efficaces ou de mécanismes associés alternatifs aux marchés ne peut être assurée que si les droits sont affirmés et respectés.

149. Une interprétation élargie, permissive et peu restrictive de l'utilisation équitable comme exception à la Loi, assimilable à une affirmation faible du droit d'auteur, pourrait empêcher le marché pertinent d'émerger et de fonctionner de manière efficace. Il faut en conséquence souhaiter la poursuite commune et simultanée de l'affirmation forte du droit d'auteur et de la recherche de solutions de rechange au fonctionnement de marchés efficaces qui en la matière sont susceptibles, dans l'état actuel de la technologie et des possibilités d'exclusion, de ne pas émerger suffisamment rapidement. Mais l'objectif ultime doit rester l'émergence de marchés efficaces en matière de droits d'auteur.

VI. L'étude de solutions de rechange et le rôle d'Access Copyright

150. Rappelons les caractéristiques d'un optimum de premier rang dans l'affectation des ressources à la production et à la dissémination des œuvres : le gouvernement rémunère les auteurs directement (possiblement par la levée d'un droit sur toutes les utilisations

d'une œuvre – le montant total perçu pouvant alors être transféré au créateur – ou sur la perception d'un impôt général ou spécifique réparti entre les créateurs) et dissémine les œuvres à leur coût marginal de reproduction. Les problèmes d'information (imparfaite et incomplète) empêchent la réalisation de cet optimum.

151. Rappelons les caractéristiques d'un optimum de second rang dans l'affectation des ressources à la production et à la dissémination des œuvres : pour s'éloigner le moins possible de l'affectation des ressources caractéristique de l'optimum de premier rang, il faut créer des droits de propriété permettant aux auteurs de capturer une partie suffisante de la valeur de leurs œuvres pour vivre de leur art et justifier leurs efforts de création. La possibilité de photocopier les œuvres originales à coût quasi nul permet d'augmenter considérablement le marché des œuvres mais rend les coûts de faire respecter les droits de propriété très élevés voire exorbitants, augmentant d'autant les coûts de transaction. Le marché s'écroule avec des conséquences néfastes à terme sur la création d'œuvres originales de qualité exigeant un labeur et un apport intellectuel (talent et jugement) significatif de la part du créateur. Il faut, pour contrer ces conséquences néfastes, chercher à diminuer les coûts de transactions.

152. Cela nous amène à caractériser ce qu'on pourrait appeler un optimum de troisième rang dans l'affectation des ressources à la production et à la dissémination des œuvres :

- favoriser, par le groupement des droits d'auteur (copyright pools), une réduction importante des coûts des transactions grâce à la simplification des échanges entre créateurs et usagers grâce à la mise en vente d'une licence unique et non discriminatoire pour l'accès à un vaste ensemble d'œuvres ;
- favoriser la recherche d'une façon communément acceptable de déterminer le prix du bien que constitue la reproduction des œuvres ;
- favoriser le design de mécanismes efficaces (peu coûteux) par lesquels utilisateurs et créateurs peuvent transiger librement en respectant les droits des uns et des autres de manière juste et équilibrée, en d'autres termes en émulant le fonctionnement d'un marché libre et concurrentiel.

153. Afin de permettre l'émergence de cet optimum contraint, il faut au premier chef en éviter l'effondrement. Un tel effondrement pourrait résulter du retranchement de l'objet des licences (et donc des revenus des institutions vouées à faciliter les échanges) d'une part importante des œuvres et donc des droits sous couvert d'une interprétation plus permissive que souhaitable de l'exception relative à l'utilisation équitable. Une telle situation aurait possiblement la conséquence non souhaitable que le reste des œuvres ne puissent supporter le coût de la mise en marché efficace des droits qui y sont rattachées et donc leur dissémination maximale.

154. Dans le contexte technologique et institutionnel actuel, l'optimum de troisième rang représente probablement le mieux qu'on puisse réaliser. À ce titre, la Commission du droit d'auteur devrait reconnaître le bien fondé de l'approche poursuivie par *Access Copyright* :

- proposer à la Commission du droit d'auteur une méthode de détermination du prix concurrentiel (protégeant de manière juste et équilibrée les droits des auteurs et des utilisateurs) pour la reproduction d'œuvres originales protégées par le droit d'auteur ;
- proposer des mécanismes efficaces (peu coûteux) de gestion des droits d'auteur favorisant la diffusion et la dissémination maximale des œuvres ;
- favoriser, par le groupement des droits d'auteur (copyright pools), une réduction significative du domaine d'application de la propriété d'exclusion sans devoir élargir de manière potentiellement déraisonnable l'exemption relative à l'utilisation équitable, grâce à la mise en marché d'une licence unique et simple pour l'accès à un vaste ensemble d'œuvres.

CONCLUSION

155. En conclusion, nous pouvons affirmer que nous avons répondu aux cinq questions posées par *Access Copyright* :

[C1] La présence de limites à l'exercice du droit d'auteur, telle l'exception relative à l'utilisation équitable, peut permettre de rapprocher la production et la

dissémination observées des œuvres de leurs niveaux socialement profitables, désirables ou optimales, dans la mesure où les institutions de marché et les mécanismes assimilés, qui pourraient et devraient régir les échanges en matière de droits d'auteur, restent embryonnaires, peu développés et peu efficaces.

[C2] Pour favoriser une affectation (allocation) socialement efficace, maintenant et dans le futur, des ressources à la création, à la production et à la dissémination des œuvres, il est préférable que l'utilisation équitable soit définie, dans l'esprit et le respect de la décision de la Cour suprême dans la cause CCH, de manière à éviter une spoliation non souhaitée des droits d'auteur et à favoriser l'émergence de mécanismes et de modalités efficaces d'échange (institutions de marché) en matière de droit d'auteur dans le respect des droits des usagers et des créateurs. S'il est respectueux de ces enjeux, l'encadrement de l'utilisation équitable favorisera à terme une production et une dissémination plus importante d'œuvres originales. Il incitera également tant les créateurs que les utilisateurs à fournir des efforts communs dans la recherche de mécanismes de transaction efficaces. En l'absence d'un encadrement adéquat de l'utilisation équitable, ces mécanismes ou bien tarderaient à émerger ou bien seraient voués à l'échec faute de ressources suffisantes.

[C3] Il faut être conscients des raisons économiques (difficulté de déterminer le prix auquel les transactions auront ou pourront avoir lieu ; coûts de transaction trop élevés ; droits de propriété mal définis, mal affirmés et mal protégés) expliquant l'absence d'institutions de marché efficaces en matière de droit d'auteur, en particulier relativement au droit de reproduction des œuvres. Cette absence d'institutions de marché efficaces est susceptible d'avoir des conséquences indésirables sur la création, la production et la dissémination des œuvres originales. C'est dans ce cadre que l'application pratique des critères énoncés par la Cour suprême, en particulier le critère des solutions de rechange, prennent tout leur sens. Le critère des solutions de rechange particulièrement pertinent à l'encadrement de l'exception relative à l'utilisation équitable doit, pour atteindre les objectifs définis dans la *Loi sur le droit d'auteur* et réaffirmés par la Cour

suprême, porter tant aux substituts à l'utilisation (entre autres à la photocopie) d'œuvres qu'aux substituts au recours à l'utilisation équitable.

- [C4] La caractérisation et la mesure des effets de l'utilisation équitable sur l'œuvre sont certes des éléments pertinents à la détermination d'un encadrement raisonnable de cette exception mais la manière d'en tenir compte doit, pour donner les fruits attendus, s'appuyer sur une définition élargie du concept de « marché » et donc sur une définition élargie du concept de « valeur ». Ainsi, l'effet de l'utilisation sur le marché de l'œuvre doit inclure l'effet sur les fournisseurs de services auxiliaires et sur les institutions vouées à faciliter les échanges entre autres par la réduction des coûts de transactions. Un effet particulièrement important à prendre en compte dans l'application du critère de l'effet de l'utilisation sur l'œuvre est la disparition potentielle de ces institutions organisatrices et facilitatrices des échanges en matière de droit d'auteur. Cette disparition pourrait résulter du retranchement d'une part importante des œuvres, et donc des droits couverts par les licences d'utilisation, suite à une interprétation trop permissive de l'exception relative à l'utilisation équitable.
- [C5] Pour contrecarrer ces effets néfastes, il faut privilégier, dans l'esprit du jugement de la Cour suprême, une politique de création de mécanismes et d'institutions de marché efficaces, entre autres au niveau de la reproduction des œuvres, mettant l'accent sur la simplicité et le faible coût des mécanismes et visant à favoriser tant la production d'œuvres originales de qualité que la dissémination des œuvres, dans le respect des droits des auteurs et des utilisateurs. C'est dans cette perspective que le rôle et la pertinence des licences (mécanismes de marché imparfaits mais néanmoins efficaces, peu coûteux et incitatifs) proposées par *Access Copyright* aux écoles primaires et secondaires prennent tout leur sens.