

LE DÉCLIN DE L'EMPRISE AMÉRICAINE?

PREMIÈRE PARTIE

Divergences entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle dans le cinéma*

Par André Dorion**

avec la collaboration de Johanne Daniel

INTRODUCTION

A - DROIT ET POLITIQUES

1 - Le droit de la concurrence en Amérique du Nord

- a) Historique américain
- b) Historique canadien
- c) Notions de base en droit de la concurrence canadien

2 - Le droit de la propriété intellectuelle au Canada

- a) Les brevets d'invention
- b) Les droits d'auteur

3 - Les frictions tectoniques entre le droit de la concurrence et les DPI

- a) Premiers balbutiements
- b) Raffinement de la théorie
- c) Voeux pieux et lignes directrices
- d) L'article 32 de la Loi sur la concurrence
- e) Ventes liées et abus de position dominante

B - DICHOTOMIE: CONCURRENCE ÉCONOMIQUE VS. CONCURRENCE CULTURELLE

1 - Cas d'espèce: l'industrie du cinéma

- a) Les acteurs et leurs pratiques
- b) L'intégration verticale des acteurs économiques dominants
- c) L'hydre des marchés dérivés

2 - L'expérience américaine

- a) L'affaire Paramount
- b) Réactions anti-concurrentielles des Avictimes@
- c) L'héritage de Paramount

3 - L'expérience canadienne

- a) L'affaire Famous Players
- b) L'entrée d'un nouveau joueur: Cinéplex
- c) Contenu canadien

C - SOLUTIONS À CETTE DICHOTOMIE

- 1 - Meilleure coordination DPI/DC: gérer les plaques tectoniques
- 2 - Libre-marché: efficience ou culturaforming?
- 3 - Ouvrir la politique de mise en application à d'autres facteurs

CONCLUSION

INTRODUCTION

Le droit de la concurrence et les droits de la propriété intellectuelle se côtoient, s'opposent et s'harmonisent en droit canadien depuis plus de quatre-vingt-cinq ans. Tour à tour paradigmes de la place occupée par le droit en politique économique, antinomie centrée autour de la notion de monopole ou encore fer-de-lance de l'innovation et de la croissance économique, ces frères parfois ennemis nous fournissent une source inépuisable d'analyse.

Alors que les analystes ont traditionnellement porté presque exclusivement attention aux domaines des brevets d'invention, dans une perspective antitrust, nous proposons une étude alternative qui se situe dans la lignée des nouvelles politiques en matière de concurrence.

Les autorités *antitrust* américaines¹ et canadiennes² ont récemment énoncé des politiques en propriété intellectuelle qui ouvrent la porte à une perspective de mise en application raisonnable qui ne rattache pas de présomption de puissance de marché sur seul fait de détenir ou d'exercer un droit de propriété intellectuelle (surtout le brevet d'invention).

Devant cette problématique, que nous estimons désormais inéluctable, notre article portera sur les pratiques anti-concurrentielles basées sur l'exercice, contractuel ou non, du droit d'auteur dans le domaine du cinéma. L'analyse *antitrust* de ces pratiques nous paraît en effet comme la plus susceptible d'exposer le paradoxe fondamental du droit de la concurrence, en rapport avec l'exercice du droit d'auteur.

Comment en effet concilier les notions de concurrence économique et concurrence culturelle? Ou encore, dans une optique strictement *antitrust*, doit-on limiter l'analyse seulement aux bienfaits fondamentaux de la concurrence sur les biens et services disponibles aux consommateurs? Par ailleurs, si la Loi sur la concurrence porte sur d'autres notions à considérer dans l'application de la

loi, pourquoi, nous demanderons les analystes de propriété intellectuelle, ne pas tenir compte du degré de contrôle culturel, par exemple?

Sans vouloir entrer dans un débat philosophico-juridique sur le véritable rôle du droit de la concurrence par rapport à celui de la propriété intellectuelle, nous croyons humblement que l'étude du cas d'espèce du cinéma contribuera à ce débat qui se perpétue.

À cette fin, nous examinerons d'abord brièvement les origines des deux politiques au Canada, avec un bref coup d'oeil sur les États-Unis. Par la suite, nous proposons un historique des politiques de mise en application du droit de la concurrence dans le secteur du cinéma. Ensuite, nous soumettrons trois approches, avec les paramètres actuels, pour illustrer les types de politique de mise en application propres au droit de la concurrence, et ses dangers et défauts, perçus ou réels, aux yeux de certains.

Dans un deuxième temps, à l'occasion d'un prochain article, nous explorerons l'application de ces observations au domaine du multimédia. Quelles leçons tirées de la difficile coexistence entre le droit de la concurrence et celui de la propriété intellectuelle nous permettent d'aborder une analyse prospective de l'environnement juridique qui attend créateurs et législateurs, concurrents et consommateurs, dans les nouveaux médias?

A - DROIT ET POLITIQUES

1 - Le droit de la concurrence en Amérique du Nord

a) Historique américain

Les Apères fondateurs@ de la Constitution américaine n'avaient pu prédire les excès auxquels se livreraient certains de leurs compatriotes dans la poursuite du rêve américain. Leur méfiance viscérale envers toute forme de contrôle gouvernemental du commerce s'est traduite par une approche minimaliste à la réglementation du commerce.

Les excès des trusts, véritables hydres du capitalisme sauvage du XIX^e siècle, combinés à un Congrès et une Cour suprême désireux d'asseoir leur pouvoirs respectifs, sont les justifications de l'introduction du *Sherman Act*³ en 1890. Cette loi interdisait, dans un langage volontairement laconique, toute forme de contrat visant ou ayant l'effet de gêner ou empêcher le commerce.

Après l'élaboration d'un corpus impressionnant de jurisprudence⁴, il est vite apparu que la nouvelle législation *antitrust* ne pouvait pas seule tout accomplir et surtout que les cours commençaient à interpréter la loi de manière à rendre toute conformité par les citoyens corporatifs virtuellement impossible à déterminer d'une décision à l'autre.

Le *Clayton Act*⁵ et le *Federal Trade Commission Act*⁶ furent la réponse du Congrès à cette situation devenue intenable aux yeux de certains. Le premier introduisait une interdiction de discrimination par les prix visant à nuire à un compétiteur, une interdiction d'exclusivité et de certaines pratiques d'acquisition d'actions de compagnies. Ces pratiques, dans la mesure où leur effet pouvait réduire sensiblement la concurrence ou créer un monopole, étaient jugées illégales. Le second visait à instituer un organisme administratif d'enquête et d'adjudication qui posséderait l'expertise économique nécessaire censée manquer au Congrès et aux tribunaux d'ordre commun. Il pouvait faire cesser toute activité identifiée comme étant de la concurrence déloyale.

Par la suite, d'autres lois sont venues s'ajouter pour interdire certaines pratiques anti-concurrentielles, de portée générale ou spécifique. La compétence constitutionnelle sur les pratiques commerciales étant depuis longtemps l'objet de disputes et d'incertitudes, même chez

nos voisins du sud, plusieurs États se sont également prévalus de leur pouvoir de légiférer en matière de concurrence.

Le tout constitue un véritable capharnaüm de législation, jurisprudence et théorie qui, aujourd'hui plus que jamais, fournit aux juristes les défis intellectuels les plus fascinants. Cette même constatation permet aussi de comprendre pourquoi le droit *antitrust* américain est l'enjeu de forces politiques obscures qui sous-tendent ainsi une bonne partie de la politique économique américaine. Il est essentiel de le rappeler pour la suite de nos propos, car si la loi canadienne semble distincte, le droit canadien de la concurrence semble parfois trop tributaire de celui des Américains au nom d'une certaine globalisation et harmonisation, mais aux dépens de la souveraineté économique et culturelle du Canada.

b) Historique canadien

En 1989, on célébrait le centenaire du droit de la concurrence au Canada. Le Canada ferait-il figure d'avant-garde dans ce domaine? Pas réellement. En fait, alors que la controverse entourant l'adoption du *Sherman Act* fit en sorte d'en retarder la mise en vigueur, tandis que la disposition canadienne, que l'on retrouvait dans le Code criminel⁷, passait virtuellement inaperçue en dehors du cercle des initiés.

Ce n'est qu'en 1910 que le législateur, reconnaissant la nécessité de se doter d'un véritable statut en matière *antitrust*, introduisit la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions⁸. On instaure alors un organisme d'enquête incarné par le Directeur des enquêtes et recherches. (Ci-après le ADirecteur) Des révisions périodiques en 1923, 1935, 1946, 1960 et 1976 firent en sorte de complexifier la législation, qui passa alors d'une loi criminelle à une loi mixte criminelle et civile, reconnue valide sous le pouvoir fédéral de légiférer en matière de commerce. Outre la notion initiale d'interdire le complot visant à réduire indûment la concurrence, s'y ajoutèrent la prohibition d'actes tel le truquage d'offres, la fixation de prix d'éviction, la discrimination par les prix, la publicité trompeuse, les fusionnements tendant à créer ou maintenir un monopole, etc.

En 1986, la loi connut une profonde mutation, qui culmina par l'adoption de la Loi sur la concurrence⁹. Cette révision se distingue par l'assujettissement de pratiques à l'examen d'un tribunal quasi-judiciaire unique au Canada, le Tribunal de la concurrence, le retrait correspondant de ces pratiques du champ criminel, y compris les fusionnements, la codification de toutes sortes d'exceptions jurisprudentielles, de défenses, etc., ainsi que l'élargissement des pouvoirs formels uniques au Directeur relativement à la perquisition et à la comparution à témoigner ou pour production de documents.

Les années quatre-vingt voient également un foisonnement de jurisprudence interprétant la nouvelle loi, testant sa validité constitutionnelle eu égard à la nouvelle Charte des droits et libertés, et à en tracer les paramètres d'application. En outre, le Bureau de la politique de concurrence, organisme-cadre du Directeur, publie de nombreux bulletins d'interprétation intitulés Lignes directrices.

c) Notions de base en droit de la concurrence canadien

Le droit de la concurrence au Canada (à ne pas confondre avec la notion de concurrence déloyale en droit civil) découle presque entièrement de la Loi sur la concurrence en ce qui touche la réglementation des activités économiques concurrentielles qui influencent le mieux-être des consommateurs.

Contrairement au droit *antitrust* américain, qui fournit dans une large mesure aux personnes les outils nécessaires à une mise en application judiciaire par les personnes lésées, le droit canadien

dépend presque exclusivement des initiatives du Directeur des enquêtes et recherches chargé de l'application de la Loi, ainsi que des poursuites entamées par le Procureur général du Canada.

Cependant, la division de la Loi sur la concurrence en pratiques criminelles et civiles⁹, depuis la réforme de 1986, peut laisser penser qu'il existe désormais une hiérarchie des pratiques anti-concurrentielles en droit canadien. Toutefois, la qualification judiciaire d'une pratique comme étant interdite *per se* ou encore sujette à une analyse économique sommaire par un tribunal (*rule of reason*), qui a cours aux États-Unis, n'a pas d'équivalent ici. Tout au plus, peut-on retrouver certaines infractions criminelles, telles que le truquage d'offres, qui s'approchent d'un concept *per se*. Ainsi, la présence d'exceptions et de circonstances atténuantes dans la Loi et son interprétation jurisprudentielle permet d'avancer qu'au Canada, les violations de la Loi sont, dans la majorité des cas, appréciés selon le concept de la *rule of reason*.

Le lien commun de l'infraction criminelle de complot, des pratiques restrictives du commerce et de l'examen des fusionnements dans la Loi sur la concurrence est la notion de réduction indue ou substantielle de la concurrence. L'effet de cette réduction résulte de l'utilisation abusive, réelle ou potentielle, d'une puissance de marché¹⁰, dans le marché géographique pertinent au produit défini.

Les pratiques restrictives du commerce ou réduisant indûment la concurrence font également l'objet d'une analyse visant à démontrer les effets d'une pratique sur une entrée réelle ou potentielle dans le marché pertinent d'un concurrent susceptible d'atténuer ou de démanteler cette puissance de marché. Cette analyse dite de barrières à l'entrée¹¹ consiste en une évaluation économique souvent hypothétique, d'où la complexité de la tâche des tribunaux chargés de l'interprétation de la Loi.

Dans la catégorie des pratiques dites restrictives du commerce, les ventes liées, l'approvisionnement exclusif et l'abus de position dominante doivent toutes satisfaire à un test de réduction sensible de la concurrence qui suit les mêmes paramètres¹².

2 - Le droit de la propriété intellectuelle au Canada

Nous avons délibérément choisi de nous concentrer uniquement sur la situation en droit canadien. En effet, malgré le penchant certain pour les rationalités américaines en matière de politique *antitrust* face aux droits de propriété intellectuelle (ci-après ADPI¹³) chez les commentateurs canadiens, il importe de souligner qu'à notre avis, les différences importantes entre la protection des DPI au Canada et celle chez nos voisins sont exacerbées lors d'une étude dans une perspective *antitrust*. Cette précision faite, nous passerons rapidement aux deux DPI qui nous intéressent.

a) Les brevets d'invention

Il nous paraît intéressant de souligner que l'origine royale de l'octroi de brevets d'invention fut rapidement tempérée par l'instauration du Statute of Monopolies, en 1624. La codification du principe de nier les avantages indûs des monopoles royaux ne souffrait qu'une seule exception: les brevets d'invention.

Par contre, il est clair que l'existence même des brevets aujourd'hui n'est qu'une création purement statutaire. Cette distinction par rapport au droit britannique prend son importance lorsque l'on constate que la première Loi sur les brevets de 1869 suivait plutôt le modèle américain de 1836.

Cette origine hybride rend difficiles les parallèles nécessaires à une bonne compréhension de l'opposition jadis classique entre la prohibition des monopoles et l'octroi d'exception de monopoles via les brevets d'invention. En effet, alors que les plaideurs peuvent encore s'inspirer du droit dit du *patent misuse* aux États-Unis, la réciproque du *copyright misuse* est moins acceptée par les tribunaux, dû à l'absence de fondement historique.

b) Les droits d'auteur

L'exercice des droits d'auteur en Angleterre se faisait initialement via un droit de *common law* reconnu par la loi. Le premier Copyright Act de 1709 (le AStatut d'Anne@, du nom de la souveraine à l'époque) y fut interprété de manière à éteindre tout droit d'auteur de droit commun.

Le droit d'auteur était à l'origine une prérogative royale utilisée comme moyen de contrôler le contenu des publications, suite à l'invention de l'imprimerie, et non comme une mesure de protection des écrivains.

Alors que la première législation s'appliquant au Canada, le Canadian Copyright Act¹³ et son successeur, le Dominion Copyright Act¹⁴, s'inspirait des nombreuses lois britanniques d'alors, la première loi canadienne¹⁵ ignore la législation britannique en vigueur spécifique à l'Empire¹⁶. Les lois attribuant des monopoles statutaires aux auteurs des oeuvres, ainsi que la prérogative royale, s'estompent.

Des modifications importantes à la Loi sur le droit d'auteur, apportées en 1988, mettent en place des droits qui cristallisent désormais, à notre avis, les facteurs économiques concurrentiels basés sur le droit d'auteur, soient les droits collectifs ainsi que la protection des programmes d'ordinateurs.

Notons en effet que, jusque-là, ces enjeux potentiels ne pouvaient qu'être perçus sous la perspective de l'exercice contractuel des droits d'auteur. Tout postulat attribuant au droit d'auteur par lui-même une certaine puissance de marché était voué à l'échec. Il fallait exercer ces droits d'une manière anti-concurrentielle. Quant aux droits eux-mêmes, puisque le droit d'auteur était à l'origine considéré comme indivisible, l'interaction commerciale nécessaire à l'échelle du droit, et non celle de l'oeuvre, pour prouver restriction du commerce était impossible:

The indivisibility of copyright as a theoretical premise was consistent with the transfer of a single right. However, as the rights proliferated, the theory was strained. The growth of the uses of literary and artistic property stretched the theory of indivisibility of copyright to the breaking point. Conceptual jiu-jitsu by means of grants, reservations and similar fancy footwork have attenuated the theory.¹⁷

Ce lourd héritage est encore difficile à secouer de nos jours pour quiconque veut prouver un abus concurrentiel à partir de l'exercice du droit d'auteur.

3 - Les frictions tectoniques entre le droit de la concurrence et les DPI

L'analogie aux plaques tectoniques est non seulement facile, elle décrit bien, selon nous, le statut des deux régimes de droits comme bases juridiques importantes d'un système économique de libre-entreprise. Tout comme les plaques tectoniques, ces régimes ont initialement dérivé jusqu'à s'ancrer, relativement parlant, de façon à supporter à la fois la politique économique des gouvernements, ainsi qu'une prévisibilité raisonnable de l'effet de la réglementation de ces derniers dans les activités commerciales des acteurs économiques.

Toutefois, la rencontre du droit des brevets, remontant à la Constitution américaine, et du droit *antitrust* naissant a donné lieu à plusieurs décisions dont les secousses telluriques se font encore sentir de nos jours.

Plusieurs ont prétendu qu'il existe une opposition fondamentale¹⁸ entre les deux principes de droit. Selon l'école de pensée à laquelle on appartient, les DPI sont soit une exception à l'interdiction des

monopoles, soit un principe sacro-saint auquel le droit *antitrust* ne devrait s'attaquer qu'en cas d'abus.

a) Premiers balbutiements

Au Canada, dès 1910, l'opinion publique, excédée des abus du monopole de la compagnie *United Shoe*, obligeait le gouvernement à inclure la notion d'abus de brevets dans la liste des activités prohibées par la nouvelle Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

Quant au droit d'auteur, les tribunaux américains n'allaient pas tarder à évaluer le potentiel anti-concurrentiel de certaines pratiques y étant reliées:

(...)it cannot be successfully contended that the monopoly of a copyright is in this respect any more extensive than that secured under the patent law. No more than the patent statute was the copyright act intended to authorize agreements in unlawful restraint of trade and tending to monopoly, in violation of the *Sherman Act*.¹⁹

Bien que parfaitement en accord avec la théorie juridique d'alors, ce genre de décision n'allait pas tarder à être importé dans la pensée judiciaire canadienne. Certains ont même écrit que le malentendu y persiste de nos jours, sous la forme de dispositions législatives:

La qualification, jadis courante, du droit d'auteur comme Amonopole@ légal n'est pas sans avoir causé de sérieux accrocs à l'analyse du droit de la concurrence. En raison de l'emploi de ce terme, plusieurs personnes ont eu l'impression qu'un monopole économique découlait nécessairement de l'octroi de droits d'auteur. Pour semer encore plus la confusion, le législateur canadien a repris, en une forme différente, les concepts qui fondent les défenses américaines de Apatent misuse@ ou de Acopyright misuse@ visant à sanctionner l'usage abusif de droits de propriété intellectuelle.²⁰

b) Raffinement de la théorie

Comme nous le verrons dans la deuxième partie de cet article, les autorités *antitrust* américaines et canadiennes se sont penchées, vers le milieu du siècle, sur les pratiques anti-concurrentielles dans le domaine du cinéma. Comme l'utilisation des droits exclusifs conférés par les licences et les pratiques contractuelles²¹ reliées au droit d'auteur sur l'exploitation de l'oeuvre cinématographique²² étaient au centre des enquêtes des autorités *antitrust*, la pensée juridique s'est développée en conséquence:

The coincidence of the catalytic nature of contract to render copyright amenable to commerce; business organization involving these contracts and industrial combinations; the monopoly of the copyright grant and the condemnation of unreasonable restraints of trade and monopolies by the *Sherman Act* have brought the contrast of anti-monopoly trade regulation and monopoly copyright grant into sharp focus²³.

c) Voeux pieux et lignes directrices

Les années soixante-dix ont surtout donné lieu à une prolifération de déclarations et discours de la part des autorités *antitrust* quant à l'orientation de leurs politiques de mise en application respectives vis-à-vis les DPI. Alors qu'aux États-Unis, la direction *antitrust* du ministère de la Justice, élaborait une liste de neuf pratiques abusives²⁴, le Bureau de la politique de concurrence, pour ne pas être en reste, révélait une liste de treize pratiques anti-concurrentielles centrées sur les DPI:

1. Charging royalties on patents after they expire, including restrictions relating to the subject matter of the patent or to the know-how which continues after the patent has expired.
2. Requirements that the licensee accept and pay for additional patents in an attempt to discourage challenges to the validity of doubtful patents.
3. Tying arrangements, such as obligations to purchase capital goods or raw materials from designated sources, or obligations to use the distribution channels of the licensor, or otherwise to restrict access to channels of distribution.
4. Restriction on exports, whether or not the products are protected by patent in other markets.
5. Higher royalty charges for export versus goods for domestic markets; higher royalty charges to Canadian licensees than to licensees of the same patents owned in other markets.
6. Restrictions requiring the licensee not to contest the validity of the patents involved.
7. Restrictions which prohibit the use of competing technology, such as restrictions on obtaining patents from other sources.
8. Restrictions requiring the transfer of any inventions or improvements to the licensor.
9. Cross-licensing which reinforces a tight oligopoly.
10. Field of use restrictions.
11. Restrictions on the level of production.
12. Restrictions establishing forms of price fixing.
13. Restrictions allocating exclusive territories.²⁵

Cette liste constitue en fait un amalgame des neuf pratiques américaines, assaisonné des autres conduites interdites par la loi, qui peuvent comprendre un élément de propriété intellectuelle. En théorie, cette liste devait guider la mise en application dans ce domaine. En pratique, elle ne fut presque pas utilisée.

En 1988, la publication d'une ébauche de lignes directrices sur l'application internationale des lois *antitrust* américaines retenait l'attention via le chapitre consacré à leur application aux DPI. En réalité, ce chapitre reflétait l'évolution de la politique américaine qui minimisait désormais l'importance des DPI comme levier de pratiques abusives.

L'énoncé de cette politique était devenu nécessaire à la suite de la décision fort importante de la Cour suprême des États-Unis sur les ventes liées, soit l'affaire Jefferson Parish²⁶. Dans un obiter, la cour réitère son appui à la vieille école de pensée selon laquelle l'octroi d'un DPI par le gouvernement confère une puissance de marché: AFor example, if the government has granted the seller a patent or similar monopoly over a product, it is fair to presume that the inability to buy the product elsewhere gives the seller market power@.

Ainsi, l'administration Reagan allait devoir bouger pour estomper l'effet potentiellement dévastateur de cet énoncé sur les intérêts des puissants détenteurs²⁷ de DPI aux États-Unis.

Au Canada, nul besoin pour les autorités de se précipiter pour contrôler de tels soubresauts. Comme le faisait remarquer récemment un précédent Directeur des enquêtes et recherches, le cadre de la politique de concurrence donne ce qui équivaut au bénéfice du doute aux détenteurs de DPI²⁸. Mais les observateurs sont sceptiques:

To date in Canada, the issue of the degree to which competition law may affect the exclusive rights enjoyed by the owner of intellectual property has been limited, for the most part, to a discussion among intellectual property law commentators. There is very little jurisprudence on this issue in Canada. Generally, a patentee in Canada has been able to use and licence the exclusive rights granted by patent without much concern for the impact of the *Competition Act*. This is the case despite numerous comments to the contrary by senior officials responsible for the enforcement of the Act.²⁹

d) L'article 32 de la Loi sur la concurrence

Mentionnons brièvement l'existence de cette disposition de la Loi qui traite de l'abus indu de droits de propriété intellectuelle. Cet article, qui est le rejeton des premières juridictions sur l'abus anti-concurrentiel des brevets de 1910, n'a jamais fait l'objet d'une décision³⁰ de nature à nous éclairer sur son rôle.

Il prévoit que la Cour fédérale peut rendre plusieurs genres d'ordonnances comme l'émission de licences obligatoires ou la modification de clauses contractuelles, lorsqu'elle en arrive à la conclusion, sur dénonciation du Procureur général du Canada, que des DPI ont été exercés de manière à réduire indûment la concurrence.

Bien que George Addy ait mentionné qu'il était probable que la notion d' *Aindû@* que l'on retrouve à l'article 32 serait sans doute la même que celle de l'article 45 sur les complots criminels, certains en doutent au nom justement des raisons de politique sous-jacentes au droit de la concurrence et au droit de la propriété intellectuelle, respectivement:

La détermination du caractère indu doit procéder des justifications, ou rationalités, qui fondent le droit d'auteur. La Cour fédérale n'a pas le pouvoir dans ce contexte de remettre en question les droits d'auteurs conférés par la loi et il ne nous semble pas directement pertinent d'envisager les arguments qui tendent à démontrer que la création se porterait mieux si le droit d'auteur n'existait pas. On doit prendre la législation sur le droit d'auteur telle qu'elle existe et se demander quelles sont les justifications qui peuvent y être liées. Une fois ces justifications circonscrites, on doit examiner la mesure dans laquelle le comportement du titulaire des droits d'auteur s'y inscrit ou en déborde. Cette démarche serait aisée si un nombre limité de justifications étaient retenues et si elles formaient un tout cohérent.³¹

Il s'agit d'une théorie intéressante aux fins de notre article, mais il faudrait présumer que le législateur avait l'intention de considérer d'autres motivations de politique de mise en application et d'intérêt public³² sous la Loi sur la concurrence. Malheureusement, il semble que la raison d'être du qualificatif *Aindû@* à l'article 32 ait été d'éviter l'application systématique de la Loi à tout exercice d'un DPI.

e) Ventes liées et abus de position dominante

De nos jours, on peut affirmer sans se tromper que le débat sur l'axe DPI - droit de la concurrence s'est déplacé vers le champ des ventes liées et la notion d'abus de position dominante.

D'abord, chez nos voisins du Sud, puis les autorités canadiennes, le credo d'analyse économique qui veut désormais que l'exercice d'un DPI par ses détenteurs ne saurait se voir présumer monopolistique a remplacé le point de vue des tribunaux à ce sujet. Considérant le peu de jurisprudence sur ce point, le degré de certitude quant à ce credo pourrait en surprendre certains³³. Nous en reparlerons dans la troisième section de cet article.

L'enjeu de l'analyse *antitrust* au Canada est maintenant, surtout depuis les lignes directrices touchant le fusionnement et la décision PANS³⁴ de la Cour suprême, la définition de marché. Nous pourrions avancer la même chose en ce qui a trait à l'analyse *antitrust* sous l'angle des DPI. Cette proposition paraît spéculative, mais si la politique de mise en application en matière de DPI qui se dessine derrière les discours récents du Directeur se vérifie, elle serait solidement ancrée dans la politique *antitrust* américaine.

Or, la Cour suprême des États-Unis a récemment énoncé dans l'affaire Kodak que, désormais, les nombreuses présomptions qui jalonnent le droit *antitrust* depuis plus d'un siècle devaient désormais être remises en question: A Legal presumptions that rest on formalistic distinctions rather than actual market realities are generally disfavoured in *antitrust* law...In determining the existence of market power...this Court has examined closely the economic reality of the market at issue.³⁵

Est-ce à dire que la décision Kodak doit clore le débat quant aux présomptions de puissance de marché³⁶ découlant de l'exercice des DPI? Rien n'est moins sûr. Il est notoire qu'en matière *antitrust*, les décisions de la Cour suprême des États-Unis sont à peu près aussi respectées que les lignes directrices du ministère de la Justice, c'est-à-dire qu'il y a autant d'écoles de pensée qu'il y a de circuits judiciaires. Il faut en effet rappeler qu'aux États-Unis la jurisprudence *antitrust* provient en grande partie des litiges privés.

D'où proviendra donc la jurisprudence canadienne en cette matière? Nul ne le sait. Toutefois, bien que les dispositions de la Loi sur la concurrence ayant une application potentielle aux DPI sont nombreuses³⁷, nous croyons que les articles 77 sur les ventes liées, l'exclusivité et les limites au marché et 79 sur l'abus de position dominante seront au premier plan de la jurisprudence qui s'annonce.

Les ventes liées sont une pratique qui consiste à obliger l'acheteur à acquérir un deuxième produit, distinct du premier qu'il désire vraiment, pour conclure une transaction. Nous verrons dans la prochaine section de cet article qu'il s'agit exactement des pratiques qui sont reprochées aux distributeurs de films depuis plus de 60 ans. Or, la preuve passe par la démonstration d'une certaine puissance de marché de la part de l'offrant qui oblige l'acheteur à se plier à la pratique; la nature unique du produit est une forme de puissance de marché.

Par exemple, les produits qui sont l'objet d'un DPI ont depuis toujours incarné la tendance à conférer, par présomption, une puissance de marché *antitrust* à ce qu'on appelait les Amonopoles statutaires³⁸. Ici encore, il existe une certaine tension entre la rhétorique des politiques d'application et ce que les juges en font:

In summary, it would seem that there is strong support in the case law and from economic analysis for the proposition that both the courts and the *antitrust* Division will not determine that there is unlawful tie involving intellectual property rights absent solid economic and market proof of adverse competitive effects. However, it

must be recognized that there is significant support, although it seems misguided, for presuming market power in intellectual property rights in cases involving tying.³⁸

L'affaire Nutrasweet³⁹ concernant l'abus de position dominante de cette compagnie dans la commercialisation de l'aspartame aurait dû fournir l'occasion idéale au Tribunal de la concurrence d'élaborer les bases de la concurrence face aux DPI. En effet, parmi les allégués du Directeur des enquêtes et recherches, on proposait que Nutrasweet avait tenté de prolonger le monopole statutaire conféré par son brevet sur l'aspartame au-delà de la période prévue et ces par l'utilisation abusive de licences de marque de commerce sur l'usage du logo Atourbillon@ caractéristique de la présence du produit dans plusieurs denrées.

Dans un silence lourd de significations selon plusieurs, le Tribunal de la concurrence a accepté cet allégué, sans égard à l'exception prévue à l'article 79(5) de la Loi sur la concurrence:

Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur la topographie des circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

Cette omission a confirmé la théorie voulant que, si le droit de la concurrence ne devait pas sanctionner le simple exercice des droits conférés par un DPI, les abus de ces mêmes droits devaient être prohibés ou corrigés dans une perspective anti-concurrentielle.

L'incertitude quant à la portée de l'article 79(5) méritait peut-être mieux que ce silence. La question de la position dominante présumée persiste du moins en l'absence de jugements au Canada. Car la plupart des auteurs s'entendent sur ce que les cours devraient décider dans ce cas:

À la lumière de ces quelques précisions, le seul fait de posséder un droit de propriété intellectuelle est insuffisant pour conférer une position dominante. Le pendant de cette constatation est que d'intenter une action en contrefaçon contre une entreprise ou de conférer des licences d'exploitation à une personne ou un nombre limité de personnes, par exemple, ne peut être retenu, en soi, comme un agissement anti-concurrentiel. C'est ce que l'exception prévue par la loi énonce.⁴⁰

S'ajoute à ce silence la difficulté de spéculer sur l'application des dispositions sur l'abus de position dominante en matière de droit d'auteur. En effet, si le produit défini par un brevet se limite assez facilement en termes d'*antitrust* à cause de la présomption d'originalité conférée par l'obtention non contestée du brevet, il en est autrement pour le droit d'auteur:

On pourrait croire qu'en limitant le marché pertinent à celui de l'oeuvre elle-même on ne pourrait, à première vue, se tromper en affirmant que l'auteur y occupe une position dominante. Nous sommes d'avis que ce raisonnement est trop facile, car il fait abstraction du fait que les données et les idées sont exclues de la protection par le droit d'auteur.⁴¹

De plus, alors que la non-commercialisation du brevet peut encore donner ouverture à contestation judiciaire⁴², rien n'oblige le détenteur du droit d'auteur à mettre en marché son oeuvre, ce qui rend l'énoncé de présomptions, ou de politiques de mise en application, difficile. Le tout devient alors une affaire de cas par cas:

L'oeuvre est protégée dès sa conception et, à ce moment, il serait impossible d'affirmer que l'auteur bénéficie d'une position dominante du simple fait qu'il obtient la protection de la loi. Pour qu'il y ait position dominante, il faut à tout le moins que l'oeuvre soit mise en marché. Une fois l'oeuvre offerte en librairie aux consommateurs, cela ne lui confère pas une position dominante: il faut qu'il existe une demande pour cette oeuvre. Le fait qu'une oeuvre soit protégée par le droit d'auteur n'a aucune influence sur les goûts du public ou sur leurs besoins, notamment parce que l'originalité requise afin d'obtenir la protection du droit d'auteur est minimale. Mais même si le degré d'originalité requis était plus élevé, il ne nous apparaît pas y avoir nécessairement de relation entre l'originalité d'un produit et son pouvoir économique.⁴³

C'est pourquoi en droit d'auteur, il y a moins de possibilité d'octroi d'un monopole statutaire qui résulte en une position dominante. Cette détermination dépend alors des circonstances et du pouvoir économique réellement exercé par le titulaire du droit dans les faits.

Avant de passer à l'étude de ces chocs parfois sismiques entre les DPI et le droit de la concurrence dans le domaine du cinéma, il importe de conclure que la politique de mise en application de la Loi sur la concurrence ne devrait pas être nécessairement modifiée pour la situation des DPI, afin de permettre aux détenteurs des droits de savoir à quoi s'en tenir⁴⁴.

B - DICHOTOMIE: CONCURRENCE ÉCONOMIQUE VS. CONCURRENCE CULTURELLE

La concurrence, ou le droit *antitrust*, née de la conceptualisation juridique de politiques économiques maintenant incomprises, a toujours représenté un dilemme pour les gouvernements. Comment en effet s'en servir pour représenter la politique économique du régime en place, alors que ses effets sur l'économie sont aussi aléatoires et ne se font sentir souvent qu'après que ce régime eut perdu la faveur populaire?

Chez nos voisins du Sud, des auteurs comme Bork ont toujours déploré l'importation de notions étrangères, selon eux, à l'*antitrust* Apur@⁴⁵ par des bureaucraties judiciaires ou juridiques bien intentionnées, mais maladroites, dans la politique de mise en application des lois.

Ainsi, déplorent-ils la présence d'objectifs étrangers à la poursuite de l'efficacité commerciale ultime comme, par exemple, la protection de la petite et moyenne entreprise, dans certains jugements et quelques lois aux États-Unis⁴⁶ comme au Canada⁴⁷.

À travers son histoire, la législation canadienne sur la concurrence s'est vue drapée de plusieurs manteaux autant qu'il y avait d'intérêts privés qui intervenaient, et ces devant les tribunaux, tant que dans le processus législatif. La sauvegarde de la concurrence culturelle n'est qu'un objectif parmi tant d'autres. Pourquoi l'avoir choisie comme un des axes de cet article?

Selon plusieurs, les pressions des groupes d'intérêt détermineront la survie des politiques *antitrust* en tant que corpus crédible de lois d'organisation industrielle. Si elles continuent à importer des notions de politiques étrangères, selon eux, à l'*antitrust* (comme la notion de concurrence culturelle), la mise en application du droit de la concurrence perdra toute crédibilité aux yeux des acteurs économiques qui sont sensés s'y conformer.

En revanche, les acteurs culturels se demandent pourquoi des gouvernements qui insistent sur le rôle primordial de la culture pour façonner une identité nationale propre au Canada semblent ignorer le script essentiel pour soutenir ce rôle: que la politique de concurrence doit représenter

toute la politique économique du gouvernement, et non uniquement la politique de l'organisation industrielle en place, à l'exclusion de toute autre.

1 - Cas d'espèce: l'industrie du cinéma

Pourquoi donc cette industrie pour représenter la dichotomie découlant de ces notions opposées de Aconcurrence@. Nous soumettons d'abord que l'histoire des relations tumultueuses entre les autorités *antitrust* et ses porte-étendards, depuis plus de soixante ans, sont susceptibles d'illustrer des fluctuations et les dérives des plaques tectoniques que sont le DPI et le droit de la concurrence.

De plus, les enjeux économiques de l'industrie, toujours en pleine expansion rendent la chandelle encore plus désirable⁴⁸ à ceux qui veulent en modifier les règles du jeu.

Enfin, il importe de distinguer notre analyse de celle traditionnellement utilisée pour traiter de la friction DPI-droit de la concurrence en matière de brevets. Les tribunaux ont en effet été critiqués pour leur façon statique de considérer les effets anti-concurrentiels de l'exercice des droits d'auteur et ils ont été accusés d'avoir, par accident ou maladresse, appliqué en matière d'*antitrust* un critère plus rigoureux aux droits d'auteur exercés dans le domaine du cinéma qu'aux autres droits d'auteurs littéraires ou artistiques.⁴⁹

a) Les acteurs et leurs pratiques

Il serait probablement plus juste de parler du marché de la projection en salle, puisqu'il s'agit historiquement de l'objet du plus grand nombre de pratiques anti-concurrentielles. Toutefois, nous croyons essentiel d'aborder également les effets de la concentration verticale et des marchés dérivés afin de mieux situer la réflexion sur les enjeux à long terme de ces pratiques.

En l'absence d'études véritablement micro-économiques, les analystes se sont rabattus sur une notion large de marché:

In broad terms, the theatrical exhibition market is comprised of sellers (distributors) who transact with buyers (exhibitors) for the purchase, or more usually the rental, of the rights to exhibit film properties. The theoretic concept of a market however is quite strictly bounded, requiring a common set of sellers and buyers dealing with products which are close substitutes. Thus the theatrical market is in fact divisible into a number of more rigorously defined sub-markets such as first-run downtown theatres, drive-ins, and a range of specialty houses ranging from Aart@ theatres to exploitation theatres. Unfortunately available data do not allow an in-depth review of each of these sub-markets and therefore the level of analysis must be somewhat broader.⁵⁰

Il faut ajouter à cette notion que l'appartenance d'une salle de cinéma à un réseau de représentation et l'intégration verticale des joueurs majeurs de l'industrie déterminent aussi l'efficacité des pratiques anti-concurrentielles qui ont été constatées depuis les années trente au Canada et aux États-Unis:

- la pratique de réserver la série initiale de projections d'une oeuvre⁵¹;

- la durée de la période de distribution initiale⁵²;

- l'exigence d'une période d'attente avant une seconde série de projections d'une même oeuvre⁵³;

- l'établissement de zones géographiques exclusives⁵⁴;

- les commandes en bloc⁵⁵;

- les commandes Aà l'aveuglette@⁵⁶;

- le paiement à l'avance⁵⁷;

- les retombées garanties⁵⁸.

Toutes ces pratiques n'avaient, et n'ont encore qu'un but, selon plusieurs:

Independent theatres were discriminated against and held in check through a variety of other practices. The majors' Ablock-booking@ and Ablind-selling@ distribution policies forced independents to bid on large packages of films rather than one film at a time, without the opportunity of viewing the films in advance.⁵⁹

b) L'intégration verticale des acteurs économiques dominants

Les grands studios américains sont conscients que, même aujourd'hui, les barrières à l'entrée de nouveaux joueurs dans le marché de la distribution et de la projection sont relativement basses. C'est-à-dire qu'en faisant abstraction du capital requis, ces seules barrières relèvent d'un domaine où la détermination de la rentabilité potentielle du produit, les films populaires, demeure encore essentiellement aléatoire: AThose entry barriers that exist appear to be centred on the ability to acquire the rights to exhibit popular first run films.@⁶⁰

Cela ne veut toutefois pas dire que les grands studios ne cherchent pas à rendre l'entrée plus difficile.⁶¹

Il s'agit donc, dans une perspective de préservation oligopolistique, de rendre l'entrée de ces nouveaux joueurs très difficile, en leur enlevant la possibilité de choisir des partenaires indépendants dans la distribution⁶² ou bien la projection⁶³: ABy controlling the distribution of their films, producers and distributors can improve economic efficiency and ensure that their films are shown. But in addition, if concentration in these industries is high, and entry difficult, vertical integration may squeeze out competition from independent producers and exhibitors.@⁶⁴.

Cette obstruction semble être la seule justification d'une intégration verticale dans une industrie qui, considérant les barrières à l'entrée peu importantes⁶⁵, n'aurait autrement aucun sens: A (...)the industry's history demonstrates that vertical integration can create a powerful incentive for firms to leverage their influence up and down an industry's chain of production and distribution - an incentive that would not be operative *but for* the existence of such vertical integration.@⁶⁶.

Comme nous le verrons plus loin, cette tendance effectue un retour et nous pourrions le constater indirectement par la disparition progressive d'un secteur indépendant au troisième niveau de la chaîne Aalimentaire@: les cinémas eux-mêmes⁶⁷.

c) L'hydre des marchés dérivés

Après l'avènement de la télévision comme le premier marché dérivé des productions cinématographiques dans les années cinquante, certains ont cru que l'effet conjugué des décrets *antitrust* et du médium naissant allait diminuer la domination des entreprises majeures de production et de distribution. Nous verrons ultérieurement qu'ils se trompaient.

Le même phénomène s'est répété dans les années quatre-vingts: AThe evidence clearly demonstrates that ancillary markets are becoming increasingly important relative to theatrical release, and (crucially) the role of the major distributors is becoming less important in these ancillary markets. Conventional TV, pay-TV and video cassettes are the major ancillary markets that require analysis.@⁶⁸.

Ces mêmes observateurs se servent de la croissance de ces marchés dérivés afin d'élargir la définition du marché pertinent aux fins d'analyse *antitrust*, réduisant d'autant l'importance de la part de ce marché que détiennent les majeurs:

All of this evidence suggests that while Ablock-buster@ films will continue to garner the major share of home video revenues, theatrical release is becoming a less important distributional outlet for feature film producers. Ancillary markets are growing significantly such that non-major distributors should become increasingly prominent in these markets.⁶⁹

À notre avis, ce raisonnement ne tient pas pour deux raisons: la part de marché se mesure encore en terme de revenus⁷⁰ et la remarquable capacité d'adaptation des entreprises majeures face à la concurrence de ces marchés dérivés⁷¹ en recourant à ce vieux réflexe hérité des temps héroïques, soit l'intégration verticale dans ces marchés dérivés:

In the film industry, vertical integration is not a new phenomenon, since producers and cinema operators long ago realised that their operations could be enhanced by joint control of distribution and exhibition. With the advent of the new distribution media (television and video), this vertical integration was extended and has now taken a more complex turn with the sometimes inextricably linked ownership of the three film distribution sectors.⁷²

En termes absolus, une étude récente⁷³ révèle qu'en 1992, les recettes moyennes des productions destinées à la distribution en salle étaient encore 18 fois supérieures à celles du secteur du divertissement à domicile; quatre ans plus tôt, elles y étaient 33 fois supérieures.

Si l'on examine ces facteurs à la lumière l'un des principes énoncés par la Cour suprême des États-Unis, c'est l'étude soignée du comportement des acteurs économiques eux-mêmes qui mène à l'analyse *antitrust* la plus rapprochée des réalités du marché. Si le jeu n'en valait pas la chandelle, l'intégration verticale dans ces marchés dérivés se ferait moins fébrile et surtout strictement pour des motifs d'efficacité économique:

As long as producers continue to choose to exhibit new, mass market films only in cinema houses, a good argument can be made for first run exhibition as a distinct product market. Thus, it must be asked whether producers are likely to consider television or video as alternatives to cinema houses for new films. In the near future such a change does not appear to be likely.⁷⁴

2 - L'expérience américaine

Les abus anti-concurrentiels des DPI par les Amajors@ du cinéma ont été scutés *ad nauseam* depuis plus de quarante ans. Nous entendons seulement survoler quelques dossiers importants qui jalonnent la politique *antitrust* américaine dans ce marché, laquelle reflète fidèlement l'histoire de l'*antitrust* durant cette période.

À l'instar de toute autre industrie où des tendances oligopolistiques se dessinent, il est clair qu'à défaut d'intérêts communs à défendre au-delà de la menace suscitée par l'arrivée d'indépendants

dans leur marché, ces entreprises veulent perpétuer leur domination⁷⁵. La pratique qui veut que le marché domestique, tel qu'elles le décrivent, comprend le Canada n'est pas une coïncidence. Elles considèrent tellement le Canada comme faisant partie de leur territoire au point qu'elles y ont exporté leurs pratiques anti-concurrentielles dans les années trente:

The extension of the American film industry's monopoly power into Canada was not without contradictions. The industry was characterized by intense rivalry among the major firms for capital, markets, and star commodities. It also faced the growing pressure exerted by various public groups and independents to regulate the industry in the United States. The leading vertical monopolies responded by organizing themselves into a trade association in their domestic market, not only to lessen competition among themselves but also to fend off potential state intervention in the industry. That institutional structure was extended into foreign markets where similar threats existed. The overall effect of such institutional transfer into Canada was to deepen its dependency on the American film industry.⁷⁶

Les autorités *antitrust* ont eu à l'oeil les agissements anti-concurrentiels des studios majeurs depuis la deuxième décennie de ce siècle. Le premier jugement, Motion Picture Patents⁷⁷ occupe d'ailleurs une place d'honneur en termes de DPI-*antitrust*, puisqu'il établit une distinction très importante:

However, the *Motion Picture Patents* case is important for other reasons as well. The Supreme Court also pointed out that one had to distinguish rights created by patent laws and rights which he may create for himself by private contract which, however, are subject to the rules of general as distinguished from patent law. The Court had under consideration the question of a tie-in of a patented article with a non-patented article - film.⁷⁸

De nombreuses poursuites ont suivi, la plupart ayant trait à la pratique du *block-booking*, qu nous avons déjà décrite. Les tribunaux⁷⁹ se mettent à nuancer les comparaisons trop faciles avec le pouvoir de marché d'un détenteur de brevet aux fins de déposer les abus de droit d'auteur et s'éloignent ainsi de l'affaire Straus précitée⁸⁰.

a) L'affaire Paramount

En 1938, le *Antitrust* division du *Justice Department*, lance sa plus audacieuse opération contre une seule industrie depuis sa création. Ses cibles: Paramount, Loews, Fox, Warner et RKO, tous des studios également propriétaires de salles de projection, ainsi que Columbia, United Artists et Universal. La première plainte visait des ententes et contrats restreignant la concurrence et la monopolisation (aujourd'hui, au Canada, abus de position dominante), par intégration verticale et horizontale de leurs opérations. En 1940, le gouvernement américain, sans doute à la suite de la décision Interstate précitée⁸¹, modifie sa plainte en complot civil, plutôt qu'ententes et contrats, visant à restreindre la concurrence. Pourtant, la modification allait compliquer le débat. Alors qu'une entente peut avoir une connotation sémantique neutre, un complot implique le recours aux mécanismes logiques en concurrence déloyale de la *common law*.

La cour de district rendit sa décision en 1945 par décret, lequel déclarait illégales les activités de commandes en bloc⁸², de commandes à l'aveuglette, ainsi que la fixation commune des prix d'admission, le tout par le biais d'un complot.

Sur appel des deux parties, la Cour suprême des États-Unis⁸³ renvoie le décret à la cour de district, afin qu'elle examine la possibilité d'ordonner également la répartition des actifs que les

compagnies détenaient dans l'exploitation de salles de projection. La cour de district⁸⁴ l'ordonna; toute poursuite privée pouvait désormais utiliser les conclusions de la cour. L'effet des décrets dure encore de nos jours.

Les décisions Paramount établissent solidement la doctrine *antitrust* en ce qui a trait au droit d'auteur. Plusieurs se demandaient, par exemple, si la nature immatérielle⁸⁵ du droit d'auteur allait influencer l'analyse: la réponse est oui, surtout à propos des ventes liées impliquant un produit protégé par le droit d'auteur.

Par contre, dans un débat qui n'a pas de signification au Canada, mais qui a sûrement inspiré le législateur par la suite, la Cour suprême explore l'application potentielle des dispositions *antitrust* qui touchent les Atransactions@ qui affectent la concurrence. Les licences d'exploitation⁸⁶ et les ventes⁸⁷ d'un produit protégé par le droit d'auteur liés à un autre ainsi protégé⁸⁸ sont déclarées hors-limite de ces dispositions.

La répartition d'actifs dans le domaine de la distribution a eu l'effet d'un raz-de-marée à tous les niveaux de l'industrie du cinéma, de la production à la distribution elle-même⁸⁹, en passant par la projection⁹⁰.

Une question demeure: la cour aurait-elle dû ordonner aussi la séparation des opérations de production de celles de distribution? Rien n'est moins sûr, car selon un auteur, pour survivre, les distributeurs devraient alors se regrouper de façon à accentuer le pouvoir de monopole de distribution plutôt que de le réduire!⁹¹

b) Réactions anti-concurrentielles des Avictimes@

Il est intéressant de noter que les propriétaires de salles de cinéma n'avaient pas attendu les décisions des tribunaux pour atténuer l'effet des pratiques dont ils étaient l'objet de la part des entreprises majeures. Au lieu de s'en prendre à ces dernières (dont plusieurs ont de toute façon participé à ce qui suit), c'est au consommateur qu'on a passé la facture, grâce à la pratique du partage géographique des droits de négociation ou du *split agreements*:

Motion picture exhibitors in a particular geographic area often allocate among themselves the first right to negotiate with distributors for licenses to show upcoming films. They then refrain from submitting competing offers for films that have been allocated to other members of the Asplit agreement@ until the first right of negotiation has lapsed. This practice of splitting the rights to negotiate for upcoming films has been prevalent in the film industry for over thirty-five years.⁹²

Cette pratique est apparue après celle des distributeurs qui exigeaient des avances importantes pour le droit de distribuer un film. Afin de se garantir une chance raisonnable de récupérer ce coût Aindu@ selon les salles de projection, les entreprises se sont ni plus ni moins partagé le marché, infraction selon les lois *antitrust*.⁹³

Il va sans dire que de tels agissements ont été unanimement condamnés et certains États américains ont légiféré pour en interdire l'exercice. Nonobstant le fait qu'ils se sont développées en réaction aux pratiques abusives des distributeurs, le partage de marché horizontal⁹⁴ risquait de se perpétuer aux dépens des consommateurs. Ils n'est pas étonnant dans ces circonstances que ces actes ont été qualifiés d'illégaux *per se*⁹⁵.

c) L'héritage de *Paramount*

Les répercussions de l'intervention *antitrust* du gouvernement américain dans l'industrie du cinéma se font sentir jusqu'à nos jours. Pourtant, malgré leur effet bénéfique puis symbolique, les décrets rendus par la Cour de district en 1948 sont aujourd'hui décriés par plusieurs. En effet, l'intégration verticale a perdu son titre de démon *antitrust* et; on lui reconnaît même aujourd'hui, au niveau de l'efficacité, des effets pro-concurrentiels.

Sans oser abroger les décrets, l'administration républicaine⁹⁶ des années quatre-vingt s'est tout de même permise de les remettre ouvertement en doute. Pis sans doute, la politique du *Justice Department* favorisant les fusions ayant pour effet l'intégration verticale dans l'industrie du cinéma leur a enlevé tout effet⁹⁷. Selon certains, tout est à recommencer: *In sum, encouraged by the Reagan Administration's benign neglect, mergers and acquisitions are reconcentrating the entire video entertainment industry in the hands of a few vertically integrated giants.*⁹⁸

3 - L'expérience canadienne

a) L'affaire *Famous Players*

Face à un héritage jurisprudentiel aussi riche, on pourrait penser que l'application DPI-*antitrust* au Canada a été d'être servilement à la traîne de ce qui se passait aux États-Unis. Rien n'est moins sûr. Avant même que les autorités américaines s'attaquent aux pratiques des entreprises visées, le gouvernement canadien entreprenait une importante enquête à la suite d'une plainte déposée en 1931:

It was alleged by the applicants that the Famous Players Canadian Corporation held virtually a monopoly of moving picture theatres in most Canadian cities and in many smaller centres, and that it used this monopoly unfairly, by enhancing prices of admission, by restricting the circulation of films, or at least the best of films, to theatres of its own group, and in other ways by using unfair methods of competition to the disadvantage of rival independent theatres as well as the theatre-going public. (...) the buying power of this corporation gave it a large measure of control over the ten motion picture exchanges in Canada, distributors of films, and that these exchanges assisted in securing and keeping monopoly control and were therefore parties to the combine.⁹⁹

Pourtant, malgré les efforts déployés, seule une mise en accusation par le Procureur général de l'Ontario¹⁰⁰ en résulta et les entreprises furent acquittées¹⁰¹. La nature particulièrement astucieuse du moyen par lequel l'arrangement horizontal entre Famous Players et ses concurrents fut mise en oeuvre, soit par le biais d'une chambre de commerce bidon, les avait sauvées¹⁰², mais elles avaient démontré pour la première fois les faiblesses du caractère exclusivement criminel de la loi canadienne:

Why did the federal government fail in stopping monopoly abuses in the Canadian motion picture industry? Some of the reasons are in the content of the Combines Investigation Act itself. Mergers and monopolies in themselves were not illegal under the act. Conspiracy to restrain trade had to pass the stringent test of complete or virtual elimination of competition in the market. Furthermore, the prosecution had to demonstrate that participation in mergers or monopoly was detrimental to the public interest in competition.¹⁰³

Cet échec critique fit en sorte que pendant plus de cinquante ans un problème fondamental déjà identifié et décrié par plusieurs, à savoir le degré de contrôle des entreprises cinématographiques américaines, se perpétua impunément au Canada.¹⁰⁴

b) L'entrée d'un nouveau joueur: Cinéplex

Comme nous l'avons souligné précédemment, l'entrée dans le marché des salles de cinéma n'est pas économiquement difficile, du moins, au niveau des besoins en capital et expertise¹⁰⁵. Toutefois, si l'on ajoute une certaine évaluation des risques, eu égard à la conduite historique des détenteurs des parts du marché existant, il existe en *antitrust* une théorie selon laquelle l'effet dissuasif sur les entrants potentiels est parfois plus grand que la facilité d'entrée. Cet effet est difficilement calculable en termes d'analyse économique. Lorsque on y a recours en termes d'abus de position dominante, la preuve relève plutôt de l'intention des entreprises dominantes d'empêcher l'entrée ainsi que de pratiques *behaviorales* telles la menace de poursuites-bidon (*sham* ou *bad faith litigation*).

Cet effet n'a pas empêché une compagnie canadienne, Cinéplex, de se lancer dans le marché de la projection en salle vers la fin des années soixante-dix. Il lui est pourtant vite apparu, si cela n'avait pas déjà été fait lors de l'évaluation des risques, que les pratiques des entreprises établies, soit Famous Players et Odéon, allaient nuire à son expansion, voire menacer sa survie dès le départ; or, elles n'ont pas réagi initialement: A Generally speaking, when a new entrant attempts to break into a market dominated by oligopolies, one expects some reaction from the entrenched corporations. Famous Players and Odeon appeared to neglect the potential challenge that Cineplex would pose, at least in the beginning.¹⁰⁶

Ainsi, leurs pratiques visant à contrôler toutes les premières sorties (*first run*) des films à succès, ainsi que leur commercialisation subséquente comme deuxième série de projections¹⁰⁷, suffisaient à menacer la survie de Cinéplex. Ces Acoutumes@, de même que les liens privilégiés que ces chaînes avaient avec les compagnies majeures¹⁰⁸, allaient constituer la première salve du Acombat@ inégal qui s'annonçait.

Une plainte fut déposée en 1980 auprès du Directeur des enquêtes et recherches. Ce dernier s'adressa¹⁰⁹ par la suite à la Commission des pratiques restrictives du commerce, organisme d'adjudication spécialisé créé en 1952, pour obtenir une ordonnance contre les entreprises de distribution:

In his application, the Director alleged that the seven distributors named had maintained long-standing arrangements whereby they supplied and offered to supply commercially valuable pictures to Famous Players and Odeon in the specified markets to the exclusion of Cineplex and other exhibitors; that lack of access to an adequate supply of commercially valuable pictures to Cineplex had and continued to have detrimental financial effect on that corporation; that Cineplex had attempted to acquire those commercially valuable pictures from the respondents under usual trade terms but their requests had been denied; and that certain excuses given by the distributors for not providing films to Cineplex, such as nonavailability of prints and Cineplex not meeting usual trade terms, were false.¹¹⁰

Des négociations entamées avec les compagnies¹¹¹ faisant l'objet de la demande en vue de leur ordonner de fournir des films à Cinéplex ont donné lieu à des engagements de leur part quant à leurs activités futures avec Cinéplex. À la lecture de ces engagements rapportés dans un rapport intérimaire¹¹² on pourrait conclure qu'il en a résulté trois bénéfices substantiels:

The Director's interim report pointed out the following as the effects of the undertakings: (1) There was marked improvement in the opportunities for exhibitors to obtain subsequent or move-over runs more quickly at a time when the motion picture continues to have commercial value.(2)There was little change in the

distribution pattern of first-run pictures, as 72 percent to 100 percent of the first runs of the Majors were awarded to Famous Players and Odeon, who continued to receive the right of first refusal. There was improvement in the ability of an independent exhibitor to obtain first-run pictures from one distributor, and to a lesser extent from another, in situations where its theater was not in substantial competition with an Odeon theater. (3) There was a partial change in the practice of not allowing day-and-dating with a major circuit. In particular, day-and-dating was being observed in the case of subsequent or mover-over runs, but there was little change with respect to first runs.¹¹³

Tout d'abord, Cinéplex a réussi à obtenir certains titres à succès en deuxième série de projections, mais pas de séries initiales et ce, malgré les engagements pris¹¹⁴. Cela n'a pas empêché le Directeur d'alors, Lawson A.W. Hunter, de conclure dans son rapport final¹¹⁵ que les salles indépendantes avaient désormais de meilleures chances d'accès au marché. Son avis n'est pas partagé par tous:

Although the Director concluded in his final report that the undertakings provided A independent exhibitors with real competitive opportunities to obtain motion pictures@, his optimism was not reflected in any substantial shift in the majors' product allocation policy. State intervention on behalf of the Independent, once again, did not help increase their profits or reduce barriers to entry in the theatrical exhibition sector of the Canadian film industry.¹¹⁶

Pire encore, à notre avis, l'intervention du gouvernement à ce moment et le peu de cas fait de la poursuite des activités anti-concurrentielles ont ouvert la voie à une pratique qui, jusque-là, avait épargné le Canada: l'obligation pour les salles de cinéma de commander à l'aveuglette.¹¹⁷

Quant au marché canadien lui-même, on ne peut dire que rien a changé: seule l'identité¹¹⁸ des joueurs dominants:

Another consequence of the undertakings, although inadvertent, was a higher degree of concentration by horizontal and vertical integration in the Canadian film industry. Cineplex's phenomenal growth since the undertakings is a case in point. Cineplex acquired Canadian Odeon Theatres from the Zahorchak family on June 28, 1984, beginning a course of massive expansion which, in a matter of three years, made it one of the most powerful integrated entertainment corporation in North America.¹¹⁹

c) Contenu canadien

Dans son énoncé politique La politique nationale du film et de la vidéo¹²⁰, le ministre Francis Fox évoquait la possibilité de recourir à des mesures spéciales pour assurer que les films à Athème canadien@ puissent avoir un accès équitable aux salles de cinéma et au public. On y soulignait sans équivoque que la propriété simultanée des réseaux de distribution par les grands studios de Hollywood faisait partie du problème.

Certains auteurs ont mis en doute ce genre d'énoncé, surtout en ce qui concerne la domination présumée de ces grands studios dans la distribution.¹²¹ D'aucuns prétendent que la pression concurrentielle exercée par les marchés dérivés¹²², ainsi que les préférences des spectateurs canadiens, neutralisent tout effet A anti-canadien@ des décisions des studios américains, et que toute intervention de l'État pour modifier les structures de propriété existantes seraient mal venues et non motivées.¹²³

Ces prémisses, ainsi que l'impossibilité d'ignorer complètement l'apport artistique des créateurs canadiens, semblent conformes en tous points à la fiction qui veut que les producteurs majeurs d'Hollywood sont à la remorque des forces concurrentielles, de la liberté relative¹²⁴ des salles de choisir leurs sources d'approvisionnement de même que des préférences culturelles des spectateurs¹²⁵.

Au contraire, la concurrence au niveau produit s'en ressent:

Les distributeurs canadiens n'ont aucun accès aux films produits et/ou distribués internationalement par les entreprises intégrées de production/distribution que sont les Majors. Et nul n'a proposé que le gouvernement fédéral n'intervienne pour modifier cette situation. Cela implique que, quoiqu'il advienne, les neufs grandes entreprises sous contrôle étranger qui importent puis distribuent ce type de films au Canada continueront d'accaparer la part du lion de la recette guichet et des recettes brutes de distribution provenant du marché des salles de cinéma et ciné-parcs.¹²⁶

Il n'en reste pas moins que la domination économique traditionnelle de ces grands studios se maintient sans accrocs depuis plus de soixante ans:

En effet, ce sont des films produits directement par les Studios ou dont ils acquièrent les droits mondiaux de distribution dès le départ (*negative pick-ups*) qui constituent à la fois la source d'approvisionnement (89% des longs métrages nouveaux distribués) et la source de revenus (89% de la recette guichet totale générée) majeures de ces entreprises. Même si elles étaient limitées à distribuer ce seul type de produit, les entreprises sous contrôle étranger continueraient d'accaparer au moins 75% des recettes brutes totales de distribution réalisées sur ce marché au Canada, un pourcentage très appréciable.¹²⁷

Mais c'est aussi qu'elle s'accompagne désormais d'une suprématie culturelle que plusieurs partenaires économiques des États-Unis reconnaissent sans toutefois s'entendre sur la manière de l'atténuer:

Les films des grands studios intégrés de production/distribution américains ont en effet de moins en moins de concurrence. Ils sont produits à des coûts si élevés (généralement supérieurs à 25 M\$ U.S. par film et pouvant atteindre parfois les 100 M\$ U.S.) qu'ils établissent des standards qu'aucune cinématographie nationale n'est en mesure d'égaliser sur une base régulière et accaparent les talents en provenance de toutes les régions du monde.¹²⁸

Ce manque de vision politique veut-il dire qu'il ne faut rien attendre du droit de la concurrence pour remédier à une situation qui relève strictement, semble-t-il, du domaine de la souveraineté culturelle¹²⁹? Ou au contraire, faut-il s'attendre à un effort coordonné tous azimuts, comme le recommande le Comité sur l'autoroute de l'information?

...l'industrie cinématographique canadienne n'évoluera pas sur l'autoroute de l'information sans une fondation solide. La viabilité de cette industrie repose sur un accès plus équitable aux réseaux de distribution des cinémas canadiens. Les politiques gouvernementales doivent corriger cette situation.¹³⁰

C - SOLUTIONS À CETTE DICHOTOMIE

1 - Meilleure coordination DPI/DC: mieux gérer les plaques tectoniques

Nous ne proposons rien de nouveau lorsque nous avançons qu'une des sources des frictions entre le droit de la propriété intellectuelle et celui de la concurrence, ce sont les politiques parfois divergentes¹³¹ qui gouvernent les deux.

Chez nos voisins américains, la difficile coexistence des deux sources de droit, surtout dans les secteurs des brevets et du droit d'auteur, toute controversée soit-elle¹³² est équilibré à la source même des pouvoirs de légiférer via l'enchâssement constitutionnel des DPI de base, en contrepoids à la volonté bi-partisane du Congrès de légiférer à l'encontre des pratiques *antitrust* et d'en confier la mise en application à la fois aux gouvernements et aux citoyens lésés.

Au Canada, par contre, la nécessité de qualifier l'interdiction des monopoles comme étant criminel a quelque peu, semble-t-il, étouffé l'importance accordée au droit de la concurrence vis-à-vis les DPI. Conjuguée à la nécessité de développer une infrastructure techno-scientifique propre et une identité culturelle distincte au Canada, cette situation a contribué à la nébulosité croissante du rapport de force entre les deux droits.

Aujourd'hui, les contraintes ou exigences de la *realpolitik* internationale, avec ses deux *leitmotiv*, globalisation et compétitivité, font en sorte qu'une coordination des deux pôles tectoniques des DPI et de la concurrence est plus que jamais nécessaire. L'essentiel pour les entreprises et les créateurs est de savoir à quoi s'en tenir: si l'on veut promouvoir la souveraineté ou la concurrence culturelle canadienne aux dépens de l'efficacité, les entreprises ont sans doute des solutions à proposer¹³³. La réciproque est toute aussi vraie:

The concentration of economic power in the branch plant film industry in Canada and the high degree of control of the Canadian market by the majors are disadvantageous not only to moviegoers but also to the unintegrated Canadian-owned firms in exhibition, distribution, and production. The failure of the combines law to correct market abuse is a clear indication of how nineteenth-century solutions are inadequate in solving economic and cultural problems created by conglomerate corporations which draw their power from large economies of scale (global markets) and control over a variety of goods and services¹³⁴.

2 - Libre-marché: efficacité ou *culturaforming*?

Nous sommes, dans l'histoire de l'*antitrust*, à une période où plusieurs analystes ne prônent pour le droit de la concurrence qu'un rôle strictement garant de l'efficacité économique, laquelle doit, en fin de compte, bénéficier au consommateur¹³⁵. On ne voit dans la concurrence qu'une simple assurance du néo-libéralisme économique.¹³⁶ La perspective des autorités en matière de concurrence acquiert alors, par mimétisme, les mêmes caractéristiques en ce qui a trait aux DPI¹³⁷.

Que doit donc faire le gouvernement canadien, qui doit conjuguer allier des politiques d'identité culturelle propres avec la tendance d'harmonisation teintée de globalisation des droits de la concurrence dans les pays industrialisés?

3 - Ouvrir la politique de mise en application à d'autres facteurs

Nous nous trouvons à une époque où des pratiques qui, hier encore, déclenchaient le courroux des juges, se voient prêter des vertus pro-concurrentielles par les autorités *antitrust*¹³⁸. Il faut nettement pour intervenir un abus qui, selon ces autorités, va à l'encontre même des lois de propriété intellectuelle et réduit la concurrence¹³⁹.

Nous y voyons là justement une intrusion, dans l'analyse *antitrust* traditionnelle, des notions de politique économique qui sont habituellement qualifiées d'Étrangères@ à celles qui sont le fondement du droit de la concurrence. L'introduction de nouveaux critères extrinsèques, anathème pour Bork, ne doit toutefois pas se faire sans que l'on considère le sérieux des justifications politiques pour le faire, quel qu'en soit l'objectif: préserver les cinémas indépendants¹⁴⁰ comme étant le seul véhicule pour un cinéma authentiquement national ou, au contraire, se servir de la domination économique pour asseoir la domination culturelle¹⁴¹.

En effet, le droit de la concurrence demeure le plus puissant et le plus méconnu des facteurs de politique économique qui peuvent influencer un système économique, par sa mise en application rigoureuse ou non¹⁴², mais surtout par les critères dont doivent tenir compte les tribunaux lorsqu'ils sont appelés à se pencher sur un marché donné.

CONCLUSION

Pourquoi donc le cinéma? Parce qu'à notre avis, il nous paraît utile de se pencher sur l'histoire riche de ce marché au niveau de la coexistence difficile des DPI et du droit de la concurrence afin de mieux situer les débats à venir.

Ces derniers ne sauront tarder dans le domaine du multimédia, surtout lorsque ce dernier sera véhiculé par les inforoutes. Traditionnellement, le droit de la propriété intellectuelle et celui de la concurrence ont réagi, plutôt que d'agir, aux nouveaux médias et leurs véhicules économiques. Si ces deux droits réagissent de même avec les problèmes soulevés par ces nouveaux marchés, on ne pourra prétendre qu'ils agissent comme moteurs de l'innovation et de l'efficacité.

La deuxième partie de cet article tentera donc de prédire le comportement de la dichotomie dans le marché de la distribution des produits multimédia interactifs dans un univers sans frontières.