

Propriété intellectuelle - Concurrence - Multimédia

Voyage au coeur d'un kaléidoscope virtuel

Johanne Daniel

avec la collaboration de Me André Dorion

INTRODUCTION

A- Le développement et la distribution de produits multimédias

1.1 Le développement des produits multimédias

1.1.1 L'accès au contenu

a) L'accès individuel

b) L'accès via les sociétés de gestion

c) Le cas particulier des artistes interprètes ou exécutants

d) L'accès via les banques d'oeuvres

1.1.2 L'accès aux outils de programmation

2.1 La mise en marché des produits multimédias

B- Les alliances stratégiques

C- L'établissement des normes [*standards*]

CONCLUSION

INTRODUCTION

Dans les pages qui suivent, nous tentons d'entrevoir les traits probables de la cohabitation du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence dans le secteur naissant du multimédia, et de familiariser le lecteur avec les principes présidant à l'analyse de cette relation en apparence conflictuelle.

Notre analyse s'en tiendra cependant à l'observation des grandes tendances plutôt qu'à l'examen de cas précis pour les raisons suivantes: premièrement, comme son nom l'indique, le secteur du multimédia regroupe une multitude d'éléments qui s'imbriquent les uns dans les autres et se transforment sans cesse à la manière d'un kaléidoscope, de sorte que ce qui est vrai aujourd'hui peut avoir changé demain ; deuxièmement, les interactions entre ces éléments sont si nombreuses et si diversifiées qu'il serait impossible de toutes les identifier; troisièmement, les principes qui régissent l'interaction de ces deux régimes de droit n'ont, jusqu'à tout récemment, pas été testés par les tribunaux canadiens .

Pourquoi avoir choisi de traiter de "multimédia" et non d'inforoutes ou de cyberespace? Penchons-nous d'abord sur la signification de ce terme.

Au sens large, le multimédia se veut la rencontre de trois principaux secteurs d'activité économique autrefois distincts, soit ceux des contenus (culturels, éducatifs, scientifiques, ludiques, etc.), des communications et de l'informatique. Au sens plus restreint, le multimédia se veut un produit qui vise essentiellement toute oeuvre électronique sur support d'information, y compris les cédéroms, les DVD, les bornes interactives, les médias amovibles et les réseaux, qui possède les caractéristiques suivantes :

1. Elle intègre plusieurs des éléments suivants:

< le texte

< le son

< l'image fixe

< l'image animée (vidéo, animation)

< l'image interactive (*Quick Time VR*, *VRML*).

2. Sa structure et son accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité.

3. Sa lecture n'est pas nécessairement séquentielle, c'est-à-dire que la séquence de l'information offerte n'est pas pré-définie mais est fonction de l'utilisateur et de son interaction avec le produit.

À la lumière de ces précisions, nous avons choisi de centrer notre analyse sur le sens restreint du terme multimédia. En effet, les "produits multimédia" sont des contenus à valeur ajoutée, alors que les réseaux des inforoutes et le cyberespace représentent les infrastructures ou les véhicules de transmission de ces contenus. Cette distinction demeure pertinente en dépit du fait qu'une fois dématérialisés sur les inforoutes, les contours de ces contenus soient parfois difficilement repérables.

On s'en doute, la propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit d'auteur, occupe une place importante à chacune des étapes de la création et de la distribution d'un produit multimédia. Or, la tension qui existe entre l'exercice des droits de propriété intellectuelle (DPI) et les règles du droit de la concurrence dans le domaine du multimédia est un sujet qui revêt un intérêt grandissant en Amérique du Nord et à travers le monde. Le Directeur des enquêtes et recherches, dans un discours prononcé auprès de l'AIPPI, attribuait trois principales causes à l'attention accrue portée à cette question par les autorités *antitrust*:

Premièrement, il y a l'importance grandissante des industries basées sur la connaissance et le rôle de la technologie en tant qu'intrant dans le processus de production. Deuxièmement, comme la distance géographique est devenue moins importante et que la notion de "marchés nationaux distincts" est moins représentative des réalités commerciales, on s'intéresse de plus en plus aux droits de propriété intellectuelle en tant que facteur pouvant faciliter le contrôle du marché. Troisièmement, les changements technologiques ont affaibli la raison d'être de la réglementation directe dans le secteur des télécommunications, dans le secteur de la production d'électricité et d'autres industries traditionnellement réglementées, c'est-à-

dire le point de vue selon lequel ces industries constituent des monopoles naturels. Par conséquent, ces industries sont de plus en plus exposées aux forces de la concurrence.

Comme l'a démontré mon collègue André Dorion dans la première partie de cet article, le seul exercice d'un DPI constitue rarement à lui seul la cause d'une contravention aux règles de concurrence. En effet, en vertu de la Loi sur la concurrence, le "monopole statutaire" conféré par les législations sur la propriété intellectuelle n'entraîne pas automatiquement de présomption de violation de la loi "anti-monopole".

Contrairement à la Loi canadienne, la loi *antitrust* américaine ne contient aucune disposition traitant de l'interrelation des deux régimes de droit. Cependant, le sujet a fait l'objet de plusieurs décisions des tribunaux américains. Les plus récentes concluent fermement qu'aucune présomption de violation des lois *antitrust* ne découle de l'exercice des DPI. Pourtant, un courant jurisprudentiel minoritaire a été jugé suffisamment inquiétant pour justifier le dépôt d'un projet de loi visant à en annuler l'effet. .

Le Département américain de la Justice (*US DOJ*) a, dans ses lignes directrices sur l'interprétation des règles du droit de la propriété intellectuelle par rapport à celles du droit de la concurrence, fait sien le principe voulant qu'aucune telle présomption n'existe. Il souligne même la symbiose des principaux objectifs visés par les deux régimes en ces termes:

The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare. The intellectual property laws provide incentives for innovation and its dissemination and commercialization by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, more efficient processes, and original works of expression. In the absence of intellectual property rights, imitators could more rapidly exploit the efforts of innovators and investors without compensation. Rapid imitation could reduce the commercial value of innovation and erode incentives to invest, ultimately to the detriment of consumers. The antitrust laws promote innovation and consumer welfare by prohibiting certain actions that may harm competition with respect to either existing or new ways of serving consumers.

Les lignes directrices américaines sont formulées sur la base des trois grands principes dont nous admettons la validité: (1) dans le cadre de la détermination d'une violation aux lois *antitrust*, la propriété intellectuelle est essentiellement comparable à toute autre forme de propriété; (2) il n'existe pas de présomption voulant que la propriété intellectuelle confère une puissance commerciale (*market power*) susceptible de donner lieu à l'application du droit *antitrust*; et (3) il y a reconnaissance du fait que la concession de DPI permet aux entreprises d'ajouter des facteurs de productivité complémentaires et produit généralement des effets pro-concurrentiels (*procompetitive*).

La vaste majorité des commentaires portant sur la co-existence des deux régimes de droits s'attarde principalement à l'incidence des "comportements" des ayants droit sur la concurrence dans le contexte de "l'exercice" des DPI. Cependant, un regard attentif nous permet de remarquer que la "portée" attribuée à certains droits de propriété intellectuelle par les tribunaux, et plus particulièrement les tribunaux américains, peut parfois entraîner de sérieuses conséquences sur la concurrence. Notons au passage deux domaines spécifiques qui touchent de près à l'exploitation des produits multimédias. Un premier exemple touche la protection accordée par les tribunaux américains dans le secteur de l'informatique, notamment, la protection reconnue sur le *look & feel* d'un programme d'ordinateur, l'attribution de brevets (plutôt que de droits d'auteur) sur les logiciels, ainsi que la protection par brevet des algorithmes d'ordinateurs. Un second exemple est la reconnaissance d'un droit d'auteur sur la "pagination" des livres d'une entreprise ayant une

puissance commerciale dans le marché de l'édition des textes de loi et des publications légales, protection qui lui permet par le fait même de contrôler toute utilisation électronique interactive, par laquelle il est fait référence à la pagination originale des volumes qu'elle a publiés. À l'ère de la mondialisation, l'attribution de DPI au-delà des limites habituellement reconnues dans la communauté internationale peut avoir pour conséquence de ralentir le développement technologique en plus de favoriser les bénéficiaires de droits au détriment des concurrents en provenance de marchés étrangers.

La *Loi sur la concurrence* canadienne comporte quelques dispositions qui touchent à des comportements directement et indirectement liés à l'exercice des DPI. L'article 32 vise spécifiquement des agissements qui, liés à la concession de DPI, ont pour objet d'indûment limiter, restreindre ou empêcher la fabrication ou le commerce d'un produit ou d'en augmenter le prix. Cette disposition n'a jamais été interprétée par les tribunaux. Cette carence d'activité judiciaire a été attribuée au lourd fardeau de preuve exigé par la démonstration du caractère "indû" des pratiques commerciales visées.

Les autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* visent des comportements qui peuvent constituer des corollaires à l'exercice des DPI. Les dispositions sur l'abus de position dominante, les pratiques d'exclusivité, les ventes liées, les accords de spécialisation et le complot sont les plus susceptibles d'application dans le contexte du multimédia. Pour les fins de notre propos, nous ne résumerons que brièvement les articles sur l'abus de position dominante et les ventes liées.

L'article 78 sur l'abus de position dominante décrit des agissements anti-concurrentiels qui ont pour effet d'empêcher l'entrée ou la participation accrue sur le marché d'un concurrent ou d'éliminer un concurrent, comme par exemple, le refus de fournir un produit, l'acquisition d'un client ou d'un fournisseur, l'utilisation de "marque de combat", la préemption d'installations ou de ressources, l'achat de produits afin d'empêcher la diminution des prix, l'adoption de normes incompatibles, l'incitation à vendre à des clients en particulier et la vente en-deçà du coût d'acquisition. Par le biais de l'article 79, le Tribunal de la concurrence peut interdire toute pratique d'agissements anti-concurrentiels, tels que ceux prévus à l'article 78, qui auraient pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence dans un marché, par des personnes qui contrôlent sensiblement une catégorie ou espèce d'entreprise à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions.

La doctrine canadienne en matière de position dominante intègre plusieurs des principes d'analyse développés en droit américain en matière de monopolisation (équivalent de l'abus de position dominante en droit canadien), dont l'obstacle à l'innovation technologique, les prix d'éviction, les ventes liées et l'exclusivité, l'augmentation des coûts de fabrication d'un concurrent C par exemple, par le contrôle du fournisseur commun, l'intégration verticale, l'achat des sources d'approvisionnement et l'établissement de normes C l'innovation prédatrice, l'abus de procédures (*sham litigation*) et la dominance croisée (*monopoly leveraging* ou *cross dominance*).

À l'article 77, la "vente liée" fait référence à toute pratique par laquelle le fournisseur exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse un produit-clé, qu'il acquière un autre produit de ce fournisseur ou qu'il s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec ce produit-clé, un autre produit qui ne correspond pas à la marque ou à la fabrication désignée par ce fournisseur. Ces pratiques ne contreviennent à la Loi que lorsqu'elles ont essentiellement pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur le marché ou d'empêcher le lancement ou l'expansion des ventes d'un produit.

Jusqu'à tout récemment, au Canada, seules trois causes portant sur les ventes liées ont été inscrites devant les tribunaux, dont une seule s'est rendue à jugement.

Une décision récente, DER c. Télé-Direct, risque d'avoir un impact déterminant pour l'interprétation future des règles du droit d'auteur par rapport à celles du droit de la concurrence. En effet, à l'issue d'un procès-marathon et au terme de motifs totalisant plus de 370 pages, le Tribunal, après avoir reconnu que Télé-Direct s'est livrée à des actes anti-concurrentiels discriminatoires à l'endroit des consultants publicitaires (lesquels seront dorénavant interdits) et admis qu'elle ait refusé d'accorder des licences sur ses marques de commerce à certains de ses concurrents, a excusé les comportements de Télé-Direct en invoquant l'exception contenue à l'article 79(5) de la *Loi sur la concurrence*.

Une étape préliminaire à l'examen d'un comportement sous l'angle de la concurrence est la définition du marché dans lequel ce comportement s'inscrit et, selon le cas, les autres marchés sur lesquels il peut influencer. Cette définition a de l'importance puisque la puissance commerciale d'un fournisseur dans un marché, comme celui des équipements, pourrait lui permettre de dominer un autre marché relié, par exemple celui des services pour ce genre d'équipement. La définition du marché-cible est établie en termes de produit pertinent et de zone géographique pertinente à l'analyse.

La détermination de ce marché-cible présente des difficultés additionnelles lorsque le produit sous examen est une oeuvre protégée par le droit d'auteur, notamment en raison du caractère subjectif associé à l'objet de la protection, tel qu'en témoigne le commentaire suivant:

The relevant market is difficult enough to determine with relatively homogenous products. The task becomes almost impossible, however, when one is discussing a collection of unique copyright works, each of which has monopoly characteristics of its own. To give an example, "educational books" might be seen as a distinct market when compared to "trade books". But if an educational publisher dominates the high school social studies field, to what extent would those books compete with the output of an educational publisher that dominates the mathematics field? Similarly, do "mysteries constitute a distinct market from "westerns", or are all such trade books distinguished only by the difference between hardcover and paperback books?

Dans le secteur du multimédia, cette démarche est en outre compliquée par le nombre de joueurs sans cesse variable et l'interaction constante des divers secteurs d'activités qui jalonnent le développement et la distribution des produits, dont les principaux sont: les fournisseurs de contenus (par exemple, les oeuvres littéraires, artistiques, dramatiques, musicales) les fournisseurs d'outils de programmation qui entrent dans le processus de fabrication (logiciels d'exploitation, de navigation, d'animation, d'interfaces, etc.), les fabricants de supports d'emmagasinage (*CD-Rom*, *DVD*, etc.), les fournisseurs de plates-formes (*MacIntosh*, *PC*, *Unix*, etc.), les responsables de l'établissement des normes d'encodage, de compression audio et vidéo, et autres (*MPEG-2*, *AC-3*, etc.), les éditeurs et les distributeurs (de livres, disques, vidéos, films, logiciels, cédéroms, etc.), les distributeurs ultimes des produits sur support tangible (ventes directes, ventes par catalogues, grandes surfaces, magasins spécialisés, etc.), les distributeurs de services en ligne (entreprises de câble et de téléphone, satellites, etc.), les passerelles (fournisseurs Internet, fournisseurs de services en ligne payants, etc.), les fournisseurs de logiciels d'exploitation ou fureteurs [*browsers*] (*Netscape*, *Microsoft Explorer*, *Mosaic*, etc.), les fournisseurs d'outils de recherche [*search engines*] (*Yahoo!*, *WebCrawler*, *Alta Vista*, *Infoseek*, etc.) et finalement, les fabricants des équipements (ordinateurs, téléviseurs, moniteurs multifonctions, etc.) utilisés par les consommateurs ultimes.

Notre analyse sera présentée en fonction de la structure, du développement et de la mise en marché d'un produit multimédia, que celle-ci se fasse directement par la vente de produits tangibles auprès des consommateurs-cibles (*stand alone*) ou via les réseaux des infomarchés (en ligne). Elle nous permettra de faire le point sur l'organisation structurelle de l'industrie du

multimédia ainsi que de saisir les règles de propriété intellectuelle propres à ce secteur, et leur interaction avec les principes imposés par le droit de la concurrence. Ayant survolé les principaux secteurs d'activités de l'industrie du multimédia, nous avons choisi d'analyser les comportements susceptibles de solliciter des tiraillements entre l'exercice des DPI et les règles du droit de la concurrence selon trois grands axes: le développement et la distribution des produits multimédias; les alliances stratégiques; et l'établissement des normes.

''''''

A- Le développement et la distribution des produits multimédias

Afin de concrétiser la portée de notre propos, nous présenterons, pour chacun des trois axes identifiés, les bénéfices économiques qui peuvent être recherchés par l'activité visée ainsi que les critères servant à déterminer dans quelles circonstances cette activité sera considérée néfaste du point de vue de la concurrence.

1.1 Le développement des produits multimédias

Les produits multimédias sont généralement le fruit de l'intégration d'éléments existants avec des éléments créés sur mesure. Ces composantes peuvent porter sur des éléments de contenu et des outils de programmation.

1.1.1 L'accès aux éléments de contenu

Un produit multimédia interactif peut comporter des oeuvres littéraires (textes, y compris le dialogue, la narration, des extraits d'oeuvres imprimées telles que les livres, revues, encyclopédies, manuels d'instruction, etc.), artistiques (dessins, photographies, graphiques, etc.), dramatiques (extraits de films et d'autres oeuvres audiovisuelles) et musicales (incluant paroles et musique), des enregistrements sonores, ainsi que des prestations d'artistes interprètes ou exécutants.

Les éléments de contenu peuvent être créés sur mesure pour le compte du producteur ou celui-ci peut acquérir les droits sur des contenus existants. Dans ce dernier cas, l'accès aux oeuvres peut être individuel, directement auprès des ayants droit, ou il peut se faire via les sociétés de gestion collective ou les banques d'oeuvres.

a) L'accès individuel

En raison de la grande diversité des sujets pouvant faire l'objet des produits multimédias et de la disponibilité de nombreuses sources, tout porte à croire qu'à court et moyen termes, l'offre de contenus multimédias demeurera en majeure partie fragmentée, sauf pour l'émergence de quelques gros joueurs sur la scène internationale qui se tailleront une place de choix dans des secteurs d'activités précis (par exemple, *Walt Disney* dans le champ du divertissement).

Sans éliminer toute possibilité d'abus potentiel, nous sommes d'avis que les probabilités d'incidences négatives, au chapitre de la concurrence, de l'exploitation des droits individuels des fournisseurs de contenus auprès des producteurs multimédias sont plutôt faibles. Le simple exercice des droits exclusifs par son titulaire, lorsqu'il n'est pas accompagné d'un geste ayant pour effet de réduire "indûment" la concurrence ou pouvant être associé à une position dominante sur le marché, ne sera pas considéré comme une contravention à la *Loi sur la concurrence*. Dans le cas où le fournisseur occupe effectivement une position dominante, encore faudra-t-il prouver que cette position lui permet vraisemblablement d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et que ce comportement ne donne pas lieu à une efficacité économique supérieure.

En fait, vu que les contenus peuvent, dans plusieurs cas, être substitués par d'autres contenus équivalents et vu le nombre et la disparité des joueurs dans ce secteur du marché, les fournisseurs de contenus, pris individuellement, seront rarement dans une position de force dans leurs négociations avec les producteurs. Les remarques qui précèdent sont tout aussi vraies en ce qui a trait aux relations entre les nombreux petits producteurs multimédias et les éditeurs/distributeurs.

Conséquemment, ce sera aux ayants droit qui se trouvent dans une position désavantagée par rapport à leur interlocuteur sur le marché, d'être vigilants et de tenter d'obtenir la reconnaissance d'un maximum de droits dans leurs contrats. En résumé, il y a donc peu de possibilités d'abus dans le cadre de l'application des droits individuels. Cependant, comme nous le verrons dans les parties suivantes, les possibilités d'abus augmentent lorsque les contenus sont offerts via les banques d'oeuvres ou de données.

b) L'accès via les sociétés de gestion

Les sociétés de gestion de droits d'auteur peuvent également constituer des sources d'accès des oeuvres protégées par droits d'auteur pour les producteurs multimédias. La plupart des sociétés existantes sont actuellement à réviser leurs règles d'application afin de fixer des tarifs de redevances pour le téléchargement et la diffusion électronique des oeuvres faisant partie de leurs répertoires. Avec le temps, ces sociétés représenteront le mode d'accès privilégié aux oeuvres protégées par le droit d'auteur offertes sur support numérique. Ces sociétés regroupant un nombre important de titulaires de droits dans un secteur donné, nous pourrions présumer qu'elles occupent une position dominante sur le marché. De plus, la négociation d'ententes entre ces dernières et des groupes spécifiques d'utilisateurs pourrait équivaloir à une collusion pour fixer les prix.

Afin d'éviter de telles inférences, la *Loi sur le droit d'auteur* actuelle prévoit trois régimes juridiques qui régissent la relation entre la société de gestion collective des droits et les utilisateurs, et qui, nous le verrons, tiennent compte de l'interrelation avec le droit de la concurrence. En vertu des deux premiers régimes, soit ceux pour l'exécution publique des oeuvres musicales et dramatico-musicales et la retransmission, la Commission du droit d'auteur est chargée d'homologuer les projets de tarifs de redevances qui doivent *obligatoirement* lui être soumis par les sociétés de gestion. Selon le troisième régime, toute société de gestion qui répond à la définition prévue dans la Loi, c'est-à-dire qui a pour mission de fixer des tarifs généraux pour l'octroi de licences en regard de catégories d'utilisations des oeuvres de son répertoire, a la *faculté* de se prévaloir des dispositions de la *Loi* en fonction de deux scénarios:

1. S'il y a désaccord avec les utilisateurs visés sur le tarif des droits applicables, la société de gestion ou l'intéressé peut s'adresser à la Commission du droit d'auteur pour fixer ledit tarif et les modalités y afférentes (procédure d'arbitrage).
2. S'il y a accord sur le tarif des droits applicables et modalités y afférentes, l'une ou l'autre des parties peut choisir de déposer l'entente écrite auprès de la Commission du droit d'auteur, auquel cas, le Directeur des enquêtes et recherches peut avoir accès au double de l'entente.

En application de la théorie de "l'industrie réglementée" (*regulated industry*), les sociétés de gestion collective dont les tarifs et conditions y afférentes sont approuvées par la Commission sont exemptées de l'application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives au complet.

Quant aux sociétés de gestion qui choisissent de déposer auprès de la Commission les ententes passées sans son intervention, l'exemption découle des termes mêmes de la *Loi sur le droit d'auteur*. En effet, par ce dépôt, les parties à l'entente se voient expressément conférer une exemption aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* sur la collusion (article 45). Le Directeur

des enquêtes et recherches peut toutefois déclarer que l'entente est contraire à l'ordre public et la renvoyer à la Commission du droit d'auteur pour examen.

Conséquemment, dès que la Commission intervient pour approuver ou fixer le tarif des redevances, que ce soit en vertu du premier régime obligatoire ou du second régime facultatif, la théorie de l'industrie réglementée entre en jeu. Dans tous les autres cas, les agissements de la société seront sujets à toutes les dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence*.

Quand doit-on considérer qu'une société de gestion non réglementée contrevient aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*? Peter Grant simplifie la question grâce à la règle suivante: en présumant que la société de gestion domine le marché pour l'utilisation visée et qu'elle est en mesure d'octroyer une licence générale [*blanket licence*], elle contrevient aux règles de la concurrence lorsqu'elle opère une discrimination entre les redevances fixées pour des utilisateurs concurrents, ou lorsque sa licence générale exclut la possibilité pour l'ayant droit de négocier directement des licences avec les utilisateurs, c'est-à-dire sans l'intervention de la société de gestion.

Le projet de loi C-32 sur le droit d'auteur, en plus de créer deux nouveaux régimes de gestion collective en ce qui a trait aux exceptions à des fins éducatives et à la copie privée, ajouterait les nouveaux droits statutaires devant être reconnus aux artistes interprètes ou exécutants au sein des régimes de gestion collective des droits existants. Ce qui nous amène à traiter du cas particulier de la négociation avec les artistes interprètes ou exécutants.

''''''

c) Le cas particulier des artistes interprètes ou exécutants

Même si elle est encore peu utilisée dans un environnement interactif, la technologie permet dorénavant d'incorporer les prestations d'artistes-interprètes ou exécutants au produit multimédia. On peut ainsi intégrer des personnages réels au sein d'un entourage (numérique) fabriqué de toutes pièces.

Comme on le sait, à l'heure actuelle, la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants découle des conventions collectives négociées entre les syndicats professionnels d'artistes et les producteurs de films.

Malgré l'émergence d'une industrie du multimédia distincte de l'industrie du film traditionnel, aucune négociation formelle n'a été entamée avec les représentants de ce secteur qui est encore peu organisé. Au contraire, les syndicats professionnels tentent d'imposer les mêmes conditions C y compris le paiement des cachets et droits de suite C pour l'enregistrement des prestations d'un artiste en mode interactif que pour un film conventionnel.

Or, les obligations financières uniformes imposées aux producteurs, qui ont été mûrement réfléchies pour le secteur du film, peuvent s'avérer prohibitives dans le contexte de la production d'un cédérom interactif. Se butant à ces conditions incontournables, les producteurs multimédias peuvent être dissuadés d'utiliser de talents canadiens membres des syndicats dans les productions multimédias interactives réalisées au Canada. Vu la puissance commerciale des syndicats, l'imposition de telles conditions peut avoir comme conséquence de limiter l'entrée sur le marché du multimédia des artistes canadiens et pourrait, notamment si elle est liée à des comportements abusifs, contrevenir aux règles de concurrence.

Parmi les raisons qui, à notre avis, militent en faveur de l'élaboration de conditions distinctes pour les produits multimédias interactifs, nous avons relevé les suivantes: le peu de statistiques fiables sur les coûts de production et autres associés à leur exploitation; l'importance relativement

moindre, dans bien des cas, de la prestation de l'artiste par rapport au produit fini (par exemple, un acteur peut avoir tourné trente minutes de film sur un cédérom qui peut procurer jusqu'à quarante heures de jeu interactif à son utilisateur); et finalement, les fenêtres de distribution des produits qui, pour un certain temps du moins, ne sont pas les mêmes (pour le cédérom, les principales fenêtres de distribution sont les magasins grandes surfaces et spécialisés et les services électroniques en ligne, alors que pour le film, ce sont les salles de cinéma, les télévisions conventionnelle et spécialisée, la vidéo sur demande et à la carte, et la location de vidéocassettes).

Il serait donc préférable que les syndicats professionnels canadiens suivent les traces de nos voisins du sud sur cette question et que soient négociées des ententes distinctes qui tiennent compte des caractéristiques de ce marché naissant.

d) L'accès via les banques d'oeuvres

L'accès aux contenus numérisés via des banques d'oeuvres spécialisées devient de plus en plus répandu. Ces banques facilitent la vie des producteurs en leur procurant des images (par exemple, Banque d'images, filiale du réseau *Image Bank* de Dallas, Texas), des représentations de divers sites de tournage (*Eastman Kodak*), des choix de textures virtuelles (par exemple, des tapisseries de velours, murs de briques, etc.), dont les droits d'auteur afférents, le cas échéant, ont été libérés à l'avance et dont les conditions d'utilisation sont pré-déterminées. Il est possible de prédire que l'offre de ces bases de données se concentrera davantage avec le temps. En effet, de gros joueurs américains et japonais dans le secteur du divertissement s'affairent à acquérir un nombre important de films et d'autres oeuvres dans le but de constituer de vastes bases de données.

Les répertoires de ces banques étant dans la plupart des cas constitués d'oeuvres protégées par le droit d'auteur, pourraient-elles être assimilées à des sociétés de gestion collective au sens de l'article 70.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*? Suivant les critères imposés par cette définition, ces dernières pourraient techniquement être considérées des sociétés de gestion collective au sens de la Loi si leurs fournisseurs établissent des tarifs de redevances pour des "catégories d'utilisations" des oeuvres faisant partie de leurs répertoires respectifs en vertu d'un "système d'octroi de licences".

Comme nous l'avons vu dans les pages qui précèdent, pour être en mesure de se prévaloir de l'exemption prévue à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* sur le complot, la Commission du droit d'auteur doit avoir approuvé ou fixé les tarifs des sociétés de gestion, dans le cadre de la procédure d'arbitrage, ou une entente avec les utilisateurs doit avoir été déposée auprès d'elle.

Si toutefois les conditions d'utilisation du contenu de la base de donnée sont fixées unilatéralement (contrats d'adhésion) par le fournisseur et qu'aucune entente pour un tarif général n'est négociée ou déposée, son exploitation ne tombe pas sous le coup des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* sur la gestion collective. S'il y avait abus, le fournisseur d'une telle banque de données ou banque d'oeuvres serait donc assujéti à toutes les dispositions de la *Loi sur la concurrence*, notamment à celles qui ont trait à l'abus de position dominante et au maintien des prix.

Cette question de la puissance commerciale éventuelle des fournisseurs de banques de données informatisées prendrait davantage d'acuité si le Canada suivait les traces de la Communauté européenne en adoptant une législation *sui generis* pour la protection des bases de données non originales. Nous savons qu'au Canada, les bases de données en tant que telles peuvent être protégées en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, à titre de compilations si elles remplissent le critère d'originalité. Or, la directive adoptée par la Communauté Européenne en mars dernier a pour effet de conférer une protection particulière aux fabricants dont les bases de données ne satisfont pas aux critères d'originalité exigé en droit d'auteur, mais qui ont requis un investissement considérable C d'ordre financier ou autre C pour leur création. Le régime juridique

visent donc à protéger cet investissement qui risquerait autrement d'être englouti impunément, grâce à la facilité de reproduction des technologies de l'information.

Compte tenu des possibilités d'abus que peut engendrer un tel régime de protection (qui ne comporte pas les mêmes sauvegardes que le droit d'auteur traditionnel), les premières versions de cette directive comportaient une disposition autorisant, dans certaines situations, l'octroi de licences obligatoires; elle se lisait comme suit:

Nonobstant le droit prévu à l'article 2 paragraphe 5 d'interdire l'extraction et la réutilisation non autorisées du contenu de la base de données, si les oeuvres ou les matières contenues dans une base de données rendue accessible au public ne peuvent être créées, rassemblées ou obtenues d'une autre source, le droit d'extraction et de réutilisation de tout ou partie des oeuvres ou matières contenues à des fins commerciales devra faire l'objet de licences à des conditions équitables et non discriminatoires.

À la suite des discussions qu'elles ont suscitées, cette disposition a été éliminée de la directive finale et a été remplacée par une autre voulant que la Commission vérifie, à intervalles précis après l'adoption de la directive, si l'application de ce droit a entraîné des abus de position dominante ou d'autres atteintes à la libre concurrence qui justifieraient des mesures appropriées, dont la mise en place d'un régime de licences non volontaires.

1.2 L'accès aux outils de programmation

En plus des éléments de contenu, le produit multimédia incorpore un certain nombre d'outils informatiques ou de programmation qui lui procurent ses fonctionnalités. En termes de droit d'auteur, les logiciels font évidemment partie de la catégorie des oeuvres littéraires, mais leur incorporation dans le produit multimédia est un outil plutôt qu'un élément de contenu. En d'autres termes, leur intégration au produit est transparente pour l'utilisateur qui en bénéficie sans les percevoir directement.

Les logiciels-outils servent à la navigation, à la sonorisation, au traitement des images et du mouvement (par exemple, *Director*, *Metropolis*, *Direct 3-D*, *Open GL*, *J-PEG*, etc.) ainsi qu'à fournir les interfaces entre les divers éléments. Tout comme les contenus, ces outils peuvent être conçus sur mesure ou les droits sur des outils existants peuvent être acquis par le producteur.

Le choix relativement vaste de fonctions, la possibilité de faire sa propre programmation sur mesure (création indépendante/logiciels substitués) sont des éléments qui tendent à favoriser une saine concurrence dans ce secteur du marché. Les entreprises spécialisées dans le développement de ces logiciels-outils représentent un groupe d'acteurs à forte valeur stratégique oeuvrant généralement sur la scène internationale.

Les méthodes de mise en marché de ces logiciels-outils varient considérablement. Certains sont accessibles par des méthodes traditionnelles, c'est-à-dire via l'obtention d'une licence non exclusive directement du producteur du logiciel. Mais vu la rapidité avec laquelle la technologie évolue, d'autres méthodes de marketing plus agressives sont utilisées par les créateurs de logiciels pour "accrocher" les artisans du multimédia au produit.

Ainsi, une des techniques en vogue est de fournir gratuitement aux créateurs les versions de base du logiciel-outil afin de les initier aux normes de l'entreprise. Si ces derniers désirent pousser plus loin l'exploration de l'environnement de travail auquel ils ont été habitués gratuitement, ils doivent acheter cette fois la carte vidéo permettant des applications plus avancées. Ce sont généralement des intermédiaires, les fabricants de la carte vidéo, qui paient pour la licence permettant de supporter la norme établie par les producteurs des logiciels. Cette technique permet

aux producteurs de logiciels-outils de percer le marché C en apparence à moindre coût pour le consommateur ultime de ce produit C tout en rentabilisant l'investissement auprès des entreprises les mieux nanties dans la chaîne de distribution.

Le fait de donner le produit, et donc de le fournir en bas de son prix d'acquisition sera considéré nuisible à la concurrence si ce geste est associé au renforcement d'une position dominante du fournisseur du logiciel-outil dans le marché, s'il a pour effet d'éliminer ou d'empêcher l'entrée sur le marché de concurrents et si l'efficacité économique qui en résulte est nulle ou négligeable.

Lorsque vient le temps de choisir la plate-forme sur laquelle il rendra son produit disponible, le producteur multimédia est aux prises avec une autre donnée du marché: la prédominance des PC (l'omniprésence de *Microsoft*) dictée en grande partie par l'utilisation répandue du logiciel d'exploitation *DOS/Windows*. Dommage pour les producteurs multimédias qui sont majoritairement des "fervents" du MacIntosh et qui doivent composer avec cette réalité! Pour ces derniers, l'existence des plate-formes multiples leur permet d'optimiser la rentabilité de leurs produits et de négocier des ententes de distribution exclusive distinctes pour chacune des plates-formes.

Certains observateurs croient qu'une nouvelle venue sur le marché des langages de programmation réussira peut-être à changer la donne. À leur avis, l'utilisation de plus en plus répandue du nouveau langage informatique *JAVA*, développé par l'entreprise américaine *Sun Microsystems*, viendrait peut-être déstabiliser la puissance commerciale de *Microsoft*. *JAVA* rendrait en effet possible l'utilisation en réseau de tous les logiciels existants, y compris les logiciels d'exploitation de *Microsoft* et leurs mises à jour, sur n'importe quel ordinateur, par le téléchargement de mini-programmes d'interface (*applets*) dans la mémoire de l'ordinateur de l'utilisateur. Les passages suivants en disent long sur la stratégie de mise en marché de *JAVA* qu'il sera intéressant de surveiller sous l'angle de la concurrence:

La technologie appartient corps et biens à *Sun Microsystems*. Personne ne peut donc acheter du *JAVA* ou en modifier la nature. Même si la fabricante se fait un devoir de donner le produit, elle tient farouchement à sa marque de commerce.

Paradoxe? Il n'en est rien. Cette attitude fait de *JAVA* une valeur universelle que personne ne peut monopoliser ou modifier unilatéralement. Tout le monde l'a, tout le monde s'en sert. (...)

À prime abord, la distribution gratuite de *JAVA* peut paraître étrange. Les entreprises informatiques ne sont pas là pour s'adonner à la philanthropie mais bien pour faire des sous. En ce sens, la stratégie de *Sun* fait penser au cheval de Troie. On la soupçonne illico de calcul habile pour mieux pousser sa plate-forme *Solaris*, pour mieux vendre son matériel. (...)

L'intérêt stratégique de *Sun* est bien évident. Plus le monde corporatif louchera vers la solution "thin client" en mode *JAVA*, plus les troupes de Scott McNealy vendront de gros serveurs. Il en faudra de plus en plus. Déjà ce marché se porte très bien. (...)

En même temps, *Sun* n'aura pas le choix. Pour court-circuiter les empereurs du *desktop* micro-informatique, elle devra se faire de plus en plus agressive sur le marché de masse. C'est là qu'elle pourra vendre des quantités faramineuses de puces *JAVA*, de terminaux *SetTop*, de logiciels, etc. Bref, l'avenir semble prometteur.

En réponse à cette offensive, *Microsoft* a rétorqué avec la mise en marché de son propre produit, la norme *ActiveX*, qui répond également au nouveau paradigme de "l'informatique répartie" en permettant le transfert virtuel des logiciels d'application dont l'utilisateur a besoin. En signant

avec *Sun* une licence pour l'utilisation de *JAVA*, *Microsoft* s'assurait de la compatibilité de son produit. Cependant, les deux produits fonctionnent dans des environnements informatiques différents. *Sun* s'est allié à *Netscape* pour développer le nouveau paradigme du serveur réseau alors que le produit de *Microsoft* embrasse le paradigme de la télématique tout en préservant les acquis *Windows*. *Microsoft* mise donc sur la continuité: serions-nous prêt à abandonner tous les investissements dans l'environnement informatique actuel pour s'abandonner au nouveau concept *JAVA*?

Si l'on se réfère à la théorie américaine de l'obstacle à l'innovation, le comportement d'une entreprise qui jouit d'une puissance commerciale dans un marché donné sera considéré illégal lorsqu'il peut être établi que l'entreprise en question n'aurait pas mis sur le marché une nouvelle technologie en l'absence d'une intention prédatrice dont l'objet serait, par exemple, d'enlever une part de marché à un concurrent ou de faire obstacle à l'entrée de nouveaux joueurs dans ce marché. La théorie s'explique par le fait que la concurrence ainsi engendrée est artificielle et de courte durée, tandis que ses effets réels sont d'empêcher l'innovation technologique, en plus de maintenir la puissance commerciale de l'entreprise visée par le comportement.

Il nous faut finalement ajouter que du point de vue des experts en informatique, la percée du langage *JAVA* n'est pas un phénomène d'importance, ce langage ne pouvant supporter des applications multimédias complexes. Sans préjuger du dénouement possible de cette saga des géants de l'industrie informatique, nous nous contenterons d'en être les témoins intéressés...

2.1 La mise en marché des produits multimédias

Pour une analyse pragmatique de la mise en marché, il convient de distinguer la distribution de produits multimédias sur support physique de celle via les services de transmission en direct (Internet, etc.), et les modes dits "hybrides", dont nous traiterons brièvement plus loin. Dans le marché des supports physiques, il faut départager la distribution de masse de celle de produits faits sur mesure.

D'après une étude du Groupe Secor sur le marché du multimédia au Canada et aux États-Unis, ce sont les produits faits sur mesure dans les domaines corporatif et éducatif qui accaparent pour l'instant la plus grande part de marché.

Dans le marché grand public des disques optiques, l'offre est actuellement dominée par un nombre limité de joueurs américains qui contrôlent les réseaux de distribution à l'échelle internationale et qui ont d'importantes ressources financières pour assurer la visibilité et la mise en marché de leurs produits. Ces produits sont mis en vente dans les librairies, chez les disquaires et dans les grandes surfaces et autres magasins. La distribution se fait également par le circuit des ventes directes ou en "bundle", c'est-à-dire que le cédérom est disponible gratuitement avec l'achat d'équipement multimédia ou de revues. À notre avis, la distribution d'un produit en "bundle" ne devient inquiétante du point de vue de la concurrence que lorsqu'elle rencontre les caractéristiques de la vente liée expliquées plus tôt, dont le fait pour une entreprise s'en prévalant d'exercer une puissance commerciale sur le marché et, ce faisant, de réussir à supplanter un compétiteur engagé dans la vente d'un produit comparable.

Comme nous l'avons indiqué plus tôt, l'offre des contenus tout autant que celle des produits multimédia est principalement l'affaire de plusieurs petits joueurs. Ils devront donc, pour la mise en marché de leurs produits, se mesurer aux quelques géants de l'édition et de la distribution ou s'associer à eux. Cette association peut découler du simple octroi d'une cession ou d'une licence de droits par le producteur mais également de sa participation à une alliance stratégique.

Quant aux applications diffusées "en ligne", l'étude Secor mentionne que l'offre est sensiblement moins concentrée, compte tenu que l'accès des producteurs/éditeurs aux réseaux est beaucoup plus "démocratique".

Les observateurs du marché du multimédia constatent que la demande pour les cédéroms connaît une croissance considérablement plus lente que ce qui avait été initialement envisagé et que cette technologie sera vite supplantée, d'une part, par le DVD ou autre disque optique plus performant et, d'autre part, par les services en ligne. Or, nous le verrons plus loin, en ce qui touche aux DVD, la bataille se livrera en grande partie au chapitre de l'établissement de normes acceptables.

Pour ce qui est de l'offre via les services en ligne, nous pouvons supposer que tout joueur doté de contenus intéressants et d'imagination pourra se tailler une place dans la commercialisation de son produit, et ce, vraisemblablement sur la base d'une collaboration avec les entreprises qui seront devenues les gardiennes de l'accès (*gatekeepers*). Selon plusieurs observateurs, l'Internet n'est encore que le précurseur des véritables "inforoutes" qui relieront les serveurs par des réseaux à **larges bandes** (fibre optique, câble co-axial) plutôt que par les bandes passantes actuelles.

Nous pouvons donc imaginer que si la demande du public se fait pressante pour des services électroniques en ligne, le développement des infrastructures de ces inforoutes progressera plus rapidement. Ce serait alors les entreprises responsables du déploiement de ces infrastructures qui deviendraient les principales gardiennes de l'accès, par opposition à la pléiade de fournisseurs Internet actuels. Dans cette éventualité, l'offre de services se resserrerait et les fournisseurs de contenus devraient s'allier aux distributeurs pour s'assurer une place de choix sur le marché. Déjà, ce scénario semble se concrétiser et la déclaration suivante d'une entreprise multimédia québécoise en fait foi:

(...) les sites à contenus interactifs riches offrant de "l'edutainment" et de "l'infotainment", deviendront un atout entre les mains des propriétaires des infrastructures de l'autoroute elle-même, les **Bell Canada, Vidéotron et Cogeco**. (...) Nous nous proposons de céder contre des droits et pour une période limitée nos nouveaux contenus aux propriétaires d'infrastructures.

Afin de contrôler davantage l'utilisation de leurs produits et de s'assurer une source directe de revenus, un nombre croissant de producteurs s'intéressent à la commercialisation de produits multimédias dits "hybrides". Ceux-ci constituent des produits multimédias interactifs offerts en ligne mais dont l'accès n'est que partiel sans l'utilisation d'un cédérom que le consommateur doit s'être procuré.

Finalement, avec la croissance rapide de l'utilisation électronique en ligne, les alliances vont en se multipliant entre les premiers maillons de la chaîne, soit les producteurs des contenus et d'outils multimédias, et les derniers maillons, soit les fabricants de fureteurs et d'équipement de consommation. Ces alliances permettent aux premiers d'augmenter leur visibilité auprès des consommateurs et de soutirer des bénéfices accrus de l'exploitation de leurs produits, et aux seconds, de faciliter leur accès au contenus.

Pour l'instant, nous n'entrevoions pas de problème qui pourrait spécifiquement découler de ces pratiques commerciales, en l'absence des circonstances particulières dont nous avons discuté tout au long de cette analyse.

Ces observations sur les différentes techniques de mise en marché nous amènent sur le terrain des alliances stratégiques, une des méthodes privilégiées de survie sur le marché du multimédia.

Nous verrons que l'exercice des DPI occupe souvent une place importante lors de la formation d'alliances stratégiques et nous examinerons les circonstances dans lesquelles ces alliances peuvent avoir des effets négatifs sur la concurrence et contrevenir à la Loi.

B- Les alliances stratégiques

Du point de vue de son organisation structurelle, l'industrie du multimédia est caractérisée par un nombre incalculable d'alliances stratégiques reliant des entreprises à vocation et de dimension très variées. Son développement tentaculaire s'effectue non seulement dans les départements de R & D des grandes entreprises, mais également par des individus seuls ou en très petits groupes. Les grandes entreprises choisissent de s'allier avec des plus petites pour bénéficier de leur *know-how* dans des domaines d'expertise pointus, tandis que ces dernières ont besoin des grandes entreprises pour obtenir le financement nécessaire à la mise en marché, ainsi que l'accès aux réseaux de distribution et à la clientèle.

Selon l'étude Secor, une des stratégies principalement observée dans le marché consiste à s'imposer dès le départ comme un acteur dominant dans la "course" au multimédia via les ententes stratégiques:

Cette stratégie est caractéristique de marchés en émergence et requiert d'importants investissements initiaux. Pour cette raison, elle est principalement adoptée par de "gros joueurs" qui ont les moyens de financer des investissements qui ne rapporteront (si la stratégie réussit) des rendements que plusieurs années plus tard. **Cette stratégie permet également de minimiser le risque lié à l'apparition d'autres standards concurrents. Pour éviter une situation du type "Beta contre VHS", plusieurs entreprises préfèrent réaliser des alliances stratégiques avec des firmes habituellement concurrentes plutôt que de risquer de subir des lourdes pertes, surtout dans des secteurs nécessitant d'importants investissements initiaux, tel que le multimédia. Dans l'industrie du multimédia, on observe, par exemple, des alliances au niveau de la transmission, du développement d'applications, des manufacturiers d'équipement, etc..**

En fait, plusieurs raisons président à la constitution d'alliances stratégiques qui peuvent revêtir de nombreuses formes. Une étude récente sur les alliances technologiques relevait six principaux types de coopération:

1. Les licences croisées [*Cross-Licensing Agreements*];
2. les ententes de marketing, de distribution et de ventes;
3. les ententes en vue du développement conjoint de produits;
4. les entreprises à risque partagé traditionnelles [*Joint Ventures*];
5. les consortiums; et
6. Les alliances stratégiques.

Ces alliances auront, pour la plupart, des répercussions positives sur l'économie et le progrès technologique, comme l'a d'ailleurs fait remarquer le Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la concurrence canadien:

Le recours à des alliances stratégiques par les entreprises canadiennes, en vue d'améliorer leur compétitivité, mènera souvent à une innovation positive et à des

gains en efficacité, sans effet négatif sur la concurrence. (...) La plupart des alliances stratégiques ne soulèveront aucun problème de concurrence car elles n'ont pas pour effet de maintenir, de créer ou d'accroître la puissance commerciale.

Dans une analyse des questions légales soulevées par les alliances stratégiques, un auteur soulevait l'importance de donner à l'entité issue de l'alliance l'accès aux droits de propriété intellectuelle sur les produits développés ou mis en marché conjointement, non pas par la propriété des droits, comme c'est souvent la tendance, mais bien par l'octroi du droit d'utiliser et de commercialiser la technologie. À ce titre, les accords de "licences croisées", par lesquels deux ou plusieurs entreprises partenaires au sein de l'alliance s'entendent pour s'accorder réciproquement des licences sur leurs produits respectifs (souvent sur les brevets), sont très efficaces, surtout lorsque les conditions propres à ces licences ont été clairement établies à l'avance. D'autres accords peuvent prévoir le regroupement de parties, parfois concurrentes, pour l'échange d'information, la production ou la distribution de produits. Celles-ci peuvent s'entendre pour unir leurs droits de propriété intellectuelle et donner des licences communes (*pool of licensing*).

L'examen des règles généralement applicables aux alliances stratégiques nous apprend qu'en droit canadien, ces dernières peuvent faire l'objet d'un examen en vertu des règles criminelles sur le complot ou des dispositions civiles portant sur les accords de spécialisation, les entreprises à risques partagés, l'abus de position dominante ou les fusionnements.

Les "accords de spécialisation", selon lesquels les parties à l'entente acceptent d'abandonner la production de certains produits ou d'acheter certains produits exclusivement des parties à l'entente, ont pour but de fournir aux entreprises des moyens de réaliser des gains en efficacité qu'elles ne pourraient autrement atteindre que par des formes de collaboration comportant une certaine atteinte à la concurrence. La *Loi sur la concurrence* prévoit que ces accords peuvent échapper aux articles sur le complot et tomber sous le coup des dispositions d'ordre civil de la Loi en autant que les parties inscrivent leur accord auprès du Tribunal de la concurrence et, qu'après un examen préalable, le Tribunal conclue que les gains en efficacité dépassent les risques d'atteinte à la concurrence.

En ce qui a trait aux autres genres d'accord, ils soulèveront une enquête en vertu des règles sur le complot s'il est établi qu'ils ont pour effet d'empêcher ou de réduire "indûment" la concurrence. Pour ce faire, il faut d'abord prouver que les parties avaient l'intention de participer à l'entente, étaient au courant de ses conditions et avaient l'intention de la mettre à exécution. Pour démontrer le caractère indû, la Cour suprême a formulé un test en deux étapes (une fois déterminé le produit et son marché): dans un premier temps, que les parties à l'accord possèdent une puissance commerciale ou pourraient vraisemblablement en obtenir une par suite de l'accord et, dans un deuxième temps, que les comportements des parties sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence, entre autres, par la fixation des prix, la limitation de la production ou le partage du marché.

Nous verrons ci-après, les principes qui régissent l'établissement de normes et la façon dont ceux-ci peuvent se rattacher à l'exercice de DPI.

C- L'établissement des normes [*standards*]

Les normes représentent une dimension importante qui transcende plusieurs aspects du développement et de l'utilisation des produits et services du secteur de l'informatique. Elles sont parfois établies suivant des processus de normalisation formels, comme les normes ISO et celles de l'*American National Standard Institute* ("ANSI"). D'autres résultent de la formation de comités *ad hoc*, d'alliances stratégiques ou de sociétés sans but lucratif. Enfin, certaines normes surgissent spontanément de leur utilisation *de facto*.

Dans les domaines reliés à l'informatique, la fixation de normes peut vraisemblablement stimuler la création et la concurrence comme elle peut aussi engendrer l'effet contraire, en freinant l'innovation technologique et en érigeant des barrières à l'entrée de nouveaux joueurs, tel que l'atteste le passage qui suit:

Standardized or compatible products can foster competition, largely due to the increased ease by which consumers purchasing standardized technologies and products can compare and contrast products. (...) Standardization and compatibility allows new vendors or developers to compete in markets that are defined around peripheral or related services, and devices connected to the underlying technology. The availability of standards for certain "platform" products may even inspire the creation of more complementary products. Finally, compatibility is critical to gain the benefits of network externalities, making a particular technology more widely available to consumers.

Yet, standards can also have adverse technological and economic impacts. Standards, and the process of standardization, may cause a potential loss of variety and reduction in the number and quality of the diverse systems available in the marketplace. A danger also exists that the standard will cause customers to "lock-in" to a particular technology (...) As a result, standards can preclude innovative and potentially useful products from entering the market, thereby protecting the current suppliers and their products. (...) Finally, standards may inhibit research that explores methods and approaches beyond the standard.

La technologie qui sous-tend une norme étant dans bien des cas constituée d'algorithmes protégés par brevet, l'accès à la technologie et à son marché sont dépendants de l'exercice de ce brevet.

À titre d'illustration, on annonçait l'an dernier qu'un accord était enfin intervenu entre les membres d'un consortium (formé des principaux joueurs de l'industrie) aux fins de développer une norme de compression des données sur le support DVD. Or, les intérêts étaient si discordants que l'accord s'est effrité et les intervenants se sont trouvés laissés à eux-mêmes. L'absence de normes communes a pour conséquence de ralentir les développements (applications et équipements) qui se rattachent aux supports DVD, en plus d'obliger les développeurs d'applications à obtenir des licences individuelles des détenteurs de brevets sur les technologies qui supportent la norme qu'ils désirent utiliser. Cette situation démontre combien les enjeux économiques de l'établissement d'une norme sont importants, tant du point de vue de l'innovation technologique que de celui de la défense des intérêts individuels des titulaires de droits.

Il va sans dire que les joueurs possédant une puissance commerciale se trouvent dans une position stratégique privilégiée lors de l'établissement des normes de l'industrie. Il est donc primordial que le processus mis en place pour leur détermination soit le plus démocratique possible et qu'il respecte certaines conditions déterminées à l'avance.

Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence américaines un certain nombre de règles qui peuvent nous guider afin de préciser les situations dans lesquelles les titulaires de DPI sont admis à exercer leur droits dans le contexte de l'établissement d'une norme.

Il faut d'abord et avant tout que les participants à l'établissement d'une norme déclarent aux autres s'ils détiennent des droits de propriété intellectuelle (ou si une demande d'enregistrement est pendante) pouvant avoir un lien avec la norme à définir. Deux causes américaines portaient sur des situations où le titulaire d'un brevet a omis de déclarer l'existence du brevet aux autres participants et a tenté, une fois la norme adoptée et son utilisation répandue, d'exploiter ce brevet auprès des utilisateurs. Ces comportements ont été jugés comme allant à l'encontre des règles de

la concurrence et le titulaire de droits a été privé de l'exploitation de son brevet pendant une période de temps prolongée.

En vertu de la doctrine dite des "éléments essentiels" [*essential facilities*], un titulaire de brevet sera forcé de donner accès à la technologie visée par son brevet lorsque les circonstances suivantes se retrouvent:

1. L'élément jugé essentiel à la concurrence est détenu par une personne ayant un monopole;
2. aucun concurrent sur le marché n'est raisonnablement habilité à produire un substitut de cet élément essentiel;
3. l'accès à l'élément essentiel a été nié au concurrent; et
4. l'élément essentiel peut être réellement fourni.

Un élément essentiel protégé par un brevet peut toutefois être fourni aux concurrents en contrepartie du paiement d'une redevance raisonnable. Dans le contexte de l'établissement de normes par des ayants droit, ce n'est donc pas l'exercice des DPI ni l'exigence d'un paiement qui va à l'encontre des règles de concurrence mais bien l'utilisation abusive ou tronquée des droits de propriété intellectuelle.

CONCLUSION

L'industrie du multimédia en est peut-être à ses débuts mais elle est en voie de subir des transformations encore bien plus marquées. Bon nombre de grandes entreprises se sont lancées, tête perdue, dans ce nouvel univers virtuel enchanteur. Sauf que la dure réalité en a ramené plusieurs sur le plancher des vaches et quelques-unes d'entre elles ont même décidé de plier bagage et de fermer leurs divisions multimédias. Celles qui restent dans la course font désormais preuve de prudence et scrutent les projets soumis avec une rigueur qui n'avait pas cours durant les premières années d'engouement. Nous pouvons d'ores et déjà prévoir une restructuration importante de l'industrie. Le goulot d'étranglement se resserera davantage pour la distribution de supports tangibles. En ce qui a trait à la distribution électronique en direct, les joueurs placés sur la ligne d'accès à la consommation, et ceux qui s'y seront alliés, s'arrogeront la plus grande part des recettes.

Nous avons vu que l'exercice des droits de propriété intellectuelle par les divers ayants droit dans la chaîne de distribution des produits multimédias pourra, dans certaines circonstances, se confronter aux règles du droit de la concurrence. De façon générale, nous avons pu comprendre que les risques de contravention à ces règles, en droit canadien, demeurent relativement faibles. La technologie évolue à une vitesse effarante, les joueurs sont nombreux et imaginatifs, et les chances de succès demeurent encore minces. Au Canada, ce n'est, en définitive, que lorsque les ayants droit sont en position dominante sur le marché et qu'ils agissent abusivement, c'est-à-dire de façon à limiter indûment la concurrence sans une contrepartie en efficacité, que les règles de concurrence seront enfreintes. La plupart du temps, l'exercice des droits de propriété intellectuelle constituera un levier essentiel afin de générer les revenus nécessaires pour stimuler la création. Les techniques de mise en marché, les alliances stratégiques et l'établissement de normes compatibles engendreront un apport complémentaire à l'exploitation de ces droits.