

28 novembre 2018

MÉMOIRE

**Comité INDU, Chambre des communes
Révision de la Loi sur le droit d'auteur**



**Marcel Boyer Ph.D., O.C., MSRC
Professeur émérite de sciences économiques, Université de Montréal
Membre associé, Toulouse School of Economics
Fellow, CIRANO et C.D. Howe Institute**

Un débat important fait actuellement rage parmi les universitaires et les praticiens professionnels quant à la définition, la couverture et la caractérisation appropriées des droits de propriété intellectuelle (DPI) de tous types, y compris les droits d'auteur et les brevets. Au cœur de ce débat, on retrouve divers arguments sur les coûts et les avantages de la protection et du respect des DPI. Certains voient les DPI comme réduisant la diffusion des créations et des innovations et, partant, comme obstacles à la création et aux innovations ultérieures, imposant ainsi des coûts plus importants que les avantages. D'autres considèrent que ces coûts sont inférieurs aux avantages générés par les DPI, permettant de rémunérer correctement les créateurs et les innovateurs et de les inciter à investir temps et ressources dans de nouvelles créations et innovations.

Il est évident que les DPI ne doivent pas constituer un obstacle excessif à de nouvelles créations et innovations. Ils doivent être correctement définis et limités dans le temps et dans leur portée. Il est également évident que les créations et les innovations ne tombent pas du ciel, mais résultent d'efforts significatifs et de risques importants consentis et encourus par les créateurs et les innovateurs.

L'équilibre recherché doit fournir des incitations appropriées aux créateurs et aux innovateurs tout en encourageant la diffusion des créations et innovations. Pour y arriver, il faut pouvoir compter sur des évaluations des coûts et avantages et donc de la valeur de marché concurrentiel des DPI,

Les mécanismes de marché et les institutions associées régissant les transactions de DPI, y compris l'utilisation équitable et autres exceptions, les licences obligatoires, ainsi que les organismes et tribunaux administratifs (tels que la Commission du droit d'auteur) ayant pour rôle et mission de défenseur du bien-être social ou de substitut aux marchés, sont essentiels à la réalisation de cet équilibre.

Les industries de la musique et de l'édition (livres, revues, journaux et autres canaux d'information) sont particulièrement importantes dans l'économie numérique. Elles mènent la transition numérique. D'abord, la musique enregistrée et l'édition sont des activités particulièrement sujettes à la numérisation. Ensuite, les nouvelles technologies de vente et de distribution de la musique et des livres sur Internet offrent la possibilité d'une dissémination et d'une personnalisation à grande échelle fort précieuses et à des coûts marginaux relativement faibles. Enfin, ces technologies ouvrent les marchés de la musique et de l'édition à une concurrence accrue en raison de la baisse des coûts d'entrée à l'échelle mondiale des créateurs (auteurs, compositeurs, interprètes, écrivains) de toutes les époques. La révolution numérique intervient à un moment où la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur est à la fois significativement sous-estimée et continuellement érodée par de nouvelles exceptions.

Tarifier le droit d'auteur pour assurer aux créateurs une compensation concurrentielle a toujours été une tâche difficile, étant donné le caractère «bien d'information» de ces œuvres: une fois produites, leur utilisation/consommation ne détruit pas ces biens/actifs, qui restent disponibles maintenant et dans le futur. À cet égard, ces œuvres diffèrent des biens publics habituels, tels la défense ou la sécurité nationale, qui doivent être re-produits à chaque période.

Tarifier le droit d'auteur à l'ère du numérique est encore plus difficile, car les technologies numériques réduisent à «zéro» le coût de reproduire et de disséminer ces œuvres, remettant en cause le délicat équilibre entre les droits respectifs des créateurs et des utilisateurs.

La détermination de la valeur de marché concurrentiel des œuvres protégées est le principal défi auquel nous sommes confrontés. La bonne nouvelle est qu'on peut délier le nœud gordien que représente la réalisation d'un équilibre entre les droits des créateurs à une rémunération juste et équitable donc concurrentielle et les droits des utilisateurs aux bénéfices de la numérisation.

Je me concentrerai pour la suite aux droits d'auteur sur la musique.

La détermination de la valeur de marché concurrentiel du droit d'auteur et la mise en œuvre de cette valeur peuvent et doivent être correctement fondées sur l'analyse économique des allocations efficaces de ressources, de la négociation/médiation efficace et des jeux coopératifs.

Je soutiens dans "The Three-Legged Stool of Music Value: Hertzian Radio, SiriusXM, Spotify (The WP Version v2)", CIRANO 2018s-32, <https://cirano.qc.ca/files/publications/2018s-32.pdf>, que les dispositions actuelles de la Loi sur le droit d'auteur et leur application désavantagent les ayants-droit et la sous-rémunération des créateurs, par rapport à son niveau concurrentiel, est un obstacle important à une économie plus efficace et plus dynamique.

Cette sous-compensation totalise au Canada plusieurs centaines de millions de dollars par an. Dans la seule radio commerciale, elle atteint plus de trois cent millions par an. Je soutiens en

outre que, pour des raisons d'efficacité économique, cet écart ne devrait pas être comblé par les seuls utilisateurs primaires (tels les propriétaires et exploitants de stations de radio) mais par un ensemble plus large de bénéficiaires, y compris des fabricants d'équipements, les fournisseurs de services et de contenus et les autres parties prenantes, ainsi que par le grand public et les gouvernements.

Je soutiens de plus dans “The Economics of Private Copying”, Toulouse School of Economics and Institute of Advanced Study in Toulouse, policy paper #2017-08 (https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/ChaireJLL/PolicyPapers/pp_the_economics_of_private_copying_marcel_boyer_31_august_2017.pdf) que les politiques publiques visant le développement de l'économie numérique et la diffusion maximale des œuvres protégées, y compris l'utilisation équitable, doivent éviter de stigmatiser les créateurs comme la roue grinçante du chariot. Deux exemples peuvent illustrer cette stigmatisation.

En octobre 2012, le gouvernement canadien a adopté un règlement visant à exclure les cartes microSD (utilisé dans les smartphones, les tablettes, les disques durs, etc.) de la définition de «support d'enregistrement audio». Il empêchait ainsi la Commission du droit d'auteur d'imposer une redevance sur ces cartes afin de compenser les ayants-droit pour l'enregistrement de musique sur ces supports et appareils. Le seul argument du gouvernement: «Une telle redevance augmenterait les frais pour les fabricants et les exportateurs de ces cartes, frais qui seraient indirectement transmis aux détaillants et aux consommateurs ... ce qui influencerait de manière négative les activités cybercommerciales et la participation du Canada à l'économie numérique [sic!].” Chaque fois que je mentionne cette réglementation dans mes conférences aux États-Unis, au Canada et en Europe, l'assistance éclate de rire. Ce qui est moins amusant, c'est que ce règlement coûte plus de 40 millions de dollars par an aux ayants-droit. Rappelons ici que ces prélèvements relatifs à la copie privée génèrent plus de 300 millions de dollars par an en France et en Allemagne contre 3 millions au Canada. Ces pays ne semblent pas craindre que de tels prélèvements n'affectent «de manière négative les activités cybercommerciales et leur participation à l'économie numérique», bien au contraire.

L'exception relative à l'éducation dans le cadre de l'utilisation équitable est un deuxième exemple. Plusieurs universités canadiennes (et leurs financiers qui sont les gouvernements provinciaux) se cachent derrière l'utilisation équitable pour refuser de verser des redevances pour la reproduction de matériel protégé, prétendant que ces budgets peuvent être utilisés pour financer des bourses d'études et des activités pour les étudiants et des politiques administratives de défense du droit d'auteur (sic!). Comme si les créateurs étaient responsables de la sous-performance, le cas échéant, de nos universités.

La question n'est pas de savoir si les exceptions au droit d'auteur, y compris l'utilisation équitable, sont souhaitables ou non. Ils peuvent très bien l'être, dans le contexte de ce que de nombreux avocats considèrent comme «un grand contrat social» entre les créateurs et la société.

La vraie question est: qui, outre les créateurs, devrait payer pour un tel contrat, l'utilisation équitable ou de telles politiques publiques?

Le défi le plus important et le plus urgent en matière de droit d'auteur est double: la découverte de la valeur et l'identification des sources de compensation. Quelle est la valeur de marché concurrentiel (compensation) des œuvres protégées compte tenu de leur caractéristique de «bien d'information» et de l'impact des technologies numériques, qui rendent l'émergence de marchés concurrentiels (acheteur et vendeur consentants) presque impossible? Et étant donné ce niveau souhaitable de compensation, qui devrait être appelé à payer la facture?

Pour répondre à ces questions, il faut commencer par sortir des sentiers battus. Voici cinq recommandations.

Tout d'abord, remplacer les heuristiques circulaires habituelles par des inférences directes de la valeur de marché concurrentiel calculée à partir du comportement et des choix des utilisateurs. Ben que difficile, cela peut être fait. Voir M. Boyer (CIRANO 2018s-32, précité).

Deuxièmement, réunir les principaux groupes de bénéficiaires et les rendre responsables solidairement d'assurer la rémunération juste et équitable, donc concurrentielle des créateurs. Parmi ces bénéficiaires: les utilisateurs directs ou primaires, les fournisseurs de services Internet, les fabricants d'équipements, les autres parties prenantes, les consommateurs et les gouvernements. Non seulement cette approche est une extension logique du principe «acheteur et vendeur consentants» mais elle peut être mise en œuvre. Voir M. Boyer, "The Competitive Market Value of Copyright in Music: A Digital Gordian Knot," *Canadian Public Policy*, forthcoming Dec. 2018 (see the working paper version, CIRANO 2018s-30 <https://cirano.gc.ca/files/publications/2018s-30.pdf>)

Troisièmement, ajouter aux principes d'«équilibre» et de «neutralité technologique» de la Cour suprême du Canada (2012), le principe d'«efficacité socio-économique» dans l'allocation optimale des ressources et le principe de «jeu coopératif» (tous les bénéficiaires à la table de compensation).

Quatrièmement, autoriser la Commission du droit d'auteur à imposer des tarifs à une liste étendue de bénéficiaires directs et indirects (chaîne de valeur) afin de mettre en œuvre une compensation concurrentielle des créateurs.

Cinquièmement, obliger la Commission du droit d'auteur à regrouper les audiences liées et à inviter toutes les parties prenantes à y participer. La tenue d'audiences séquentielles de dossiers connexes rend difficile la mise en œuvre de réformes ou d'ajustements importants, car les audiences séquentielles favorisent le statu quo. Par exemple, dans le cas de la radio commerciale, demander à la Commission de regrouper les audiences actuellement séparées impliquant la SOCAN, Re:Sound, la CMRRA-SODRAC (CSI) et d'autres sociétés de gestion, et d'inviter, outre l'ACR, les autres bénéficiaires importants, y compris les gouvernements comme organisations collectives de consommateurs. Ce regroupement des audiences

favoriserait les réévaluations nécessaires des conditions de concurrence équitables dues aux changements technologiques et permettraient d'éviter de «perdre la proie pour l'ombre», un problème majeur du système actuel d'audiences séquentielles.

En résumé, la révision de la Loi sur le droit d'auteur devrait insister sur les principes suivants:

1. Le principe de concurrence équitable et de neutralité technologique. Tous les usages/utilisateurs/technologies d'œuvres protégées (musique et livres) doivent pouvoir se faire concurrence à armes égales. Ceux qui en tirent une valeur similaire [plus élevée] doivent payer des redevances similaires [plus élevées].
2. Le principe de la valeur de marché concurrentiel (mise en équilibre). La rémunération des ayants-droit doit être juste et équitable tant pour les utilisateurs/parties prenantes que pour les ayants-droit, et correspondre ainsi à une généralisation bien définie du principe «acheteur et vendeur consentants».
3. Le principe d'efficacité socio-économique. Étant donné le caractère «biens/actifs d'information» des œuvres protégées et l'impact des «technologies numériques», les utilisateurs devraient, à défaut d'utiliser/consommer toutes les œuvres disponibles, y avoir un accès quasi-maximal.
4. Le principe de séparation. Il n'est ni nécessaire ni optimal que les redevances des utilisateurs primaires soient égales à la rémunération des ayants-droit. C'est l'éléphant dans la pièce. En éducation: il existe une séparation entre ce que paient les utilisateurs (les élèves et leurs parents) et ce que les fournisseurs de services/contenus éducatifs (enseignants, personnel scolaire) reçoivent en compensation. En santé: il y a une séparation entre ce que paient les utilisateurs (patients) et ce que les fournisseurs de services/contenus de soins (médecins, infirmières, personnel de santé) reçoivent en compensation.
5. Le principe d'utilisation équitable équilibré. S'il est jugé souhaitable pour des raisons d'efficacité socio-économique de limiter l'expression du droit d'auteur (décision CCH 2004 de la Cour suprême, Loi sur le droit d'auteur 2012), l'utilisation équitable et les autres exceptions devraient être accompagnées du principe de séparation susmentionné, en précisant qui, outre les ayants-droit, devrait payer pour de tels desiderata.

Par conséquent, le déliement recherché du nœud gordien susmentionné exige la mise sur pied d'un système de contributions et de tarifs imposés à différents stades de la chaîne de valeur entre créateurs et consommateurs finaux, donc aux différents bénéficiaires des œuvres/actifs protégés. Il est urgent de mettre en œuvre un tel programme.