Document generated on 10/11/2024 10:15 p.m.

Revue du notariat

LES MÉCANISMES DE LA CONCURRENCE ET LA RÉGULATION DU PRIX DU LIVRE

Charlaine BOUCHARD

Volume 115, Number 2, 2013

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1044722ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1044722ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)
2369-6184 (digital)

Explore this journal

Cite this article

BOUCHARD, C. (2013). LES MÉCANISMES DE LA CONCURRENCE ET LA RÉGULATION DU PRIX DU LIVRE. *Revue du notariat*, *115*(2), 229–269. https://doi.org/10.7202/1044722ar

Tous droits réservés © Charlaine BOUCHARD, 2014

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

LES MÉCANISMES DE LA CONCURRENCE ET LA RÉGULATION DU PRIX DU LIVRE

Charlaine BOUCHARD*

Introduction 231

1. Le modèle de la libre concurrence : les risques de concentration autour des nouveaux acteurs issus de l'Internet (exemple américain) 240

   1.1 Les ententes sur la fixation du prix et les exclusivités technologiques et contractuelles : les différentes armes de la concurrence sur le prix 240

   1.2 La préemption de marché et l'impossibilité d'agir du droit de la concurrence. 248

   1.3 La désintermédiation : le passage d'une économie réelle à une économie virtuelle. 250

   1.4 L'impact de la concentration sur la diversité des points de vente 251

2. La maîtrise des prix par l'éditeur : des effets structurants pour l'industrie (modèle français) 254

   2.1 Le régime du prix fixe dans les autres pays 254

   2.2 Les conséquences sur l'évolution du prix du livre . . 256

   2.3 Le caractère non substituable du livre. 260

Conclusion 261

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

INTRODUCTION

Dans le monde culturel, l'industrie du livre au Québec est un secteur important[1] et largement réglementé. La *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le secteur du livre*[2] date aujourd'hui de 1981. Son objectif général était de structurer le secteur en réglementant les pratiques commerciales des entreprises de la chaîne du livre requérant le soutien de l'État. Il s'agissait alors de favoriser une diffusion plus efficace du livre sur l'ensemble du territoire québécois. De façon plus spécifique, l'objet de la Loi était double : d'une part, donner un meilleur accès au livre dans toutes les régions du Québec en y implantant un réseau de librairies agréées et en favorisant le maintien de prix raisonnables pour les livres québécois et étrangers. D'autre part, favoriser l'essor d'une infrastructure québécoise d'édition, de distribution et de vente du livre au sein de cette grande industrie.

Cette législation a évidemment façonné le paysage concurrentiel actuel de l'industrie du livre, par une diversité des points de vente, ainsi que par un éventail élargi de livres offerts au public. De façon générale, il existe au Québec beaucoup moins de *concen-*

---

1. Le livre au Québec demeure un poids lourd de l'industrie culturelle, avant le spectacle, la scène et le cinéma. Il s'agit d'une industrie employant 10 000 travailleurs et estimée à 810 millions de chiffres d'affaires en 2008. Plus de 4 500 nouveaux titres sont publiés chaque année au Québec, ce qui signifie au prorata de la population du Québec un volume d'édition comparable à la France, à l'Allemagne et à l'Italie. De plus, le système d'importation et de distribution met en marché environ 30 000 nouveaux titres chaque année. Enfin, 52 % des ventes des librairies québécoises sont des livres québécois. Sans entrer dans les détails, la structuration du réseau mis en place par la Loi de 1981 est fondée sur les principes suivants : les distributeurs et les éditeurs doivent faire une remise de 40 % aux librairies agréées. Les acheteurs institutionnels, comme les écoles et les bibliothèques, doivent acheter les livres aux prix courants des librairies agréées de leur région. En retour, les librairies agréées doivent satisfaire certaines exigences en matière de stocks (2000 titres québécois et 4000 titres étrangers/recevoir les offices d'au moins 25 éditeurs agréés et garder les titres en étalage au moins 4 mois) et de qualité des services offerts (équipement bibliographique exigible par règlement/aire étalage réservé aux livres).
2. *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le secteur du livre*, RLRQ, c. D-8.1. Cette loi a été adoptée en 1981.

tration[3] qu'ailleurs en Amérique du Nord, ce qui constitue un avantage tant pour l'industrie que pour les consommateurs. Pour toutes ces raisons, 30 ans après son adoption, la Loi québécoise fait encore l'objet d'un large consensus[4] dans le milieu, bien que les différents acteurs de la filière québécoise du livre reconnaissent aussi que la situation de la concurrence dans le secteur du livre a beaucoup évolué et qu'ils font face aujourd'hui à de nouvelles formes de pressions :

> Petits changements successifs qui individuellement sont insignifiants mais, au total, forgent des *pratiques commerciales nouvelles* lesquelles deviendront des *aménagements définitifs*.[5]

Nous insistons particulièrement sur ces derniers mots qui ont une connotation particulière en droit de la concurrence. Et sans vouloir être alarmiste, les différents acteurs de la filière du livre doivent agir rapidement s'ils veulent miser eux aussi sur un marché en pleine mutation.

L'industrie québécoise du livre doit aujourd'hui relever de nouveaux défis alors insoupçonnés à l'époque de l'adoption de la Loi, qu'il s'agisse de la *concurrence livrée par les grandes surfaces* ou encore de *l'arrivée de la distribution numérique*, pour ne prendre que ces exemples. Ces mutations inquiètent les librairies québécoises, également aux prises avec un problème de *pérennité*[6], notamment

---

3. On retrouve dans l'industrie québécoise du livre un réseau de librairies indépendantes, des librairies scolaires, des chaînes de libraires, des grandes surfaces, etc.
4. Les membres de la Table de concertation du livre (associations d'écrivains, d'éditeurs, de distributeurs, de libraires, de coopératives en milieu scolaire et de bibliothécaires) se sont prononcés officiellement à l'unanimité en faveur du maintien de la Loi lors d'une rencontre avec le ministère de la Culture, des communications et de la condition féminine, tenue à Montréal le 2 décembre 2008.
5. ASSOCIATION DES DISTRIBUTEURS EXCLUSIFS DE LIVRES EN LANGUE FRANÇAISE, *Assemblée générale extraordinaire,* 29 octobre 2009. Nos italiques.
6. Ces transformations fondamentales doivent se faire au même moment que la transmission d'une génération entière d'entrepreneurs du livre, comme une majorité de PME, doivent prendre leur retraite sans avoir planifié la transmission de leur entreprise : « La dégradation du contexte d'affaires actuelle et anticipée dans le secteur de la librairie est-elle à l'origine des problèmes de relève ? Chose certaine, la génération montante ne se bouscule pas pour acheter les librairies existantes ou en ouvrir de nouvelles. L'Association des libraires du Québec (ALQ) considère d'ailleurs cette question comme un enjeu fondamental de la profession et s'y investit beaucoup [...]. La relève a aussi été citée en tête de liste des enjeux de la librairie par le Comité des sages, comité *ad hoc* formé des trois anciens présidents de l'ALQ [...]. Dans leur rapport du 16 février 2009, ceux-ci avaient attiré (à suivre...)

causé par l'absence de relève ; pour ce qui est de ce dernier point, il s'agit cependant d'une caractéristique qui n'est pas limitée aux librairies, mais à l'ensemble des PME.

L'objectif de ce travail est donc de susciter la réflexion – la provoquer même –, *avant qu'il ne soit trop tard*, c'est-à-dire avant que volontairement ou encore par accident, quelques acteurs, qui ne faisaient pas traditionnellement parties de la chaîne du livre, ne prennent les rênes du jeu de la concurrence. Cette introspection, ce regard critique posé sur l'industrie du livre permettra de profiter d'un avantage important : *l'expérience vécue par la musique, par les médias et par le cinéma, qui tour à tour ont dû – et doivent encore – lutter, se transformer et s'adapter pour perdurer !* Et le moment apparaît extrêmement bien choisi puisque les questionnements de l'industrie du livre coïncident avec une autre réforme importante, *la protection du droit d'auteur*, qui constitue en réalité l'autre dimension de la question[7].

Il faut d'ores et déjà se poser LA question : *quels effets auront sur la lecture la cohabitation du support numérique avec le support placé depuis des siècles au cœur de l'acte de lire ?* Prenons l'exemple du *iPod* qui a permis à *Apple*, jusque-là absent du marché de la musique, d'imposer *de façon dominante*[8] une technologie de diffusion en ligne de fichiers dont il gardait le monopole. Même si la *domination* d'*Apple* n'a pas duré, il n'en demeure pas moins que cette domination a eu des effets considérables sur la puissance relative des acteurs du secteur, mais surtout sur le consommateur pour qui *le iPod – et ses petits frères, soit le iPhone et le iPad* – est devenu LE support de référence.

(...suite)
l'attention sur les problèmes de succession, mais aussi sur celui de la main-d'œuvre en librairie, puisqu'il est de plus en plus difficile de recruter et de garder des librairies compte tenu des salaires versés. Cela ne risque pas de s'améliorer avec la pénurie généralisée de main-d'œuvre qui guette le Québec. » : ASSOCIATION DES DISTRIBUTEURS EXCLUSIFS DE LIVRES EN LANGUE FRANÇAISE, *Les nouveaux paramètres de la diffusion du livre au Québec, Enjeux et perspectives d'avenir,* 14 décembre 2009, p. 5 ; F. RICHER, *Les librairies indépendantes du Québec,* Association des libraires du Québec, 2007, 31 p.

7. *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur,* projet de loi nº C-32 (2e lecture et renvoi à un comité – 5 novembre 2010), 3e sess., 40e légis. (Can.). Il est à noter que ce projet de loi est mort au feuilleton au moment de la dissolution de la Chambre lors de l'élection du printemps 2011.
8. Il est fait ici référence à la notion d'abus de position dominante au sens de la *Loi sur la concurrence,* L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 79.

Est-ce qu'un outil de lecture pourra à son tour réaliser ce tour de force ? Séduire d'une façon aussi puissante et s'approprier l'idée même de la consommation du livre numérique ? La véritable question est-elle plutôt celle du *moment* du basculement vers de nouvelles technologies ou supports ? Actuellement, les observateurs parlent de cohabitation de l'imprimé et du livre numérique

Il existe également un autre élément important et influent sur le basculement. À ce jour, il n'existe pas encore de support de lecture numérique de référence. Le support de l'avenir devra être techniquement neutre pour pouvoir s'imposer. L'« interopérabilité »[9] devra le caractériser, ce qui implique que le support pourra lire tout contenu.

De plus, de tous les contenus soumis à la dématérialisation, le livre semble promis au plus grand choc. Alors que peu importe le support, un film demeure un film, c'est-à-dire un contenu proposé de façon linéaire et que la musique est passée du concept de l'album à celui de morceau, pour le livre, tout paraît possible avec l'évolution technologique. On peut y ajouter des contenus hétérogènes, y fragmenter du texte, ce qui conduit à s'interroger sur la définition même d'un livre numérique. Par exemple, dans *Le Devoir* du 21 juillet 2010, on titrait : « Des éditeurs lancent les « éditions amplifiées » » :

> **New York** – La dernière mode dans le nouveau monde du livre électronique semble être l'« édition amplifiée ». La maison d'édition Penguin Group et Starz Entertainment viennent de collaborer à une version amplifiée du succès de Ken Follet, *The Pillars of the Earth* (Les pilliers de la terre), qui comprend un volet vidéo et des extraits audio.
>
> L'édition électronique, lancée hier pour l'iPad d'Apple, et plus tard cette semaine pour l'iPhone et l'iPod, est liée à une minisérie de huit épisodes qui sera diffusée sur Starz, The Movie Network et Movie Central à compter de vendredi.
>
> Le projet combine le texte complet du roman et de longs extraits de la production télévisée, qui s'ajouteront au fur et à mesure que la mini-série sera diffusée. On y retrouve également des entrevues avec l'auteur, des croquis des décors, certaines pièces musicales de la série

9. L'interopérabilité des supports et des contenus est la mesure de la neutralité technique. Lorsqu'elle est maximale, un support peut lire tout contenu et un contenu est lisible sur tout support. L'interopérabilité va de pair avec la taille des marchés : Bruno PATINO, *Rapport sur le livre numérique*, Paris, ministère de la Culture et de la Communication, 2008, p. 12, en ligne : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportpatino.pdf>.

> et un arbre généalogique permettant d'en apprendre davantage sur les personnages. Des entrevues avec les acteurs sont aussi incluses.
>
> Penguin et plusieurs autres maisons d'édition ont créé des projets multimédias dans les dernières années. Une entreprise californienne, Vook, a créé les livres vidéo, combinant texte et vidéoclips pour des ouvrages variés tels que des guides d'exercice ou une collection d'histoires de Franz Kafka.
>
> Penguin prépare d'autres éditions amplifiées, tant dans des œuvres de fiction que de non-fiction.

Ces « éditions amplifiées » constituent-elles l'archétype du livre de demain ? L'édition des bons vieux livres sur support papier, deviendra-t-elle rapidement un vestige d'une époque révolue ? L'hégémonie du livre numérique sur le livre papier n'est heureusement pas pour demain. Alors qu'en France le livre numérique n'a toujours pas décollé, il dépasserait aujourd'hui les 10 % chez nos voisins du sud[10] ; au Québec, on parle plutôt de 5 %[11] représentant près de 30 000 livres francophones disponibles à la vente.

C'est donc à ces questions, et à plusieurs autres encore, que nous réfléchirons dans les prochains paragraphes, à travers un questionnement plus général portant sur la concurrence dans l'industrie du livre.

• *La Loi sur la concurrence*

La *Loi sur la concurrence* constitue une loi d'ordre public économique de direction[12]. En ce sens, il s'agit de l'un des plus beaux exemples d'intervention étatique établissant des limites à la liberté de contracter et de faire commerce au nom de l'intérêt public. Elle repose sur la prémisse qu'un niveau de concurrence suffisamment élevé est souhaitable, non seulement afin d'assurer aux consomma-

---

10. Sandrine BAJOS, « *Amazon* lancerait son *kindle* en France en octobre », *La Tribune,* 8 septembre 2011, en ligne : <http://www.latribune.fr/technos-medias/20110908trib000647802/amazon-lancerait-son-kindle-en-france-en-octobre.html>.
11. S. CLÉMENT, « Québec : 5 % de lecteurs de livres numériques », *ActuaLitté,* 31 janvier 2011, en ligne : <http://www.actualitte.com/actualite/24009-ebok-quebec-ventes-lecture-marche.htm>.
12. Nabil N. ANTAKI et Charlaine BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise : entrepreneurs et sociétés de personnes*, t. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 44-47 ; Vincent KARIM, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », (1999) 40 *C. de D.* 403.

teurs des prix raisonnables, mais aussi pour favoriser une utilisation maximale des ressources économiques du pays et stimuler le progrès et l'innovation. Partant, la Loi s'attaque aux comportements qui tendent à réduire le niveau de concurrence sur un marché donné. Son objectif est décrit dans les termes suivants à son article 1.1 :

> La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

D'un point de vue commercial, la concurrence est la compétition que se livrent les différents fournisseurs d'un même type de produit dans un marché déterminé pour s'attirer la clientèle qui y est intéressée. Cette compétition, soutenue par la loi de l'offre et de la demande, peut se jouer sur les prix, les conditions de vente ou la qualité du produit offert. Pour parvenir à offrir de meilleurs prix, de meilleures conditions de vente ou de meilleurs produits, les entreprises en compétition devront rechercher une gestion plus efficace ou développer des moyens de production plus performants. Elles doivent faire preuve d'imagination et d'innovation afin d'augmenter leur productivité, sans quoi elles devront réduire leur marge de profit, risquant ainsi de mettre en péril leur santé financière. La concurrence force donc les entreprises à se dépasser. Du coup, celles-ci espèrent devenir plus concurrentielles à la fois sur les marchés locaux et sur les marchés mondiaux et les consommateurs bénéficier d'un meilleur choix, à meilleurs prix.

À l'inverse, l'absence de concurrence permet d'augmenter les prix sans qu'aucun effort de développement ne soit nécessaire. Dans la situation extrême, une entreprise détenant un monopole pourra réaliser des marges de profit illimitées en offrant le minimum aux consommateurs. Une telle mainmise sur le marché place l'entreprise dans un confort endormant et, manifestement, contraire à l'intérêt du public.

La *Loi sur la concurrence* cherche donc à maintenir une libre concurrence. Pour ce faire, elle s'intéresse aux manœuvres qui sont susceptibles d'empêcher ou de réduire la concurrence. Ainsi, seront

généralement qualifiées d'*anticoncurrentielles les opérations qui ont pour objectif d'éliminer un compétiteur existant ou de rendre impossible l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché*[13].

En outre, il ne faut pas perdre de vue l'objectif fondamental de la *Loi sur la concurrence* : l'efficience économique[14]. Par conséquent, seuls les *comportements anticoncurrentiels non efficients* sont sanctionnés par la Loi. Ainsi, une pratique qui réduirait la concurrence, tout en conduisant à un progrès, à une meilleure utilisation des ressources ou encore à un gain en productivité, demeurerait acceptable, car conforme à la politique de la concurrence soutenue par la Loi et ne devrait pas être réprimée[15].

Le contrôle de la concurrence appelle donc à *une analyse rigoureuse des effets potentiels d'une manœuvre commerciale sur le marché en cause et de l'intention dans laquelle le geste est posé*. Lorsque l'acte qui est susceptible de diminuer la concurrence s'avère générateur d'efficience et de bénéfices ou ne révèle pas une motivation principalement prédatrice, il ne sera pas qualifié d'anticoncurrentiel au sens de la Loi. L'efficience économique constitue une fin en soi et la concurrence n'est qu'un moyen d'y parvenir[16]. C'est pourquoi la

---

13. Joseph A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper Torchbooks, 1950.
14. L'origine de cet objectif d'efficience se trouve dans le rapport du Conseil économique du Canada qui préconisait que « l'objectif de la politique relative à la concurrence devrait être d'obtenir le rendement le plus efficace possible de l'économie [...] en termes aussi bien dynamique que statique [...] et d'éviter le gaspillage économique ». [...] « L'intention dans laquelle le geste est posé » est importante pour les incriminations pénales, mais demeure sinon inexistante, du moins moindre pour les dispositions civiles de la Loi où l'exigence de *mens rea* est absente : CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
15. ECONOMIC COUNCIL ON CONSUMER AFFAIRS AND COMPETITION POLICY, *Interim Report on Competition Policy*, juillet 1969, cité dans R.J. ROBERTS, *Anticombines and Antitrust, The Competition Law of Canada and the Antitrust Law of The United States*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 20.
16. Les auteurs les plus connus de ce courant économique datant des années 1970 sont les économistes Georges J. STIGLER, « A theory of Oligopoly », *The Journal of Political Economy*, reproduit dans R.D. IRWIN, *The Organisation of Industry*, 1968, chap. 5, p. 39-63 ; Harold DEMSETZ et Yale BROZEN, et les juristes Robert H. BORK, *The Antitrust Law : an Economic Perspective*, University of Chicago Press, 1976. L'efficience économique implique d'abord une répartition optimale des biens entre les différents agents économiques ; ensuite, elle nécessite que les facteurs de production soient parfaitement répartis au sein même des entreprises. L'efficience revêt trois aspects : l'efficience d'allocation, l'efficience de production et l'efficience d'innovation. Il y a efficience d'allocation lorsque les

(à suivre...)

politique de la concurrence au Canada ne vise pas l'idéal d'une libre concurrence totale et parfaite, mais simplement un environnement stimulant dans lequel les entreprises doivent évoluer en réponse au marché et qui reflète la réalité commerciale canadienne[17].

Dans cet esprit, la *Loi sur la concurrence* propose un ensemble de mesures diverses qui encadrent les relations commerciales entre les entreprises et qui tendent à freiner l'instinct prédateur propre à leur nature. Certaines de ces mesures sont générales, comme celles relatives à l'abus de position dominante[18] ou aux ententes anticoncurrentielles[19]. D'autres visent des comportements très spécifiques, comme le refus de vendre[20], le maintien des prix[21] ou la publicité trompeuse[22]. Le régime entourant les fusions d'entreprises[23], par exemple, s'applique aux fusions entre des acteurs ayant le même objet commercial, de même qu'aux fusions qui s'opèrent entre un fournisseur et un distributeur. Par contre, en matière d'ententes, seules les relations horizontales sont visées.

À côté des exemptions prévues par le législateur, la jurisprudence canadienne applique à la *Loi sur la concurrence* la « théorie de la conduite règlementée. Un secteur est dit réglementé lorsque l'État, de manière directe ou par l'intermédiaire provincial ou administratif, « substitue aux Lois du marché des mécanismes législatifs ou réglementaires comme régulateur »[24] de ce secteur. Au Canada,

---

(suite...)
biens ou les services correspondent en quantité et en qualité à ceux que les consommateurs désirent le plus, ce qui est reflété par le prix qu'ils sont disposés à payer sur le marché. L'efficience de production désigne la capacité de produire (et distribuer) aux coûts les plus bas, en utilisant le moins de ressources possible. L'efficience d'innovation correspond à la faculté de répondre aux changements des préférences chez le consommateur et de tirer profit de l'innovation et du développement technologique. L'efficience allocative et productive sont considérées à un moment donné dans une perspective statique alors que l'efficience innovatrice connaît un traitement dynamique dans la mesure où elle a l'avantage de stimuler les efficiences allocative et productive.

17. R.J. ROBERTS, *op. cit.*, note 15, p. 37.
18. *Loi sur la concurrence,* L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 78-79.
19. *Id.*, art. 45, 45.1 et 90.1.
20. *Id.,* art. 75.
21. *Id.,* art. 76.
22. *Id.*, art. 74.01 et s.
23. *Id.*, art. 91 et s.
24. Daniel Martin BELLEMARE, « Les secteurs réglementés », dans Serge BOURQUE (dir.), *Nouvelle Loi sur la concurrence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 154 ; BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, « Les activités « réglementées » », *Bulletin d'interprétation,* 27 septembre 2010.

le législateur fédéral, mais surtout provincial, est intervenu pour réglementer expressément certains secteurs. Il en va ainsi de secteurs comme la mise en marché de produits agricoles[25], les services professionnels[26], ou encore l'industrie culturelle québécoise avec sa *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre*[27]. Dans ce contexte, il faut s'interroger sur l'application de la *Loi sur la concurrence* à ces secteurs économiques assujettis à un cadre législatif et réglementaire spécifique. La Cour suprême du Canada a répondu par la négative à cette question en affirmant que les actes réglementés par une province, et donc conformes à une loi provinciale, sont présumés être dans l'intérêt public et ne peuvent, par conséquent, être contraires à une disposition fédérale de nature pénale également adoptée dans l'intérêt public[28]. Ainsi, une entreprise accusée d'avoir enfreint la *Loi sur la concurrence* peut soulever en défense qu'une loi ou un règlement fédéral ou provincial, valide, autorise les comportements qu'on lui reproche. Il s'agit donc d'un moyen de défense, et non d'une exemption aux règles de la concurrence[29], qui ne met pas l'entreprise à l'abri des poursuites dont le fondement serait constitutionnel.

Il conviendra maintenant de présenter les limites du droit canadien de la concurrence par rapport au droit américain et européen. Plus précisément, ce document tend à exposer les deux dynamiques principales dans la réglementation du commerce du livre : la concurrence sur le prix et les systèmes d'intégration verticale (le modèle de la libre concurrence, dont les États-Unis constituent un exemple) (1.) et la maîtrise du prix par l'éditeur (le modèle du prix unique, avec la France au premier plan) (2.).

---

25. *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*, RLRQ, c. M-35.
26. *Code des professions*, RLRQ, c. C-26.
27. *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre,* RLRQ, c. D-8.1.
28. Voir notamment l'important arrêt de la Cour suprême : *Canada (P.G.)* c. *Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, 354-356. Voir également *Re The Products Marketing Act (1956),* [1957] R.C.S. 198. Nos italiques.
29. *Waterloo Law Association et al.* c. *Attorney General of Canada*, 58 O.R. (2d) 275, 282 ; *R.* c. *The Independant Order of Foresters*, D.C.O. (décision non rapportée rendue le 13 janvier 1987) ; *Industrial Milk Producers* c. *B.C. Milk Board*, 21 C.P.R. (3d) 33, 49.

1. LE MODÈLE DE LA LIBRE CONCURRENCE : LES RISQUES DE CONCENTRATION AUTOUR DES NOUVEAUX ACTEURS ISSUS DE L'INTERNET

L'étude du droit comparé, particulièrement pour la France et les États-Unis, permet de constater que les acteurs défavorables à l'encadrement du prix du livre sont essentiellement les entreprises qui brillent au firmament de la nouvelle économie. Il faudra donc s'interroger sur les conséquences engendrées par l'entrée en scène remarquée de ces opérateurs du numérique et l'émergence de positions dominantes dans le paysage concurrentiel.

En effet, dans un système de libre concurrence, comme c'est le cas pour les États-Unis et le Canada anglais, quatre dangers guettent principalement le secteur. En premier lieu, certains acteurs très puissants vont tenter de fixer le prix du marché pour les livres numériques ou encore se servir des livres numériques comme produit d'appel afin d'augmenter les ventes d'autres biens (1.1) ; en deuxième lieu, nous traiterons du caractère potentiellement structurant des pratiques dénoncées dans la section précédente (1.2) ; quant à la troisième section, elle s'intéressera au phénomène de dématérialisation qui, avec l'arrivée d'Internet, vient perturber la chaîne du livre (1.3) ; enfin, la quatrième section permettra de mesurer l'impact de ces pratiques sur la diversité éditoriale (1.4).

1.1 Les ententes sur la fixation du prix et les exclusivités technologiques et contractuelles : les différentes armes de la concurrence sur le prix

• *Les ententes sur la fixation du prix du livre*

Amazon, cette librairie américaine, constitue l'une des rares entreprises dont les activités sont exercées exclusivement en ligne ; de même, l'entreprise Dell, qui a survécu à l'éclatement de la première bulle du numérique, nous vient également en tête. Dans le cas d'Amazon, il s'agit d'une entreprise qui s'avère aujourd'hui extrêmement bien positionnée sur le marché du livre papier et qui, forte de cette position, a fixé seule le prix des livres numériques pour l'ensemble du marché en obligeant ses concurrents à s'aligner sur ses bas prix. Sa stratégie commerciale est fondée sur des prix attractifs pour les « meilleurs vendeurs », ainsi que sur un nombre important de références disponibles. Il n'est pas exagéré de penser qu'une éventuelle concentration rapide du marché pourrait s'accompagner

de standards de prix au niveau du prix de détail. Reprenons l'exemple d'Amazon aux États-Unis. Avant la sortie du iPad d'Apple, cette entreprise était en voie d'imposer un tel standard commercial en tarifant les nouveautés, sous la forme de livres numériques, à 9,99 $:

> **Soupçon d'entente sur le prix des livres électroniques** Le ministre de la Justice de l'État américain du Connecticut a indiqué hier qu'il s'interrogeait sur une possible entente sur les prix des livres électroniques, demandant aux géants Apple et Amazon de répondre à ses interrogations.
>
> Après un examen préliminaire, les services [du ministre Richard] Blumenthal ont déjà découvert que les prix des titres électroniques proposés par Amazon [pour son appareil Kindle], Apple [pour la tablette iPad] et [les libraires] Borders et Barnes and Nobles [pour leurs tablettes Kobo, libre et Nook] sont identiques pour plusieurs titres de la liste des meilleurs vendeurs du New York Times », a indiqué le ministère dans un communiqué.
>
> « Les accords conclus entre les éditeurs et Amazon et Apple semblent avoir déjà débouché sur des prix uniformes pour beaucoup de livres électroniques les plus populaires – ce qui prive potentiellement les consommateurs de prix concurrentiels », a indiqué M. Blumenthal, cité dans le communiqué.
>
> Ni les éditeurs ayant conclu des accords avec eux (Macmillan, Simon & Schuster, Hachette, HarperCollins et Penguin) ni les librairies n'ont été convoqués à ce jour.
>
> Jusqu'au lancement de l'iPad en avril, Amazon, qui était clairement dominant sur le marché, vendait la plupart des livres électroniques à 9,99 $, achetant les titres en bloc aux éditeurs et les vendant parfois à perte.
>
> Depuis lors, Apple s'est mis d'accord sur un nouveau mode de rémunération des éditeurs, libres de fixer leurs prix, ce qui a conduit au relèvement de certains prix de 12,99 $ à 14,99 $. À contrecœur, Amazon s'était résolu à s'aligner sur les conditions proposées par Apple.[30]

Une telle organisation du marché pourrait avoir plusieurs conséquences sur la capacité des éditeurs à faire jouer la *péréqua-*

30. « Soupçon d'entente sur le prix des livres électroniques », *Le Devoir*, 3 août 2010, en ligne : <http://www.ledevoir.com/culture/actualites-culturelles/293665/etats-unis-soupcon-d-entente-sur-le-prix-des-livres-electroniques>.

tion entre les ouvrages grand public et les autres[31]. De plus, une telle structuration du marché vient réduire le pouvoir de négociation de l'éditeur.

Le 8 septembre 2011, la presse[32] titrait que le numéro 1 mondial des librairies en ligne, Amazon, avait mis de l'eau dans son vin, elle qui avait toujours prédit qu'elle conserverait le contrôle du prix du livre (imprimé et numérique) vendus sur son site. Quelques mois plutôt, l'un des 6 premiers éditeurs américains (MacMillan) l'avait contrainte à renoncer à sa politique de nouveautés à 9,99 $ et à accepter un tarif compris entre 12,99 $ et 14,99 $. Un prix proche de celui proposé par Apple, un concurrent de plus en plus sérieux pour le *Kindle* d'Amazon et déjà bien implanté.

Si Amazon se lance finalement en France, c'est en raison du terrain d'entente qu'il a finalement trouvé avec les éditeurs français :

> Et tous les regards de se tourner vers Hachette livre. Numéro 1 français, la filiale de Lagardère a été le premier éditeur à signer avec les grands groupes américains et il fut aussi le premier à être présent sur le *iPad* d'*Apple* et également le premier à trouver un accord avec *Google*. [...] *Amazon* discuterait avec plusieurs éditeurs français.[33]

- ***Les exclusivités***

Cet intérêt du consommateur américain pour le livre numérique n'est pas étranger à l'augmentation des ventes de l'appareil Kindle, « l'une des liseuses électroniques les plus vendues aux États-Unis »[34]. En effet, les propriétaires d'un Kindle peuvent se procurer *en exclusivité* leurs livres numériques sur le portail d'Amazon, puisqu'il s'agit du seul format *compatible* avec l'appareil de lecture. Les fichiers téléchargés sur *Amazon.com* peuvent toutefois être lus sur d'autres appareils comme le iPad ou encore le Blackberry. C'est donc en liant la mise en marché de sa tablette de lecture Kindle à la vente de fichiers livres « Kindle books » *directement sur son site Internet*, que l'entreprise a capté rapidement des parts de marché qui se sont transformées en position dominante[35].

---

31. *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre*, RLRQ, c. D-8.1.
32. Sandrine BAJOS, *op. cit.*, note 10.
33. *Ibid.*
34. Daphnée DION-VIENS, « Le livre électronique gagne du terrain », *Le Soleil*, 21 juillet 2010.
35. Voir la *section B* : *La préemption de marché et l'impossibilité d'agir du droit de la concurrence.*

De plus, comme les livres numériques sont vendus moins cher que leur version papier, cela explique aussi l'augmentation des ventes.

L'exemple de l'industrie de la musique et de la position dominante d'Apple sur ce marché est extrêmement intéressant et riche d'enseignements pour l'industrie du livre. En liant un format de fichiers protégés par des DRM exclusifs[36] à ses lecteurs portatifs iPod, Apple est devenu le numéro 1 avec sa plate-forme iTunes. Apple a donc acquis sa position de leader sur le marché de la musique en ligne en partie[37] en raison de ses exclusivités et en partie grâce à l'effet levier entre le lecteur portatif et la plate-forme.

Des exclusivités, tant technologiques que contractuelles, pourraient donc être mises en place à différents niveaux dans la chaîne du livre. À titre d'exemple, un éditeur pourrait choisir de confier l'exclusivité de la vente de certaines de ses œuvres à certains détaillants seulement. De plus, l'exclusivité pourrait concerner tant le format, le logiciel de lecture ou encore la tablette de lecture.

---

36. Il s'agit de « verrous techniques qui peuvent intervenir à deux niveaux : celui des formats dans lesquels les contenus numériques sont proposés, dont l'interopérabilité peut varier, et celui des systèmes de protection des fichiers, dits solution de gestion des droits ou *digital rights management* (DRM). L'emploi de ces ressources pose, pour les éditeurs, la problématique de l'arbitrage entre un consommateur loyal et un distributeur loyal ; des solutions de protection excessives peuvent soit, en verrouillant trop l'usage des contenus numériques par leurs acheteurs, détourner ces derniers de l'offre légale, soit, en privilégiant des formats propriétaires, favoriser l'appropriation de la valeur par un ou quelques acteurs à même de proposer des offres intégrées, liant outil, logiciel de lecture et contenus non-interopérables. Ces verrous techniques peuvent représenter une barrière à la sortie pour les consommateurs. Dans le pire des scenarios, celui où un fournisseur de technologie en vient à s'approprier la chaîne de valeurs, les éditeurs de contenu sont tenus de se soumettre au prix d'achat décidé par le détenteur d'une technologie devenue incontournable. Et à la sortie, les lecteurs sont tenus de s'en tenir au catalogue proposé par le fournisseur de cette technologie incompatible avec les formats et les supports de ses concurrents. Pour éviter cette situation, il faut que le secteur de l'édition trouve la bonne mesure, celle qui privilégie l'ouverture du marché légal au contrôle à tout crin. **Il convient de trouver un point d'équilibre entre la protection des contenus, la souplesse d'utilisation offerte aux utilisateurs et la nécessité de disposer d'outils de gestion des droits et de gestion des types d'offres » :** Bruno PATINO, *op. cit.*, note 9, p. 34.
37. L'autre partie a été acquise par l'innovation.

• ***Google Book Search : un ambitieux projet***[38]

Si la *numérisation* constitue une avancée importante pour la pérennité des œuvres, particulièrement pour celles tombées dans le domaine public, elle constitue aussi un recul, ou à tout le moins un danger, pour les œuvres encore protégées par le droit d'auteur.

En 2004, Google lance *Google Print* un projet en deux phases, la première étant destinée à la constitution d'une *librairie en ligne* à l'intérieur de laquelle on pourra feuilleter les livres et en lire quelques extraits avant de consommer. Quant à la deuxième phase, celle-ci consiste pour Google à lancer son projet « Bibliothèques », qui lui permettra, à la suite d'ententes conclues avec plusieurs bibliothèques (Harvard, Oxford, Stanford), de diffuser nombre d'ouvrages dont la plupart sont épuisés et, par conséquent, introuvables.

Un an plus tard, en 2005, Google annonce des partenariats importants avec 8 pays européens qui acceptent de se lancer dans l'aventure de la numérisation d'œuvres épuisées. Malheureusement, le projet est suspendu rapidement en raison de conflits avec des éditeurs d'ouvrages protégés par le droit d'auteur. Le projet reprend en 2006 sous un nouveau nom : *Google Book Search :* faisant fi des différentes législations sur le droit d'auteur, le puissant moteur de recherche se lance ainsi dans un tout nouveau créneau et un gigantesque projet de numérisation « des 32 millions d'ouvrages recensés par le *World Cat,* le catalogue unifié couvrant 25 000 bibliothèques du monde entier. Tous les livres. Point »[39] . Prise dans la frénésie de la gigantesque aventure et des défis techniques, l'entreprise numérise et ne soupèse pas le poids des œuvres toujours sous droits.

• ***Début de la saga judiciaire***

En 2009, Google signe un accord avec la Guilde des auteurs et l'Association des éditeurs américains. Pour reprendre les termes du juge fédéral Denny Chin, cet accord n'était pas « juste, adapté, ni rai-

---

38. Diane SERRES, « Le livre numérique : menace virtuelle pour le droit d'auteur ? La saga *Google Book Search* », (2010) 1 *Bulletin de droit économique*, en ligne : <http://www.bde.ulaval.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=90&limitstart=3>.
39. Randall E. STROSS, *Planète Google : Faut-il avoir peur du géant du Web ?,* Paris, Pearson Education France, 2009, p. 111 et s.

sonnable », puisqu'il conférait à Google une position dominante, au sens de la législation américaine de la concurrence, et préjudiciable aux auteurs. L'Accord conclu permettait tacitement à Google d'exploiter commercialement les œuvres orphelines numérisées *sans l'autorisation préalable des auteurs et éditeurs* ; le Google *Books Search* présentait, par conséquent, un danger de monopole certain sur l'exploitation de millions d'ouvrages qui n'étaient plus disponibles.

Par cet accord, Google s'engageait à verser 125 millions pour la rémunération des auteurs dont les œuvres auraient été numérisées sans autorisation. De plus, Google s'engageait aussi à mettre en place un « fonds de droits du livre » pour les auteurs qui acceptaient la numérisation de leurs ouvrages. Selon le magistrat qui a rendu la décision américaine, la participation des auteurs et des éditeurs ne devait pas être rendue automatique par l'Accord (*opt-out),* mais sollicitée de façon optionnelle (*opt-in).* Cette décision venait donc mettre un frein au projet de numérisation de millions d'œuvres qui n'étaient plus disponibles à la vente dans leur version imprimée. Cette décision venait aussi confirmer l'atteinte portée aux droits d'auteur de millions de personnes par le programme du géant américain *Google Books Search*.

Presque deux *ans plus tard, en mars 2011, la justice américaine rejette une nouvelle fois l'Accord de Google Books :* « cet Accord faisait peur à beaucoup de monde, et notamment aux éditeurs européens : si la justice le validait, cela les aurait *de facto* mis dans l'obligation de l'accepter, sous peine d'être distancés sur le marché de la lecture numérique »[40]. Le juge Denny Chin remet donc en cause une seconde fois la notion d'*opt-out,* qui oblige les auteurs et les éditeurs à réclamer leur dû *a posteriori* et qui met Google dans une situation de monopole de fait. En d'autres termes, le jugement mentionne qu'aucun accord ne sera valable tant qu'il ne sera pas soumis à un accord préalable (*opt-in).*

Le 1er février 2011, le ministre français de la Culture, Frédéric Mitterrand, présentait son projet de numérisation de 500 000 ouvrages, toujours sous droits d'auteur, mais qui n'étaient plus vendus en librairie. Cet *Accord cadre* a été conclu entre le Ministère,

40. « La justice américaine rejette l'accord Google Books », *Le nouvel Observateur,* 24 mars 2011, en ligne : <http://bibliobs.nouvelobs.com/numerique/20110324.OBS0204/la-justice-americaine-rejette-l-accord-google-books.html>.

la Banque nationale de France (BNF) et la Société des gens de lettre. C'est la BNF qui sera responsable de la numérisation des œuvres, à partir des collections du dépôt légal qu'elle conserve. La BNF se réservera une copie numérique et présentera l'intégralité des œuvres dans son catalogue numérique *GALLICA*.

Comme le ministre Mitterrand a eu l'occasion de l'exprimer à plusieurs reprises, il est dangereux de laisser la numérisation d'un patrimoine d'un État à un acteur unique. Cet Accord s'inscrit donc dans le cadre du programme français de *développement de l'économie numérique :*

> Ce programme, doté de 4,5 milliards d'euros, est l'une des principales affectations des 35 milliards d'euros que le gouvernement français mobilise pour les investissements d'avenir. Il inclut notamment un volet de 750 millions d'euros consacrés au développement de nouvelles formes de valorisation et de numérisation des contenus culturels, scientifiques et éducatifs.

Une étude de faisabilité sera réalisée dans les prochains mois afin de préciser les modèles économiques et financiers à privilégier.

Les 500 000 livres épuisés vont être numérisés et « seront exploités dans le cadre d'une gestion collective assurant aux éditeurs et aux auteurs, représentés à parité, une rémunération équitable dans le strict respect des droits moraux et patrimoniaux ». Pour Frédéric Mitterrand,

> [...] grâce à ce projet, les auteurs, sauf opposition de leur part, bénéficieront ainsi de nouvelles opportunités de diffusion et d'exploitation de leurs œuvres. Les éditeurs originels se verront reconnaître, sous certaines conditions, un droit de préférence pour l'exploitation des livres numérisés. La chaîne du livre pourra ainsi mieux s'organiser, notamment autour des enjeux de diffusion. Les lecteurs, enfin, ceux vers qui toute politique publique de la lecture doit être orientée, bénéficieront d'un accès sans précédent à une offre de livres numériques considérable.

Tous les éditeurs français n'ont pas souhaité participer à l'Accord. C'est le cas, notamment, de la maison Hachette, qui a finalement signé avec Google, en 2010, un protocole d'Accord-cadre articulé autour des trois principes suivants :

1. *Le contrôle de la numérisation des œuvres par Hachette* : Hachette livre déterminera quelles œuvres Google est autorisé

à numériser. Ces dernières pourront soit être proposées sous forme d'ebook via Google livres, soit être exploitées sous d'autres formes commerciales telle que l'impression à la demande. Hachette livre et Google partageront les informations permettant de distinguer les œuvres d'Hachette livre indisponibles de celles qui sont disponibles. Les œuvres que Hachette livre ne souhaite pas voir numérisées seront retirées des services de Google. Ces règles s'appliqueront également aux œuvres déjà numérisées.

2. *De nouvelles opportunités commerciales :* L'Accord est conçu pour donner accès à des œuvres jusque-là épuisées tout en assurant de nouveaux revenus à leurs auteurs et à leurs éditeurs. Hachette livre aura la faculté d'utiliser les fichiers des œuvres numérisés par Google, notamment pour les exploiter en impression à la demande. Quant aux libraires, ils auront la faculté d'intégrer ces ebooks dans leurs offres commerciales. Concrètement, la plupart des œuvres concernées tomberont dans l'un des deux cas de figure suivants : a) Hachette livre autorise la numération et la distribution en ligne de l'œuvre par différents canaux, y compris la future plate-forme de ebooks de Google, Google Editions ; b) Hachette livre autorise la numérisation de l'œuvre par Google pour un usage limité à l'indexation et à la promotion et recevra une copie du fichier pour ses propres usages non commerciaux.

3. *Une visibilité accrue des auteurs et des œuvres dans les bibliothèques numériques :* Hachette livre a l'intention de faire bénéficier des institutions publiques, telles que la Bibliothèque Nationale de France, des œuvres qui auront été numérisées dans le cadre du protocole, remettant ainsi des œuvres épuisées au sein du patrimoine culturel et à la disposition des lecteurs.

Cet accord-cadre avec le géant américain avait vocation à être ouvert à d'autres éditeurs.

À la fin d'août 2011, Google et l'éditeur *La Martinière,* le premier éditeur français à l'avoir attaqué, sont aussi parvenus à un accord. Quant à *Gallimard*, *Flammarion* et *Albin Michel*, ils ont suspendu leurs poursuites, en laissant passer le délai qui leur imposait d'agir en justice avant le 6 septembre. De ce fait, ils ont renoncé aux

9,8 millions d'euros de réparation qu'ils réclamaient à Google pour la numérisation non autorisée de 9 797 livres.

• ***Amazon signe un accord avec des éditeurs français***

Bien que la concurrence de Google ne soit pas aussi directe que celle d'Amazon et d'Apple, n'empêche que le *Google Book*, qui comprend plus de 10 millions de livres numériques, constitue une menace pour Amazon *:* « En proposant un très grand nombre de livres du domaine public en accès gratuit, Google dispose d'un appât de choix, les livres numériques gratuits étant bien davantage téléchargés que les payants ». Si Google parvient à régler l'épineuse question des droits d'auteurs – ce qui semble actuellement le cas – l'entreprise aura très rapidement les moyens de capitaliser sur ce produit d'appel, avec le lancement de sa propre librairie en ligne payante *Google editions :*

> Amazon serait sur le point de signer un accord avec Hachette et plusieurs autres éditeurs français. Car si Amazon se lance en France, c'est qu'il a enfin trouvé un accord avec un ou plusieurs éditeurs français. Et tous les regards de se tourner vers Hachette livre. Numéro 1 français, la filiale de Lagardère a été le premier éditeur à signer avec les grands groupes américains et il fut ainsi le premier à être présent sur l'iPad d'Apple et également le premier à trouver un accord avec Google. Amazon comme Hachette se refusaient jeudi à tout commentaire. De sources concordantes, aucun accord ne serait finalisé à ce jour et surtout, Amazon discuterait avec plusieurs éditeurs français.[41]

1.2 La préemption de marché et l'impossibilité d'agir du droit de la concurrence

Comme l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de l'exprimer sur la scène européenne :

> Des pratiques anticoncurrentielles [comme les pratiques d'« exclusivités » dénoncées dans la section précédente] mises en œuvre sur un marché de segment récent *revêtent un caractère certain de gravité, en raison du caractère potentiellement structurant qu'elles peuvent avoir.*[42]

41. Sandrine BAJOS, *op. cit.*, note 10.
42. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis nº 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique,* 2009. Nos italiques.

Ces pratiques vont, en d'autres termes, façonner le paysage concurrentiel et il s'avérera de plus en plus difficile, voire impossible, de renverser la vapeur. Dans un tel contexte, il est illusoire de croire que le droit de la concurrence aura une véritable chance d'intervenir pour rétablir l'équilibre des forces du marché[43].

Le droit de la concurrence ne peut sanctionner que *l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché* – et non la position dominante *per se* –, mais il n'est absolument pas outillé pour en prévenir l'acquisition, *la préemption du marché.* La pratique incriminée devra donc être qualifiée d'entente anticoncurrentielle (art. 45) ou encore d'abus de position dominante (art. 79) et, dans ce dernier cas, il faudra, au surplus, qu'il s'agisse de l'exploitation abusive d'une position dominante. Ainsi, en présence d'exclusivités mises en œuvre par une entreprise en position dominante, il ne faut pas en conclure que ces exclusivités seront automatiquement sanctionnées. Il faudra faire la démonstration que ces exclusivités *réduisent la concurrence* et considérer ce frein à la concurrence eu égard à d'éventuels gains en efficience.

Par conséquent, il ne faut pas attendre que l'usage massif de la lecture numérique soit un fait avant d'envisager d'agir : « à partir du moment où la probabilité existe il faut s'y préparer pour ne pas subir un impact qui modifie le marché de façon irréversible »[44]. Comme l'explique avec beaucoup de clarté le français Bruno Patino dans son *Rapport sur le livre numérique* remis à la ministre Christine Albanel :

> [...] pour le droit de la concurrence, l'impact d'une industrie qui bascule dans le numérique est connu. Il s'agit de l'irruption d'un intervenant placé dans une position stratégique propre à créer des barrières à l'entrée ou encore à la sortie, lorsqu'il s'agit d'empêcher les autres acteurs de le concurrencer sur le marché pour bloquer le consommateur désireux de changer de fournisseur.[45]

Voilà donc pourquoi, face à la capacité limitée du droit de la concurrence à intervenir sur un marché naissant, et en l'absence d'une position dominante bien établie sur le marché du livre, il apparaît tout à fait légitime de chercher à limiter les risques d'une préemption rapide de marché par un acteur ou un petit nombre

43. Cette affirmation est surtout vraie pour le Canada, puisque la décision américaine dans *Google* et la récente *Loi sur le prix unique du livre numérique* en France auront un effet considérable sur l'évolution des marchés.
44. Bruno PATINO, *op. cit.*, note 9, p. 30.
45. *Ibid.*

d'acteurs : la concentration du marché, soit l'antithèse de ce qui existe actuellement en sol québécois.

1.3 La désintermédiation : le passage d'une économie réelle à une économie virtuelle

Dans une *économie réelle*, la place de chaque maillon est immuable. L'action d'un acteur à chaque étape découle nécessairement de la précédente action. Les acteurs dépendent ainsi tour à tour les uns des autres, qu'il s'agisse de l'auteur, de l'éditeur, de l'imprimeur, du diffuseur, du distributeur ou encore du libraire, puisque la chaîne de valeur est structurée de façon linéaire.

Complètement à l'opposé, l'*économie virtuelle* permet à chaque acteur d'entrer en contact avec n'importe lequel des autres acteurs, en court-circuitant le reste de la chaîne. Un auteur peut ainsi décider de s'auto-publier ou encore devenir son propre distributeur : l'outil de lecture Kindle, proposé par la librairie virtuelle Amazon, met ainsi à la disposition de ses lecteurs des livres numériques, mais elle lui propose inversement d'envoyer un « manuscrit » pour y être distribué. À un autre niveau, l'éditeur peut prendre la décision de diffuser et de distribuer ses auteurs : certains sites d'éditeurs, principalement américains, proposent ainsi directement la vente de livres sur leur site Internet, tant en format papier qu'en format numérique[46]. En outre, rien ne fait obstacle à ce qu'un distributeur numérique puisse passer des accords directement avec des créateurs pour assurer la vente de leurs œuvres, et en aval, évincer les libraires en assurant la vente des contenus depuis sa plate- forme de distribution. Enfin, rien ne fait obstacle à ce qu'un libraire puisse devenir à son tour distributeur, en installant sa propre plate-forme de distribution numérique, ou éditeur, ou les deux, en s'adressant directement aux auteurs pour nourrir cette plate-forme[47].

Comment l'économie virtuelle arrive-t-elle à évincer certains acteurs qui pourtant constituent des piliers de l'économie actuelle ? La dynamique du phénomène de désintermédiation peut, en effet, s'exercer sur différents acteurs de la chaîne traditionnelle du livre. Toutefois, il ne fait aucun doute que les maillons les plus recherchés

46. L'exemple de la musique en ligne est aussi éloquent : on a en effet vu des groupes atteindre la notoriété sur des sites sociaux sans passer par un label, distribuer leurs créations sans avoir recours à un diffuseur ou encore confier au public la fixation du prix de la musique téléchargée.
47. Bruno PATINO, *Rapport sur le livre numérique, op. cit.*, note 9, p. 16.

constituent aussi les maillons les plus faibles de la chaîne. Nous fournirons ici trois exemples.

Prenons, tout d'abord, (1.) l'hypothèse d'un auteur qui contracte directement avec le distributeur numérique, lequel lui propose une visibilité nouvelle grâce à des conditions commerciales avantageuses. L'éditeur se verra ainsi complètement sorti du circuit, alors qu'il constitue pourtant le pivot de la chaîne actuelle. S'il est clair qu'une telle commercialisation n'est pas envisageable pour tous les auteurs, elle pourra tenter les auteurs à succès qui assureront ainsi une notoriété à l'opérateur qui effectue l'offre.

Deux autres exemples de maillons potentiellement fragiles, (2.) ceux qui distribuent et diffusent les ouvrages. Ces secteurs sont très prisés des nouveaux acteurs du numérique, comme les libraires en ligne[48]. En effet, certaines entreprises, comme Amazon aux États-Unis et la FNACC en France, extrêmement bien positionnées sur le marché du livre numérique, prétendent pouvoir aussi assurer la distribution des fichiers numériques.

Enfin, le dernier exemple, et non le moindre, celui des (3.) libraires, déjà fragilisés et particulièrement exposés au risque de désintermédiation lié à la dématérialisation des contenus.

Ces quelques exemples permettent de constater que ces intermédiaires risquent d'être évincés rapidement par la vente en ligne. Ce phénomène de concentration accélérée paraît d'autant plus vraisemblable pour le livre numérique qui a certainement pour mission première d'être vendu sur Internet. C'est en fait ce qui devrait contribuer à la diminution du prix. De plus, rappelons-nous que la stratégie de vente d'un livre numérique s'accompagne souvent d'exclusivités diverses favorisant la concentration.

1.4 L'impact de la concentration sur la diversité des points de vente

L'une des conséquences principales de la *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le secteur du livre* au Québec est certainement la diversité des points de vente au détail des livres, alors qu'ailleurs en Amérique du Nord la concentration du marché est plutôt la règle. Aux États-Unis, pour ne prendre que cet exemple,

48. Les opérateurs de téléphonie mobiles constituent aussi de nouveaux joueurs.

les parts de marché du commerce du livre sont partagées entre quelques gros joueurs seulement : deux méga-chaînes, quelques grandes surfaces et les sites web. Pour ce qui est de la fixation du prix des livres, c'est la stratégie du bas prix (*loss leader*). La vente des livres en grandes surfaces repose sur une logique de discrimination par les prix fondés non pas sur la qualité des livres, mais plutôt sur l'acte d'achat en soi, c'est-à-dire des bas prix associés à un faible assortiment de livres, à l'absence de service à la clientèle, ce qui conduit à un faible coût de transaction[49]. Le consommateur américain est-il bien servi par cette guerre des bas prix ? Qu'en serait-il du consommateur québécois, s'estimerait-il mieux servi par une telle pratique ?

Au Québec, le débat sur le commerce du livre prend de plus une tangente différente en raison du contexte culturel et de la démographie ainsi qu'en raison de la fragilité de l'industrie. Les librairies québécoises se plaignent depuis longtemps de la concurrence sur les prix, effectuée par les grandes surfaces. Selon elles, l'étroitesse du marché du livre interdirait toute diminution du prix du livre puisque celle-ci aurait des répercussions importantes sur la pérennité de plusieurs librairies. Bien que la démonstration demeure à faire à cet égard, il ne fait aucun doute que le marché de la librairie indépendante s'érode depuis plusieurs années. Par conséquent, si l'arrivée du numérique vient, une fois encore, gruger sa part de marché combiné aux différents facteurs, que nous avons évoqués, l'avenir de ces librairies pourrait être incertain.

Selon l'analyse du ministère de la Culture, des Communications et de la Condition féminine, les statistiques démontrent que, depuis 10 ans, les ventes des librairies indépendantes diminuent. Celles des librairies à succursales augmentent et celle des grandes surfaces stagnent (Costco, Walmart). On pourrait *a priori* penser que la résolution du problème des grandes surfaces passe par leur assujettissement à la Loi pour éviter la concurrence sur les prix, mais en réalité les surfaces les plus menaçantes pour les librairies, y sont déjà assujetties (Renault-Bray et Archambault). En outre, rien n'indique que ces entreprises ne respectent pas la Loi.

Les récents développements du marché du livre numérique ne permettent heureusement pas encore de conclure qu'un tel scénario

---

49. Marc MÉNARD, *Les chiffres des mots : portrait économique du livre au Québec*, Montréal, Société de développement des entreprises culturelles, 2001, 248 p.

de préemption soit à court terme probable. En effet, si Amazon semble promouvoir un système où le détaillant fixe des prix standardisés et met en place des exclusivités, cette stratégie ne fait pas l'unanimité. Google, par exemple, privilégie un système techniquement ouvert et interopérable, à l'intérieur duquel les éditeurs demeurent les piliers, puisqu'ils conservent la faculté de fixer les prix[50]. La chaîne du livre devra être proactive et ne pas attendre que les gros joueurs du numérique ne façonnent de façon irréversible le marché du livre numérique.

Bien que le panorama de la concurrence se soit transformé en sol québécois depuis le début des années 1980, la *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre*[51] recueille toujours un large consensus dans l'industrie. D'autre part, on ne peut aussi nier que le marché du livre s'est complètement transformé depuis 30 ans, notamment en raison de la forte concurrence des grandes surfaces et, plus récemment, avec l'arrivée des nouvelles technologies. Sur ce dernier point, le marathon livré par les gros opérateurs Internet, qui veulent prendre la tête de peloton sur le marché du livre numérique, est une véritable épreuve d'endurance. Et à ce chapitre, la filière québécoise du livre ne peut se laisser trop distancer, puisque le retard sera alors plus difficile à combler.

Il faut donc être conscient que le modèle de la *libre concurrence sur les prix du livre* entraîne l'intégration verticale de la chaîne du livre et la concentration des principales parts de marché entre les mains de quelques opérateurs dominants, bien positionnés sur le marché du numérique. Il faut aussi être réaliste face au caractère irréversible du processus et à l'impossibilité d'agir du droit de la concurrence sur un marché en émergence. La récente décision américaine concernant le projet de bibliothèque universelle de Google et les préavis de la Commission européenne quant à la récente *Loi sur le prix unique du livre numérique* en France auront un impact considérable sur l'évolution des marchés. Par conséquent, avant de laisser les forces du libre marché gruger des pans entiers d'un réseau structuré et éprouvé qui fait la promotion du livre sur l'ensemble du territoire québécois depuis plus d'un quart de siècle, il vaut la peine

50. Diane SERRES, *op. cit.*, note 38.
51. *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre*, RLRQ, c. D-8.1.

de scruter, à la lumière du droit comparé, d'autres modèles d'encadrement du prix du livre.

2. LA MAÎTRISE DES PRIX PAR L'ÉDITEUR : DES EFFETS STRUCTURANTS POUR L'INDUSTRIE

Comment expliquer à un néophyte qu'une législation qui maintient le prix des livres à un certain seuil peut promouvoir la culture ? En effet, les pays qui ont adopté une loi sur le prix unique fondent essentiellement leur choix sur la question de la diversité de l'offre éditoriale ainsi que sur l'accessibilité du livre sur l'ensemble du territoire d'un État. Au fil du temps cependant, des analyses comparatives ont permis de constater que la défense du rôle des libraires dépasse aujourd'hui les questions de diversité et d'accessibilité du livre, comme raison d'être du prix unique. En d'autres termes, qu'il s'agisse de renouveler sa profession de foi envers le prix unique ou encore de le mettre purement et simplement au rancart, la *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre* doit être revue à la lumière des impératifs contemporains, dont au premier plan l'évolution technologique. L'industrie du livre en 2014 est fort différente de la filière qui existait au début des années 1980. La nature même du livre, en se dématérialisant, prend de nouvelles couleurs jusqu'alors inimaginables.

Nous présenterons, dans une première section, les dénominateurs communs des différents régimes de prix fixes en droit comparé (2.1), suivis, dans une deuxième section, des incidences dans le temps sur l'évolution du prix des livres (2.2). La troisième et dernière section est réservée à la discussion sur le caractère substituable ou non du livre (2.3).

2.1 Le régime de prix fixe dans les autres pays[52]

Selon le rapport produit en 2009 par le Français Hervé Gaymard, les systèmes de réglementation du prix du livre se caractérisent tous par les éléments suivants :

52. Sur les 24 pays observés, 13 disposent de prix fixes. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Argentine, de l'Autriche, de la Corée du Sud, de l'Espagne, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Italie, du Japon, du Mexique, de la Norvège, des Pays-Bas et du Portugal. Hervé GAYMARD, *Situation du livre : évaluation de la loi relative au prix du livre et questions prospectives – Rapport à la ministre de la Culture*, Paris, 2009, p. 74.

- Premièrement et fondamentalement, les mêmes objectifs de maintien et d'accès à la diversité éditoriale constituent les préceptes de la réglementation, qu'il s'agisse d'une loi ou encore d'une convention à la source de la réglementation ;

- Deuxièmement, le prix fixe constitue systématiquement une obligation reposant sur l'éditeur ;

- Troisièmement, la durée minimale d'application du prix fixe est variable selon les pays (entre 6 et 24 mois) ;

- Quatrièmement, le rabais maximum autorisé au détail est le plus souvent de 5 % sur le prix fixé par l'éditeur (il peut toutefois s'élever jusqu'à 10 ou quinze pour cent) ;

- Cinquièmement, le délai de parution en club peut varier d'un pays à l'autre entre 4 et 9 mois ;

- Sixièmement, le nombre de dérogations au régime du prix fixe s'avère, là encore, variable selon les systèmes[53].

Avec une réglementation instaurant un prix unique, l'objet de la concurrence passe du *prix du livre* à la *qualité du service offert* :

> Le prix unique, en éliminant la concurrence par le prix, a incité plusieurs librairies indépendantes dans les grands centres à se moderniser, à s'informatiser, et à améliorer la qualité du service à la clientèle pour faire contrepoids à la grande distribution ; la concurrence se fait plutôt dans la qualité des services.[54]

Le 25 septembre 2008, la ministre française de la Culture, Christine Albanel, confiait à Hervé Gaymard la mission *d'évaluer l'ensemble des effets de la Loi sur le prix unique, d'apprécier l'adaptation de la Loi au marché actuel et de proposer des solutions innovantes pour l'avenir.*

Dans un rapport colossal, Hervé Gaymard arrive à la conclusion que tant dans sa dimension historique, comparative et prospective, la Loi de 1981 « demeure pertinente à l'ère d'Internet et il serait imprudent de la réformer ». Il s'agit, pour paraphraser

53. *Id.*, p. 75-76.
54. *Rapport de mission sur le prix unique du livre,* Paris-Bruxelles-Londres, 21 au 31 octobre 1997, p. 7.

l'auteur, d'une véritable loi de développement à la fois durable, culturel, économique et territorial.

La maîtrise du prix par l'éditeur constitue une constante dans l'histoire du livre en France. Déjà, au début des années 1970, il s'avérait impératif de proposer des mesures pour assurer l'avenir de la librairie, de l'édition et de la création littéraire, en réaction au développement des grandes surfaces spécialisées et à la pratique du « discount ». L'auteur rappelle qu'à cette époque la FNACC proposait ses ouvrages au-dessous du prix conseillé et le Groupe Leclerc appliquait des rabais allant jusqu'à 40 % :

> [...] le discount [risquait ainsi] de provoquer une concentration des ventes dans les FNACC et les grandes surfaces au détriment des librairies traditionnelles, dont un certain nombre, ne pouvant résister à cette pression concurrentielle sur les prix, [risquait] de disparaître, limitant ainsi l'accès au livre et appauvrissant la création, un système de distribution concentré favorisant les ouvrages à rotation rapide au détriment de ceux à rotation lente.[55]

La *Loi du 10 août 1981* verra donc le jour « sur le refus de considérer le livre comme un produit marchant banalisé et sur la volonté d'infléchir les mécanismes du marché pour assurer la prise en compte de sa nature de bien culturel qui ne saurait être soumis aux seules exigences de rentabilité immédiate ». Le prix unique du livre devait ainsi permettre l'égalité des citoyens devant le livre, qui sera vendu au même prix sur tout le territoire ; le maintien d'un réseau décentralisé très dense de distribution, notamment dans les zones défavorisées ; le soutien au pluralisme dans la création et l'édition, en particulier pour les ouvrages difficiles.

En résumé, le livre doit être partout, à la disposition de tous et le contrôle du prix par l'éditeur constitue un élément de contrôle et de stabilité.

2.2 Les conséquences sur l'évolution du prix du livre

Comme le mentionne Hervé Gaymard dans la conclusion de son étude : « Il serait artificiel de vouloir comparer les évolutions du secteur du livre d'un pays à l'autre au seul regard du régime de prix

55. Hervé GAYMARD, *op. cit.*, note 52, p. 40.

en vigueur »[56]. De nombreux facteurs ont contribué à ces évolutions, qu'il s'agisse de l'histoire, du développement économique, de la politique, de la langue, des avancées technologiques…

Au terme de son étude, Gaymard met en lumière trois constats :

1) **La fixation du prix du livre a un effet déterminant sur la structure du réseau de diffusion du livre**

Comme nous l'avons démontré dans la première partie, la guerre des prix entraîne la « concentration du réseau de diffusion, la fermeture de nombreux points de vente indépendants et l'augmentation de la part de marché des grandes surfaces et des grandes chaînes de librairies[57]. À ce sujet, l'auteur fait remarquer que cette situation est observable tant dans les pays qui n'ont jamais eu de prix fixe (Canada, États-Unis), que chez ceux qui ont basculé récemment dans un système de prix libre (Royaume-Uni, Belgique, Irlande). Ainsi, la réglementation sur le prix des livres serait *directement responsable du maintien d'un réseau de distribution diversifié.*

Le Québec évolue en fait dans un système mixte où, à l'intérieur d'un régime de liberté des prix, les entreprises de propriété québécoise désireuses d'obtenir une subvention ou le soutien du marché public s'assujettissent volontairement à la Loi du livre en demandant l'agrément. Il s'agit d'un régime atypique et c'est cette mixité qui explique la diversité de la structure de diffusion.

2) **Le choix du système de prix a une influence *indirecte* sur l'offre éditoriale**

Ici aussi, tel que mentionné dans la première partie, la concentration des librairies conduit à une diminution de l'offre éditoriale au

56. *Id.*, p. 76. Ce même rapport révèle que l'évolution des titres en Europe, depuis 35 ans, est en croissance (3 %) indépendamment du système de prix. Il relève également que l'on ne peut établir de corrélation entre l'évolution des prix et le système de prix fixe, non plus que de corrélation avec les retours et pilonnages. En comparant d'autres pays de régimes de prix fixés, il appert que les effets sur la production de titres, sur les ventes, la concentration de l'édition et les pratiques de lecture ne sont pas évidents.
57. *Id.*, p. 77.

profit d'une « best-sellerisation » des ventes, exactement la même situation que dans le reste du Canada anglais :

> Les éditeurs, privés d'un réseau de distribution fort et diversifié, privilégient également les titres à vente rapide. Les éditeurs indépendants connaissent alors des difficultés accrues d'accès au marché. Cette situation flagrante au Canada, en Irlande ou en Israël, se développe également au Royaume-Uni où les éditeurs, toutes tailles confondues, réalisent que l'absence de prix fixe a créé un marché dont ils sont aujourd'hui les premiers à souffrir. Le déséquilibre du secteur influence également les politiques éditoriales et la décision de publication échappe de plus en plus aux éditeurs au profit des directeurs commerciaux.[58]

3) Le caractère supposément inflationniste du prix fixe est totalement infondé[59]

Au cours des dix dernières années en Europe, l'évolution de l'indice du prix des livres a été inférieure à celle de l'indice général des prix à la consommation dans 50 % des pays à prix fixe étudiés (Allemagne, Autriche, Espagne, France et Grèce[60]). Quant à l'autre 50 %, dans deux de ces pays (Italie et Pays-Bas), l'indice du prix des livres suit l'évolution de l'indice général. En revanche, l'indice du prix des livres est sur la période globalement supérieur à l'indice général pour trois de ces pays (Hongrie, Norvège et Portugal). À l'inverse, « on observe dans la plupart des pays européens à prix libre une évolution de l'indice des prix du livre supérieure à celle de l'indice général des prix à la consommation (Belgique, Danemark, Pologne, Royaume-Uni, Suède), à l'exception de l'Irlande »[61].

En 2010, dans le cadre d'une étude produite par des économistes sur *le prix unique du livre à l'heure du numérique,* les auteurs Mathieu Perona et Jérôme Pouyet expliquent que « [l]'analyse économique des restrictions verticales prédit qu'une mesure du type prix

58. *Ibid.*
59. La démonstration du Rapport de Gaymard procède davantage du plaidoyer que de l'exposé, comme le font Mathieu Pérona et Jérôme Pouyet (*Le prix unique du livre à l'heure du numérique,* coll. « CEPREMAP », Paris, Éditions rue d'Ulm, 2010). L'un plaide et l'autre expose !
60. Eurostat, Indices de prix à la consommation harmonisés. Ces indices sont calculés sur la base des prix effectifs d'achat par les consommateurs pour un panier d'ouvrages représentatif constant. Hervé GAYMARD, *op. cit.*, note 52, p. 78.
61. Hervé GAYMARD, *op. cit.*, note 52, p. 78.

unique aura *vraisemblablement* un effet inflationniste »[62]. Ainsi, l'intérêt de cette étude, plus à distance que le rapport Gaymard, se trouve à la page 63 du document dont nous reprenons ici les points les plus importants :

- Le prix unique du livre fournit aux libraires qui le souhaitent la possibilité de financer le maintien d'un fonds important ainsi que leurs activités de promotion des nouveaux ouvrages ;

- Le prix unique a favorisé la survie de librairies de petites dimensions, mais freiné le développement de chaînes de librairies de dimension nationale ;

- Le prix unique ne semble pas avoir entraîné de hausse très importante du niveau général du prix des livres. En revanche, comparativement à une situation de prix libres, il renchérit les livres à succès et réduit le prix des titres à faible tirage. Faute de connaître la sensibilité de la demande de chaque titre de livre aux prix, il est difficile de juger de l'impact de cet effet ;

- Au vu de l'évolution du nombre de nouveautés dans les pays sans prix unique du livre et des caractéristiques fondamentales des biens culturels, les inquiétudes quant à un appauvrissement de l'offre éditoriale ne semblent pas quantitativement fondées. Les données disponibles ne permettent cependant pas de donner de jugement sur la composition qualitative de l'offre.

Il ressort donc de cette étude que le prix unique ne semble pas avoir entraîné de hausse très importante du niveau général du prix des livres. Les auteurs déplorent toutefois le fait que le débat sur le prix unique ait exclusivement mis l'accent sur le maintien de la librairie de détail au détriment d'une réflexion sur l'évolution de la vente de livres dans un paysage éditorial de plus en plus concentré ainsi que sur l'adaptation de la chaîne du livre aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

62. Mathieu PERONA et Jérôme POUYET, *Le prix unique du livre à l'heure du numérique*, coll. « CEPREMAP », Paris, Éditions rue d'Ulm, 2010, p. 28.

2.3 Les perspectives d'évolution du livre : le caractère substituable ou non du livre[63]

La majorité des pays étudiés fondent la nécessité d'intervenir pour réglementer le prix du livre sur le fait que *le livre ne constitue pas un produit comme les autres.* Plus simplement, le livre serait difficilement substituable sur le marché pertinent.

Le marché pertinent est un concept incontournable en droit de la concurrence. Il permet de circonscrire le périmètre à l'intérieur duquel l'entreprise subit des pressions concurrentielles. L'approche utilisée par le Tribunal de la concurrence pour délimiter le marché pertinent est fondée sur le test de l'« élasticité croisée de la demande ». Le commissaire va ainsi rechercher quelle est la marge de manœuvre dont bénéficient les acheteurs d'un produit pour réagir à une augmentation des prix. L'élasticité de la demande sera donc proportionnelle au nombre de produits de rechange vers lesquels pourront se tourner les acheteurs dans l'hypothèse d'une augmentation des prix.

Afin de réussir le test, il faudra incorporer dans le marché pertinent *tous les produits considérés comme des substituts proches du produit de l'entreprise en cause* qui sont aptes à diluer le marché. Par conséquent, plus le produit en cause répond à un besoin spécifique ou possède des caractéristiques précises, moins il y aura de substituts acceptables et moins le marché pertinent sera étendu. Dans un tel cas, une entreprise poursuivie aura tout intérêt à déterminer un marché pertinent le plus grand possible afin de démontrer une emprise faible sur le marché en raison de la présence de nombreux produits substituts et concurrents.

Qu'en est-il maintenant de la détermination du marché pertinent pour le livre ?

Le livre constitue, à notre avis, un produit difficilement substituable et, pour chaque titre qu'il propose, l'éditeur se trouve dans une situation de monopole. En d'autres termes, tout livre est d'une certaine manière unique et le client qui ne trouve pas l'ouvrage qu'il

63. En ce qui concerne la réglementation du commerce du livre, précisément au nom de la libre concurrence et du commerce transfrontière, des principes qui animent à des degrés divers les ententes de commerce, le droit communautaire européen et les lois sur la concurrence au Canada et aux États-Unis, *le livre demeure un bien ou un service.*

cherche ne se satisfera pas d'un autre titre faute de mieux. Ce point de vue sur la nature du produit/livre constitue, à notre sens, l'une des justifications des régimes dérogatoires de fixation du prix du livre en raison de la particularité de la concurrence dans le commerce du livre. Cela contribue enfin à fonder la célèbre affirmation selon laquelle *le livre n'est pas un produit comme les autres !*

La multiplicité des caractéristiques liées au contenu même du livre fait qu'il existe peut-être là, sinon une véritable différence de nature pour le livre et les autres produits et de contenus qui tend à les séparer. Ainsi, deux auteurs ne sont pas en concurrence de la même manière que deux marques de voitures ou de détergents à lessive.

Les éditeurs disposent donc, dans le secteur du livre, d'une assez grande latitude stratégique : ils ont le choix de se livrer une véritable concurrence sur certains types de livres ou sur certaines caractéristiques de ceux-ci ou encore de se distinguer en investissant dans des secteurs moins explorés.

En résumé, le livre n'est pas un produit substituable sur un marché pour plusieurs raisons : par sa diversité, plusieurs milliers de titres disponibles ; parce qu'il s'agit aussi d'un véhicule privilégié de la culture ; et enfin parce qu'il doit être partout à la disposition de tous. Dans un mode globalisé, un prix unique pour le livre risque de le rendre moins concurrentiel que d'autres objets culturels dématérialisés. C'est pourquoi les géants de l'Internet sont prêts à concéder le prix fixe pour le « livre numérisé fidèle à l'œuvre papier originale », mais les autres variables dans la commercialisation d'un livre numérique devraient bénéficier d'un système plus souple de prix libres.

CONCLUSION

Le marché du livre numérique se dessine lentement si l'on en croit l'actualité, qui met en scène les Amazon, Google ou Apple de ce monde. Et pourtant, cette même actualité est aussi ponctuée d'un sentiment d'urgence !

Trente ans après la Loi Lang, la France adopte en 2011 une *Loi sur le prix unique du livre numérique.* Cette nouvelle législation, – la première à être adoptée dans le monde –, prévoit que le prix des

livres numériques fixés par les éditeurs français s'imposera à tous les diffuseurs « proposant des livres numériques aux acheteurs situés en France. » Ainsi, un éditeur, quel que soit son pays d'établissement, sera obligé de respecter le prix unique s'il vend en France .

Au Québec, le gouvernement Marois se propose de déposer en février 2014 un projet de loi sur le prix de vente sur les livres neufs imprimés et numériques. Ce projet de loi devrait comporter deux volets : un premier dont l'objectif serait de limiter à dix pour cent le rabais sur les nouveautés pendant les neuf premiers mois à la suite de la sortie de l'ouvrage ; le second volet concernerait le livre numérique qui serait assujetti comme le livre papier à la *Loi sur le développement des entreprises québécoises*, loi de 1981. Ce projet de loi aurait une durée de vie limitée, dans une première phase à 36 mois, période pendant laquelle le législateur pourra mesurer l'impact de la législation, d'une part sur la vitalité des librairies, et d'autre part, sur la transition des librairies vers le numérique.

AVIS D'OPPORTUNITÉ

LE CONTEXTE

COMMENT PRÉPARER LE BASCULEMENT DANS LE NUMÉRIQUE SANS METTRE EN PÉRIL L'ÉQUILIBRE EXISTANT DANS LA CHAÎNE DU LIVRE ?

OBJECTIFS DE LA LOI

L'objectif de la *Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le secteur du livre* est de structurer le secteur en réglementant les pratiques commerciales des entreprises de la chaîne du livre. Plus spécifiquement, l'objectif de la Loi est double : d'une part, assurer un meilleur accès aux livres dans toutes les régions du Québec en y implantant un réseau de librairies agréées et en favorisant le maintien de prix raisonnables pour les livres québécois et étrangers et, d'autre part, favoriser l'essor d'une infrastructure québécoise d'édition, de distribution et de vente du livre au sein de cette grande industrie.

ÉVOLUTION DES PRATIQUES COMMERCIALES

La situation a beaucoup évolué depuis l'adoption de cette Loi au début des années 1980. Les librairies québécoises sont aujourd'hui fragilisées par la concurrence sur les prix, la petitesse du marché, sans oublier les questions de pérennité et la révolution technologique. Bien que ces changements puissent apparaître *seuls* insignifiants, au total, ils conduiront à mettre en place des pratiques commerciales nouvelles, lesquelles deviendront des aménagements définitifs.

MARCHÉ NAISSANT

Le livre imprimé et le livre numérique ne constituent pas un même marché. Cela est d'autant plus important que le marché du livre numérique est encore de faible ampleur et que le prix du livre numérique ne peut être égal à celui du livre imprimé. Les consommateurs s'attendent, en effet, à un prix inférieur pour le livre numérique. En outre, on ne s'entend même pas sur la définition d'un livre numérique.

Le marché du livre numérique est donc un marché en devenir ou encore émergent qu'il faut observer avant de réglementer. Il s'agit d'ailleurs de la position adoptée par l'Autorité[64] de la concurrence dans le cadre de l'Avis demandé par la ministre française de la Culture en 2010. Il faut donc être prudent avant de mettre en place un cadre qui pourrait se révéler trop rigide ou encore rapidement désuet et qui conduirait au ralentissement du développement du marché numérique.

EXPÉRIENCE ÉTRANGÈRE

Le moment est toutefois adéquat pour réfléchir aux soubresauts qui frappent actuellement la chaîne du livre. De plus, nous avons l'avantage de bénéficier de l'exemple de la musique dans son processus de dématérialisation ainsi que de l'expérience étrangère, et je pense particulièrement ici aux développements récents en droit américain – la décision de 2011 impliquant Google –, mais aussi le droit français où le législateur vient de mettre en place une nouvelle *Loi sur le prix unique du livre numérique*[65].

LOI FRANÇAISE SUR LE PRIX UNIQUE DU LIVRE NUMÉRIQUE[66]

La France a donc choisi de refaire exactement la même chose pour le livre numérique que ce qu'elle a fait pour le livre papier. Les éditeurs français pourront donc dorénavant imposer un prix de vente unique pour tous les livres numériques vendus en France, y compris ceux qui proviennent des plateformes étrangères comme Amazon et Google (clause d'extraterritorialité). Quelle sera la réaction de l'Europe face à la nouvelle Loi ? Comment cette Loi française pourra-t-elle être appliquée aux distributeurs étrangers ?

POSITION DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est encore jamais prononcée directement sur la question des livres numériques. Dès la première occasion, on peut toutefois présumer que la Cour repro-

---

64. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis nº 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique*, 32 p.
65. *Loi nº 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.*
66. *Ibid.*

chera à la France de contrevenir aux principes de libre circulation des marchandises et au respect de la liberté des prestations de services. Bien que l'objectif de cette Loi sur le prix unique du livre numérique soit louable, c'est-à-dire de se battre contre le piratage et la gratuité, il faut s'interroger sur la voie qui a été adoptée. En effet, depuis l'adoption de la *Loi sur le prix unique* en 1981, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de rappeler que la Loi sur le prix fixe n'est pas contraire à la liberté de circulation des marchandises (*Echirolles Distribution SA*, 3 octobre 2000). Plus récemment, en 2009, la Cour de justice a quelque peu transformé son interprétation, ce qui l'a conduite à conclure que la réglementation autrichienne sur le prix unique constituait une *entrave injustifiée* à la libre circulation des marchandises.

NOUVEAUX CONCURRENTS

Une vigilance particulière doit être portée à la concurrence nouvelle entre les détenteurs de droits (auteurs et éditeurs) et les détenteurs d'accès au réseau, les grands fournisseurs de l'Internet (Google, Amazon). Si ces derniers ont plutôt intérêt à dévaloriser les droits de propriété intellectuelle, les éditeurs et les auteurs ont plutôt avantage à les exploiter au maximum, à les faire valoir, ce qui implique les six recommandations suivantes.

RECOMMANDATIONS

1. Le contrôle des fichiers par l'éditeur

- Afin d'éviter une dispersion non contrôlée des fichiers dans l'univers numérique, les éditeurs doivent pouvoir rendre compte de la diffusion de chaque œuvre. Pour ce faire, les fichiers sources doivent demeurer sous leur contrôle. Si les éditeurs souhaitent assortir leurs œuvres d'outils de verrouillage, tant pour les formats à l'intérieur desquels les contenus sont proposés que pour les systèmes de protection, l'interopérabilité des fichiers doit être privilégiée (*contra* : Kindle d'Amazon), afin que les formats des œuvres puissent être lisibles par le plus grand nombre de personnes et de machines. En favorisant l'interopérabilité, on satisfait les besoins des consommateurs et il devient aussi plus difficile pour une entreprise de se retrouver en position dominante.

2. La création d'un modèle économique viable pour la numérisation et l'offre de contenus sous droits

- L'industrie québécoise du livre devra se bâtir une offre légale attractive. Il s'agit de proposer au public, à partir d'une plate-forme commune, des livres à la fois sous droits ainsi que du domaine public et de convenir d'un modèle économique pour leur diffusion. Une telle plate-forme permettra de soutenir les éditeurs dans le développement de ce nouveau marché. Le support de l'État est essentiel pour assurer le développement d'une offre légale de qualité.

3. La mutualisation des données

- La filière du livre devra rapidement réfléchir à la structuration collective des métadonnées et au modèle économique permettant l'accès à cette base de données ; il s'agit d'un enjeu fondamental pour le livre numérique. À cet égard, il faudra demeurer vigilant face à l'avancée des distributeurs numériques qui sont prêts à tout pour mettre la main sur ces données personnelles qui leur offriront la clé de la politique de diffusion de l'œuvre. Les métadonnées sont constituées des informations qui décrivent le contenu de l'œuvre (titre, sujet, description…), des éléments de propriété intellectuelle (auteur, éditeur…) et des éléments matériels (format, date, identifiant…). Il s'agit d'informations cruciales qui permettent la promotion et le repérage des *ouvrages* dans l'univers numérique (réseaux sociaux, moteurs de recherche, blogues…), et qui vont aussi assurer la visibilité de l'*éditeur* et de l'*auteur*.

4. La propriété des droits numériques

- Comme la propriété intellectuelle est de compétence fédérale et qu'elle ne faisait pas l'objet du présent mandat, nous nous limiterons à évoquer ici la dimension contractuelle de la question. Il existe actuellement beaucoup d'exemples de violations des droits de propriété intellectuelle qui suscitent la grogne des auteurs et des éditeurs. Il s'avérera important de revoir les contrats de cession de droits entre les auteurs et les éditeurs afin de s'assurer qu'ils prévoient expressément la cession des droits numériques.

- Avec l'édition numérique et ses différentes fonctionnalités (ex. : liens hypertextes, ajout ou suppression de textes), il faut

s'assurer de préserver le droit moral des auteurs à l'intégrité de leur œuvre. Il faudra donc envisager des dispositions contractuelles permettant aux auteurs de valider les versions numériques de leurs œuvres avant qu'elles ne soient accessibles au public.

5. Rôle central de l'éditeur dans la détermination du prix

- Bien que le marché du livre soit relativement stable, il demeure fragile. Voilà pourquoi il apparaît impératif d'établir des mécanismes permettant aux détenteurs de droits de jouer un rôle dans la détermination du prix du livre.

- Avant de discuter de la question du prix, il faut considérer la nature particulière de l'objet de la vente : le livre numérique. Mais qu'est-ce qu'un livre numérique ? Les modèles commerciaux de l'économie numérique n'ont pas de limites : il peut s'agir des différents chapitres d'un livre qu'on décomposerait en autant de petits fichiers et qu'on pourrait exploiter sous la forme de tirés à part ; il pourrait s'agir encore d'un bouquet de fichiers de toute sortes qui accompagneraient le fichier de l'œuvre originale ; ou encore un abonnement qui serait lié à l'achat d'un livre numérique. Dans un tel contexte de fragmentation de l'offre et de multiplication des fichiers bouquets et abonnements, comment prévoir un mécanisme de fixation des prix ? Par ailleurs, lorsqu'il est question de fixation de prix, la concurrence entre en jeu et il faut, par conséquent, s'assurer qu'il ne s'agit d'une entente anticoncurrentielle au sens des articles 45 et 90.1 de la *Loi sur la concurrence*.

6. Politique de soutien au livre numérique

- Afin de pouvoir tester le nouveau marché du livre numérique, l'État doit apporter son soutien à la numérisation des œuvres et proposer aux consommateurs une offre légale élargie de livres numériques. L'État devrait donc assumer le leadership afin de permettre un dialogue entre les créateurs et les opérateurs Internet et d'éviter des problèmes identiques à ceux connus aux États-Unis et en Europe.

BIBLIOGRAPHIE

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis nº 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique,* 32 p.

COMITÉ SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DANS LE DOMAINE DU LIVRE, *Rapport,* octobre 2000, 99 p.

GAILLARD, Yann, *Rapport d'information au nom de la commission des finances sur la politique du livre face au défi du numérique,* Sénat, session ordinaire de 2009-2010, 25 février 2010, 103 p.

GAYMARD, Hervé, *Situation du livre, évaluation de la loi relative au prix du livre et questions prospectives,* rapport à la ministre de la Culture, mars 2009.

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Agir pour la lecture, Politique de la lecture et du livre : des constats après trois ans,* 7 mars 2002.

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOLIDATION ET LA RENTABILITÉ DES GARDERIES, avril 1999, 47 p.

IPSOS MEDIACT, *Les publics du livre numérique,* 29 mars 2010, 44 p.

LE RAY, Éric et Jean-Paul LAFRANCE, *La bataille de l'imprimé à l'ère du papier électronique,* Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2008, 252 p.

Loi Création et Internet, Loi nº 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

Loi sur le développement des entreprises québécoises dans le domaine du livre, RLRQ, c. D-8.1.

MÉNARD, Marc, *Les chiffres des mots,* Montréal, SODEC, 2001.

PATINO, Bruno, *Rapport sur le livre numérique,* remis à Christine Albanel, 30 juin 2008, 68 p.

PERONA, Mathieu et Jérôme POUYET, *Le prix unique du livre à l'heure du numérique,* Paris, Éditions rue d'Ulm, 2010, 91 p.

PERROT, Anne et Jean-Pierre LECLERC, *Cinéma et concurrence,* Rapport remis à Mme Christine Lagarde, France, mars 2008, 81 p.

Règlement sur l'agrément des distributeurs au Québec et le mode de calcul du prix de vente, RLRQ, c. D-8.1, r. 2.

Règlement sur l'agrément des éditeurs au Québec, RLRQ, c. D-8.1, r. 3.

Règlement sur l'agrément des libraires, RLRQ, c. D-8.1, r. 4.

ROUET, François, *Le livre : mutations d'une industrie,* Paris, La documentation française, 2007, 420 p.

ZELNIK, Patrick, Jacques TOUBON et Guillaume CERUTTI, *Création et Internet,* rapport au ministre de la Culture et de la Communication, janvier 2010, 69 p.