

Vol. 23, n° 3

Concepts et principes économiques invoqués devant la Commission du droit d’auteur du Canada et appliqués dans ses décisions

Marcel Boyer*

1. Introduction	1085
2. Concepts et principes économiques généraux	1087
2.1 Les œuvres (et les droits) en tant que bien économiques	1087
2.2 Le principe de l’acheteur et du vendeur consentants et le concept de volonté de payer	1092
2.3 La Commission du droit d’auteur en tant que substitut de marchés concurrentiels et de négociations éclairées	1095
2.4 La recherche de points de référence adéquats et les corrections y afférentes	1096
2.4.1 Prix unitaire ou pourcentage des recettes	1096

© Marcel Boyer, 2011.

* Marcel Boyer (M.Sc. et Ph.D. en économie, Carnegie-Mellon University ; M.A. en économie, Université de Montréal) est professeur émérite de l’Université de Montréal (Département des sciences économiques), Fellow du CIRANO et du C.D. Howe Institute, Affilié universitaire et expert externe du Groupe d’Analyse et Vice-président de la Society for Economic Research on Copyright Issues (SERCI).

2.4.2 Ratios	1098
2.4.3 Les processus comme points de référence . . .	1100
2.4.4 La capacité de payer : exclusion et ajustement	1102
3. Les principes invoqués et appliqués dans les affaires de copie privée	1104
4. Les principes invoqués et appliqués dans les affaires de radio commerciale	1107
5. Les principes invoqués et appliqués dans l'affaire de la reproduction par reprographie : l'utilisation équitable et la théorie économique	1112
6. Nouveaux modèles permettant d'établir directement la valeur des droits d'auteur	1117
6.1 Radio commerciale (2005)	1117
6.2 Services de radio par satellite (2009)	1123
7. Conclusion	1127

1. INTRODUCTION

La définition, le champ d'application et la qualification des droits de propriété intellectuelle de tous ordres – brevets, droits d'auteur, marques de commerce, etc. – font actuellement l'objet d'un important débat chez les universitaires aussi bien que chez les praticiens. Dans de nombreux États, les fondements juridiques et l'application des droits de propriété intellectuelle sont mis en question et réexaminés dans le contexte de l'ère numérique. De nouvelles lois et de vastes révisions des lois existantes sont envisagées, projets dont la discussion oppose de puissants groupes intellectuels, professionnels et commerciaux.

Au centre de ces débats se trouvent des arguments contestables et contestés sur les coûts et les avantages de la protection et de l'application des droits de propriété intellectuelle. Le rapport entre ces coûts et ces avantages varie selon le point de vue des acteurs : certains, sans nier l'utilité de protéger et d'appliquer les droits de propriété intellectuelle, estiment que les coûts de telles mesures l'emportent de beaucoup sur leurs avantages, tandis que d'autres adoptent le point de vue inverse.

Les principaux avantages de la protection et de l'application des droits de propriété intellectuelle comprennent leur effet potentiellement salutaire sur la création et l'innovation. Si leurs droits ne sont pas protégés comme il convient, créateurs et innovateurs risquent en effet de ne pas pouvoir obtenir une part suffisante de la valeur de leurs œuvres pour justifier leur investissement dans les activités de création et d'innovation. Et si créateurs et innovateurs ne peuvent ainsi profiter que d'une fraction de la valeur de leurs œuvres, la création et l'innovation n'atteindront vraisemblablement pas un niveau efficient ou optimal.

Parmi les principaux coûts de la protection et de l'application des droits de propriété intellectuelle, signalons l'effet préjudiciable qu'elles risquent d'avoir sur la diffusion des produits de la création et de l'innovation, et donc sur la valeur sociale de ces produits, ainsi que sur les efforts ultérieurs de création et d'innovation.

Pour certains, créateurs et innovateurs peuvent profiter indirectement de leurs travaux s'ils ne le peuvent pas directement : par exemple, du fait de leur leadership sur le marché, puisque l'imitation prend du temps ; par la rémunération de leurs concerts ou autres prestations ; ou au moyen d'autres formes de différenciation réelle ou pratique entre ceux qui ont investi dans les services fondés sur la création ou l'innovation et ceux qui ne l'ont pas fait.

Les droits de propriété intellectuelle jouent également un rôle important comme base de rémunération des créateurs et des innovateurs. Si l'on ne reconnaît pas et n'applique pas ces droits, il peut se révéler impossible pour les créateurs et les innovateurs de recevoir une part suffisante de la valeur ajoutée qu'ils ont produite, de sorte que l'incitation à exercer de telles activités se trouvera réduite.

Il est évident que les droits de propriété intellectuelle ne devraient pas être un obstacle à de nouvelles créations ou innovations ; il convient donc de bien les définir et de fixer des limites à leur durée et à leur étendue. Il s'agit de trouver un juste équilibre qui permette de motiver suffisamment créateurs et innovateurs tout en favorisant, voire en maximisant, la diffusion de nouvelles idées, œuvres et connaissances ou informations. C'est là que peuvent jouer un rôle majeur les institutions de marché et autres institutions apparentées qui encadrent les transactions sur les droits de propriété intellectuelle, notamment les exceptions relatives à l'utilisation équitable pour ce qui concerne les droits d'auteur, la concession obligatoire de licences d'exploitation de nouvelles technologies et découvertes, ainsi que les organes et tribunaux administratifs tels que la Commission du droit d'auteur du Canada, qui remplissent les fonctions de substituts du marché, de médiateurs et d'arbitragistes.

Le présent article est composé comme suit. J'y expose d'abord quelques principes généraux qui sous-tendent de nombreuses décisions de la Commission du droit d'auteur du Canada, ainsi que de nombreuses thèses présentées à cette dernière par diverses parties au cours des deux dernières décennies. J'examine ensuite certains principes d'application plus étroite qui apparaissent dans des affaires importantes, touchant notamment la copie privée, la radio commerciale et la reproduction par reprographie. Enfin, je présente et examine deux nouveaux modèles ou approches économiques conçus pour l'établissement de la valeur des droits d'auteur dans des cas particuliers, modèles que la Commission n'a pas explicitement adoptés, il est vrai, mais qui ont récemment été exposés et discutés devant elle.

Il va sans dire qu'il n'est pas possible de traiter la totalité des concepts et principes économiques pertinents dans le cadre d'un article relativement bref tel que le présent. Qu'on voit plutôt dans celui-ci un exposé personnel, impressionniste, sur certains des concepts et principes économiques importants qui s'appliquent à l'analyse de la valeur des droits d'auteur, et qui ont été examinés par la Commission du droit d'auteur dans ses décisions ou par les parties en présence dans leurs présentations ou argumentaires.

2. CONCEPTS ET PRINCIPES ÉCONOMIQUES GÉNÉRAUX

La Commission du droit d'auteur du Canada a uniformément fait preuve, au cours de ses vingt premières années d'existence, d'une solide compréhension des aspects fondamentaux du droit d'auteur, non seulement du point de vue juridique, mais aussi du point de vue économique. Voici une liste non exhaustive de ce que j'estime être les concepts et principes *généraux* les plus importants qu'on trouve dans un grand nombre, sinon dans la totalité, des décisions de la Commission, ainsi que dans une part importante des thèses qui lui ont été présentées par diverses parties dans le cadre de la multitude d'affaires dont elle a été saisie : le concept des œuvres (et des droits) en tant que biens économiques, le principe de l'acheteur et du vendeur consentants, le rôle de substitut des marchés concurrentiels et des négociations éclairées que joue la Commission, le concept de point de référence d'un prix inexistant et ses diverses formes, et enfin la capacité des utilisateurs à payer les droits. L'analyse ici proposée de ces concepts et principes est de nature plutôt générale et, sauf exception, ne renvoie pas à des affaires particulières où ils ont été appliqués et examinés par la Commission ou les parties. Mais il est certain que tous ces concepts et principes imprègnent la plupart, si ce n'est la totalité, des audiences et des décisions.

2.1 Les œuvres (et les droits) en tant que bien économiques

La science économique a deux grands buts : d'une part, analyser et étudier les *mécanismes* qui peuvent contribuer à la satisfaction des besoins pratiquement illimités des êtres humains au moyen des ressources limitées dont ils disposent, dans des cadres ou des contextes aussi bien statiques que dynamiques ; d'autre part, définir et décrire les *institutions* propres à servir de cadres à ces efforts.

Les gens consomment, pour satisfaire leurs besoins, des biens et des services dont la nature et les caractéristiques jouent un rôle majeur dans le choix des mécanismes et des institutions capables d'en assurer efficacement la production, la distribution et l'utilisation.

La Commission du droit d'auteur du Canada est elle-même une institution dont l'existence se justifie directement par les caractéristiques très particulières des biens et des services que constituent ou représentent les œuvres protégées par le droit d'auteur et les droits de propriété eux-mêmes. Ces caractéristiques commandent la mise en place de mécanismes spéciaux propres à assurer l'application des dispositions législatives dans des cas ou contextes particuliers et à établir d'une manière déterminée la valeur ou le « prix » de telle utilisation de tel droit.

Les œuvres (et les droits y afférents) sont des biens très particuliers, mais dont les caractéristiques sont bien connues des économistes. On peut les définir comme ce qu'on appelle des biens d'information ou des produits d'information. Contrairement aux biens classiques tels que les produits agricoles ou manufacturés, les biens d'information, qu'ils revêtent la forme de morceaux de musique composée et interprétée, de spectacles, de connaissances juridiques, d'information technologique, de logiciels ou d'expertise – qui constituent tous, en quelque sorte, des « modèles » – présentent cette caractéristique que, une fois produits, fabriqués ou découverts, on peut les reproduire, les distribuer et les diffuser à un coût (presque) nul. La révolution numérique a réduit encore plus les coûts de distribution des biens d'information.

Autrement dit, la production d'une œuvre exige des coûts fixes importants, mais une fois que l'œuvre (c'est-à-dire l'original ou le modèle) est produite, le coût de sa reproduction est presque nul : le coût *marginal* de reproduction est presque égal à zéro. Comment convient-il alors de définir le niveau de consommation d'un bien d'information qui coïncide avec le bien-être maximal et comment mettre en place des institutions propres à produire ce niveau de consommation ? C'est là une question complexe.

Le niveau de consommation optimal est en général considéré comme étant atteint lorsque le prix du bien d'information égale son coût marginal de production ou de reproduction, la demande ou la consommation de ce bien à ce prix étant telle que la valeur pécuniaire du résultat net total obtenu (c'est-à-dire la valeur totale de la consommation moins le coût total, compris comme la somme des

coûts fixes et des coûts variables de production) est positive. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le résultat net total est négatif, il vaut mieux s'abstenir de produire le bien en question. Par conséquent, le niveau optimal de consommation (production, distribution et diffusion) est soit de zéro, soit égal au niveau obtenu par la fixation du prix en fonction du coût marginal. Ce niveau correspond à ce que les économistes appellent « optimum pur » ou « optimum sans compromis ».

Un marché concurrentiel est en général le mécanisme le plus apte à déterminer et à réaliser le niveau optimal de production et de consommation. Mais dans le cas d'un bien d'information, un prix égal au coût marginal de (re)production ne permettra pas au vendeur ou au producteur de dégager des recettes suffisantes pour couvrir la totalité des coûts qu'entraînent la production et la distribution, en particulier les considérables coûts fixes. Un marché concurrentiel (où le prix égale le coût marginal) ne peut donc servir directement à assurer la répartition optimale des ressources parce que le prix des œuvres devrait par définition y être nul ou presque nul. Il s'ensuit la forte probabilité que trop peu de gens seraient alors disposés à choisir une carrière d'innovateur, de créateur, d'auteur, de compositeur, d'artiste-interprète ou de producteur, et à consacrer le temps et les ressources nécessaires à la production d'œuvres originales de qualité.

La nécessité de résoudre ce problème a suscité deux courants de pensée. Selon le premier, il convient d'attribuer des droits de propriété aux créateurs et de permettre au marché de se former et d'établir un prix d'équilibre, c'est-à-dire un prix permettant un niveau d'échange ou de transactions propre à satisfaire les créateurs aussi bien que les consommateurs ou utilisateurs. Le niveau ainsi obtenu est dit individuellement rationnel parce qu'aucun des acteurs ne voudrait changer le prix en question. Celui-ci serait alors strictement supérieur au coût marginal ; il permettrait de couvrir la totalité des coûts de production et de distribution, mais supposerait une baisse potentiellement importante du niveau de création et d'innovation.

Suivant l'autre courant de pensée, il convient de promouvoir la stricte recherche d'un optimum socio-économique et de faire en sorte que, leur coût de (re)production étant nul, l'utilisation et la reproduction des œuvres soient gratuites. Quant à la rémunération des créateurs, elle se ferait de diverses manières, peut-être par des subventions de l'État. Ce dernier, en échange de ses subventions, s'assurerait le droit de distribuer les œuvres gratuitement.

Chacun de ces points de vue pose des problèmes.

Une protection excessive du droit d'auteur pourrait conférer un monopole aux producteurs de l'œuvre. Or, le monopole est rarement la solution optimale : le prix de chaque exemplaire risquerait d'être trop élevé, et le nombre d'exemplaires distribués, trop faible. En outre, comme chaque œuvre est manifestement le résultat indirect d'autres qui l'ont précédée, le nombre et la qualité des œuvres, en état stationnaire, finiraient par diminuer à l'excès. Comme le dit un aphorisme souvent cité, « un nain sur les épaules d'un géant voit plus loin que le géant lui-même ». Si les redevances de droit d'auteur sont trop élevées, le niveau d'utilisation risque d'être sous-optimal, puisque la distribution des œuvres s'en trouvera limitée dans une trop grande mesure.

La gratuité de l'utilisation ne va pas non plus sans problèmes. Si l'État devait financer la production des œuvres, que ce soit directement par des subventions aux créateurs ou indirectement en enregistrant chaque utilisation, comment pourrait-il établir les valeurs relatives des œuvres produites afin de rémunérer les créateurs comme il convient ? Il pourrait vouloir contenir ses dépenses, les réduire ou même les lier à des facteurs arbitraires, au détriment des créateurs comme des utilisateurs.

Quel créateur serait prêt à consacrer temps et ressources à la production d'une œuvre de qualité, si son prix de vente dépend du bon vouloir de l'appareil d'État ? La gratuité de l'utilisation (de la distribution) aurait probablement la même conséquence que des redevances trop élevées : l'évolution de la connaissance et des idées ralentirait, en raison cette fois de la sous-production d'œuvres de qualité plutôt que de la limitation excessive de la distribution des œuvres.

Quelle position adopter entre les deux extrêmes que représentent, d'une part, l'attribution aux créateurs d'une position de force sur le marché au moyen de droits de propriété intellectuelle et de fortes redevances, et, d'autre part, la gratuité de l'utilisation et de la reproduction des œuvres que permettrait la fixation de faibles redevances ? Le problème est complexe : sans une forme quelconque de monopole légal, il est probable qu'on produira trop peu de biens d'information, mais l'existence d'un monopole de cette nature aura probablement pour conséquence de réduire à l'excès l'utilisation de tels biens.

L'analyse économique peut proposer des réponses à ces questions. Mais, évidemment, ces solutions ne seront pas entièrement efficaces ou optimales, c'est-à-dire qu'elles ne permettront pas d'atteindre l'optimum sans compromis qui détermine, en situation d'information complète, le niveau de production et de consommation propre à maximiser le bien-être global des citoyens, y compris les créateurs ou producteurs aussi bien que les utilisateurs ou consommateurs.

Tout l'art consiste à trouver une solution utile qui puisse être appliquée à faible coût tout en se rapprochant de l'optimum. On peut se faire une idée de la complexité de la tâche en observant les efforts considérables actuellement déployés au nom des titulaires de droits sur la musique enregistrée pour définir de nouveaux modèles opérationnels capables d'équilibrer, d'une part, les droits des auteurs, compositeurs, artistes-interprètes et producteurs, et, d'autre part ceux des consommateurs et des utilisateurs, dans le contexte d'une évolution technologique qui rend potentiellement disponible le répertoire complet des œuvres musicales enregistrées pour un coût marginal négligeable. Comme il ne sera pas possible d'appliquer une solution complètement efficace (optimum sans compromis), il importe de se rappeler que, dès qu'on envisage des solutions soumises à des contraintes d'information, le mieux devient l'ennemi du bien : en effet, les choses ont tendance à mal tourner quand on veut ménager la chèvre et le chou.

Examinons de plus près la notion de droit d'auteur. L'objectif de principe général du droit d'auteur est d'encourager la création aussi bien que la diffusion d'œuvres originales. La politique y afférente doit en même temps être équitable et promouvoir l'efficacité économique. Les buts du droit d'auteur sont les suivants¹. Premièrement, promouvoir la création d'œuvres originales de qualité et diverses en permettant aux créateurs de tirer des revenus de leur travail, de manière à produire de fortes incitations à la création de telles œuvres. Deuxièmement, promouvoir l'accès à des œuvres originales de qualité et diverses en faisant en sorte que le marché des œuvres soit libre, exempt d'obstacles économiques à l'entrée, et en permettant aux nouveaux créateurs de concurrencer ceux qui sont déjà en place. Troisièmement, faire en sorte que les redevances de licences soient fixées à un niveau équitable et ne deviennent pas un obstacle

1. Voir entre autres à ce sujet ROBERT (Jacques), « An evaluation of the collective copyright management in Canada », dans BOYER (Marcel) *et al.* (dir.), *Intellectual Property and Competition Law* (Toronto :Irwin Law, 2009).

à une diffusion suffisante des œuvres. Or, ces objectifs sont quelque peu contradictoires. D'un côté, on voudrait un accès libre et gratuit à toutes les œuvres de création, mais de l'autre, on doit reconnaître aux créateurs le droit à une juste rémunération de leurs efforts. Les incitations à créer sont au centre de ces questions.

2.2 Le principe de l'acheteur et du vendeur consentants et le concept de volonté de payer

La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada a été modifiée en 1997 sous le rapport des droits des artistes-interprètes et de ceux des producteurs d'enregistrements sonores. Les articles 15 et 19 de la *Loi* ainsi modifiée conféraient aux artistes-interprètes de nouveaux droits, notamment celui de recevoir une *rémunération équitable* pour l'exécution en public ou la communication au public de leurs prestations fixées dans des enregistrements sonores publiés. Selon cette disposition, le radiodiffuseur qui communique au public une prestation fixée dans un enregistrement sonore doit verser une rémunération équitable à la société de gestion compétente, à condition que l'artiste-interprète soit canadien ou ressortissant d'un pays ayant ratifié la Convention de Rome. Les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* adoptées en 1997 étendent aussi les droits afférents aux enregistrements sonores qui font l'objet de l'article 18². La nouvelle version de la *Loi* étend en effet aux producteurs d'enregistrements sonores le droit à une rémunération équitable au titre de l'exécution en public ou de la communication au public par télécommunication de tels enregistrements publiés. Ce droit à rémunération des producteurs se limite aux Canadiens et aux ressortissants des pays parties à la Convention de Rome, ou aux enregistrements sonores effectués au Canada ou dans un pays partie à ladite Convention. Comme dans le cas des droits des artistes-interprètes, les dispositions prévoyant la rémunération équitable des producteurs prévoient que cette rémunération doit être versée à une société de gestion³.

Le taux des droits d'auteur à payer pour l'utilisation d'œuvres musicales protégées devrait être fondé sur le montant que les utilisateurs seraient disposés à payer s'ils opéraient sur un marché fonctionnel des droits d'utilisation des enregistrements sonores

2. Il est intéressant de noter que les stations de radio américaines ne sont pas tenues de payer quoi que ce soit aux artistes-interprètes ou aux producteurs pour la communication au public d'enregistrements sonores publiés.

3. La *Loi sur le droit d'auteur* du Canada et la Commission du droit d'auteur favorisent nettement la gestion collective des droits.

en question. La rémunération équitable correspond au niveau de rémunération qui s'établirait sur un marché concurrentiel où des acheteurs et des vendeurs consentants, tous « preneurs de prix », traiteraient librement.

La volonté de payer est un concept apparenté. Elle correspond à la valeur différentielle que les œuvres protégées par le droit d'auteur créent pour l'utilisateur. La notion de volonté de payer, bien que différente de la notion de capacité de payer, que nous examinerons plus loin, n'est pas sans rapport avec elle.

Or, dans sa décision de 2009 sur les services de radio par satellite⁴, la Commission a mis en question le concept de volonté de payer. On y lit en effet ce qui suit :

L'approche fondée sur la volonté de payer [...] repose sur l'hypothèse que les services par satellite seraient disposés à payer le même montant pour un nouvel abonné-mois, peu importe que celui-ci soit attiré par la programmation musicale ou d'une entente avec un constructeur d'automobiles [...] les informations ayant trait au réseau de détail indiquent que la volonté de payer peut varier sensiblement selon les intrants [...] En conséquence, la volonté de payer pour un intrant particulier ne semble pas être un indicateur fiable de la volonté de payer pour un autre.

La Commission poursuivait son raisonnement en ces termes :

Lorsqu'ils ont entamé les négociations avec les constructeurs d'automobiles, les services par satellite avaient déjà engagé une bonne partie des dépenses nécessaires à la prestation du service et étaient donc disposés à payer un fort taux pour attirer de nouveaux clients, pourvu que le gain soit supérieur au coût marginal [...] Lorsqu'ils ont négocié avec les fournisseurs de contenu, les services par satellite ont pu démontrer qu'ils devaient engager d'importants frais de démarrage pour assurer le service et que, par conséquent, leur marge bénéficiaire n'était pas très élevée. Une fois que le service est assuré et que certains coûts sont inévitables, les positions de négociation changent [...] C'est pourquoi nous sommes d'avis que le modèle fondé sur la volonté de payer est fondamentalement inadéquat

4. Services de radio par satellite, SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010) et CMRRA/SODRAC inc. (2006-2009), 8 avril 2009.

pour l'établissement d'un tarif. En règle générale, l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier au cours du processus de développement d'une entreprise ne doit pas influencer sur le tarif.

Dans les documents qu'elle a déposés dans l'affaire de 2004 relative aux services sonores payants numériques (SSPN)⁵, la société de gestion CSI soutenait que le tarif que les SSPN devaient lui verser pour l'utilisation des droits d'auteur applicables devait être fondé sur le montant que lesdits SSPN seraient disposés à payer s'ils opéraient sur un marché fonctionnel ou dans le cadre d'une vente aux enchères des droits sur les œuvres musicales en question. Elle fondait cette thèse sur trois raisons principales. Premièrement, les SSPN présentent toutes les caractéristiques d'un secteur de monopole naturel, même s'ils se trouvent dans une mesure limitée en concurrence avec la radio commerciale, qui produit et vend un substitut imparfait de ces services. Deuxièmement, la loi du prix unique doit être simultanément appliquée à de multiples niveaux ou sur des marchés multiples mais apparentés, soit à tous les intrants (notamment aux œuvres musicales, au capital et à l'entrepreneuriat des points de vue de la quantité et de la qualité, qui sont des intrants clés des SSPN aussi bien que de la radio commerciale) et à tous les produits de substitution imparfaite. Troisièmement, le secteur de la production d'œuvres musicales (auteurs, artistes-interprètes et producteurs) se caractérise par une vive concurrence et la libre entrée. Si des redevances plus élevées sont perçues, il est permis de s'attendre à ce que plus d'auteurs, d'artistes-interprètes et de producteurs entrent dans le secteur ou étendent leurs activités afin de s'assurer une part de l'accroissement des ressources ou du marché.

Pour utiliser comme il se doit le concept de volonté de payer, il faut résoudre deux problèmes. Premièrement, il faut déterminer le prix propre à faire en sorte que les utilisateurs, par exemple les SSPN, reçoivent une rémunération juste et équitable, c'est-à-dire, entre autres, que le rendement du capital corrigé du risque (RAROC) soit concurrentiel dans le secteur ou au niveau des utilisateurs, et que soient équitablement rémunérés aussi les compositeurs, les interprètes et les producteurs. Deuxièmement, il faut prendre en compte l'effet de l'ordre dans lequel le concept de la volonté de payer est appliqué aux facteurs de production, notamment les droits d'utilisation des biens ou œuvres en question : plus les titulaires de droits apparaissent tard dans la chaîne de rémunération, moins les utilisateurs

5. La demande a été retirée avant les audiences en raison de la conclusion d'un accord entre les parties.

teurs peuvent se trouver disposés à payer. Nous reviendrons plus loin sur ces problèmes.

2.3 La Commission du droit d'auteur en tant que substitut de marchés concurrentiels et de négociations éclairées

En un sens, l'équilibre de marché entre acheteurs et vendeurs consentants sur le marché considéré peut impliquer des ajustements sur les marchés apparentés des autres intrants du secteur, par exemple le capital, la main-d'œuvre et les matières. Tous les intrants ou facteurs de production qui contribuent au dégagement de recettes pour une entreprise ou un secteur d'activité devraient être rémunérés comme il convient à leurs niveaux respectifs d'équilibre concurrentiel. En effet, si le prix d'un intrant déterminé, par exemple les enregistrements sonores, était fixé au-dessous – l'inverse s'ensuivant si le prix était fixé au-dessus – de son niveau d'équilibre concurrentiel, d'autres intrants (comme la main-d'œuvre directe ou le capital) pourraient s'emparer d'une partie de la contribution des enregistrements sonores à la valeur de l'entreprise ou du secteur d'activité, ce qui entraînerait la conséquence socialement coûteuse d'une mauvaise affectation des ressources.

Il est très difficile d'établir comment il conviendrait de fixer la rémunération juste et équitable, par exemple des auteurs, compositeurs, artistes-interprètes et producteurs, étant donné les caractéristiques très particulières du secteur d'activité et l'absence d'un processus adéquat. La notion de rémunération appropriée, juste ou équitable ne fait pas problème, puisque tous s'entendent pour dire qu'elle correspond au niveau de rémunération qui s'établirait sur un marché concurrentiel où acheteurs et vendeurs consentants, tous preneurs de prix (c'est-à-dire incapables de fixer le prix), traiteraient librement jusqu'au point où la valeur marginale d'une transaction additionnelle pour les acheteurs (demande) égalerait exactement le coût marginal de cette même transaction pour les vendeurs (offre).

La Commission du droit d'auteur a ainsi pour fonction de se substituer à un tel marché concurrentiel pour établir quel serait le prix ou la rémunération de concurrence sur ce marché s'il existait et fonctionnait de manière efficace. Pour ce faire, la Commission recherche des indicateurs éclairants et pertinents, aptes à servir de points de référence, de ce qu'un tel prix ou une telle rémunération serait et devrait être. Ces indicateurs ou points de référence peuvent revêtir diverses formes : information sur le secteur d'activité ; information sur le comportement des exploitants ou des entreprises –

acheteurs et vendeurs potentiels – des deux côtés du marché ; prix des produits ou services de substitution ; processus concurrentiels virtuels ou simulés ; etc.

2.4 La recherche de points de référence adéquats et les corrections y afférentes

2.4.1 Prix unitaire ou pourcentage des recettes

Les droits d'auteur à payer sont parfois exprimés en prix par unité physique et parfois en pourcentage d'une mesure comptable. Un exemple de la première formule est la redevance pour la copie privée, qui est établie en cents par unité de support vendue (audio-cassette ou CD). Un exemple de la seconde formule est le taux appliqué à la radiodiffusion d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores par la radio commerciale, qui est mesuré en pourcentage des recettes.

Cependant, un pourcentage n'est pas un prix. Il n'y a aucune raison de penser que le juste prix à payer pour les mêmes intrants, à savoir les droits sur les exécutions, les enregistrements sonores et les œuvres musicales, correspondrait au même pourcentage de recettes, quelles que soient les caractéristiques des secteurs d'activité en question. L'utilisation du même pourcentage entraînerait en général la fixation de prix erronés dans l'un ou l'autre des secteurs, étant donné qu'un prix déterminé, exprimé en unités monétaires, qu'on applique aux mêmes intrants utilisés dans deux secteurs différents représente en général des pourcentages très différents de la valeur des extrants de ces secteurs.

Prenons un exemple simple pour illustrer cette différence. Supposons qu'on veuille établir quel devrait être le prix de la quantité de peinture nécessaire pour peindre une habitation à loyer modique (HLM) d'une valeur de 100 000 \$ et qu'on adopte comme point de référence le coût de la peinture de même qualité nécessaire pour peindre un appartement de même taille, mais situé dans un immeuble de luxe et valant dix fois plus, soit 1 000 000 \$. Il est évident que le coût de la même peinture pour les deux appartements devrait être le même si la loi du prix unique s'applique sur le marché des intrants (peintures). Supposons encore que le coût de la peinture utilisée pour l'appartement de luxe soit de 1 000 \$, ce qui représente 0,1 pour cent de la valeur de celui-ci. Si l'on considère ce même pourcentage de 0,1 pour cent comme le « prix » à payer pour la peinture de

l'HLM, on obtient, exprimé en termes absolus, un prix de 100 \$ (0,1 x 100 000 \$), soit un dixième du coût de la même quantité de la peinture de même qualité utilisée pour l'appartement de luxe, ce qui est une contradiction. En fait, les contributions respectives des mêmes quantités de peinture de même qualité à la valeur des deux appartements sont très différentes : cette contribution est beaucoup plus élevée dans le cas de l'HLM que dans le cas de l'appartement de luxe, dix fois plus dans notre exemple.

Si l'on applique ce raisonnement, par exemple, aux secteurs de la radio commerciale et des services sonores payants numériques (SSPN), on arrive à la conclusion que le même prix pour les mêmes droits sur les mêmes œuvres musicales, exprimé en pourcentage, représentera un pourcentage beaucoup plus élevé dans le secteur des SSPN, à faible valeur ajoutée, où les enregistrements sonores forment le principal intrant variable, que dans le secteur de la radio commerciale, à valeur ajoutée plus forte, où les enregistrements sonores ne sont qu'un intrant parmi bien d'autres. Nous avons donc un même prix, mais des pourcentages très différents.

Une application erronée du pourcentage risque d'entraîner un conflit entre deux principes fondamentaux de la théorie économique. D'un côté, la loi du prix unique devrait s'appliquer : des produits semblables sur les mêmes marchés devraient se vendre à des prix semblables. De l'autre, les secteurs d'activité, par exemple la radio commerciale et les SSPN, devraient aussi avoir une rentabilité égale, mesurée par le rendement du capital corrigé du risque (RAROC). En effet, si l'entrée et la sortie sont relativement libres dans l'un et l'autre secteurs, celui qui est le plus rentable devrait attirer un nombre net plus élevé de nouveaux acteurs, cette entrée nette favorisant la convergence des taux de rentabilité corrigée du risque dans les deux secteurs.

L'une ou l'autre de ces deux formules de rémunération – la redevance fixe et le pourcentage des recettes – pourrait émerger de négociations entre les utilisateurs et les titulaires des droits sur les œuvres musicales. Aucun principe économique n'interdit de calculer les redevances de droit d'auteur en pourcentage des recettes ou des bénéfices, dans le cadre d'une décision de partage des risques. Cependant, s'il est demandé aux auteurs, artistes-interprètes et producteurs d'œuvres musicales de participer à un accord de partage des risques axé sur le développement d'un marché donné, ils devraient avoir droit à une somme au titre du RAROC (rendement du capital corrigé du risque) correspondant à leur investissement.

Les économistes financiers et les gestionnaires estiment couramment le RAROC selon l'investissement, l'investisseur, l'entreprise et le secteur d'activité en se fondant sur le taux hors risque (normalement, le taux de rendement d'obligations de l'État de qualité supérieure), la prime de risque établie sur les marchés financiers (normalement, la différence entre un portefeuille de titres bien diversifié et le taux hors risque), et le niveau ou la « quantité » de risque systématique que l'investissement représente, mesuré par son coefficient bêta. On pourrait appliquer une méthode de même nature à l'établissement du RAROC qui reviendrait aux titulaires des droits d'auteur dans le cadre d'accords de partage de risques.

2.4.2 Ratios

Dans sa décision de 2006 sur le tarif applicable aux sonneries⁶, la Commission examine la possibilité d'utiliser le ratio entre deux droits dans une affaire donnée comme point de référence du ratio entre les mêmes droits dans une autre affaire. Elle renvoie à une décision de 2003⁷, la première qu'elle ait rendue sur la question du tarif applicable à la reproduction d'œuvres musicales par les stations de radio commerciales. Elle cite, parmi les facteurs qu'elle avait pris en considération dans cette dernière décision, la nature accessoire ou facultative du droit de reproduction dans l'exploitation d'une station de radio commerciale, dans la mesure où celle-ci peut fonctionner sans reproduire d'œuvres musicales. Afin de ne pas faire obstacle à l'adoption de nouvelles technologies de radiodiffusion, la Commission avait décidé, sur le fondement des facteurs susdits, de fixer un tarif (avant correction en fonction du répertoire) d'environ *un tiers* du taux retenu pour le droit de communication, considéré comme nécessaire ou essentiel.

Pour ce qui concerne le marché des sonneries, la Commission a jugé accessoire et facultatif le droit de communication plutôt que le droit de reproduction, ajoutant cependant que « [l]e modèle opérationnel actuel des fournisseurs de sonneries dépend de manière *cruciale* du droit de communication et [que] ceux-ci ne connaîtraient pas le succès dont ils jouissent maintenant s'ils cessaient d'utiliser ce droit » (non souligné dans l'original). En effet, sur le marché des sonneries, les fournisseurs utilisent systématiquement le droit de communication pour livrer leurs produits à la clientèle. Il n'était pas

6. Sonneries, tarif 24 de la SOCAN (2003-2005), août 2006.

7. Stations de radio commerciales, CMRRA/SODRAC inc. – CSI (2001-2004), mars 2003.

vraiment envisageable de changer le modèle opérationnel, de sorte que la Commission a formulé la conclusion suivante : « Dans ce contexte, la possibilité que le tarif que nous homologuons vienne réduire significativement l'utilisation de ces technologies est mince ».

En conséquence, dans sa décision sur les stations de radio commerciales, la Commission a établi un *ratio* de un à trois entre le droit qu'elle estimait accessoire, c'est-à-dire le droit de reproduction, et le droit qu'elle considérait comme nécessaire, à savoir le droit de communication. Mais dans sa décision relative au marché des sonneries, elle a établi un ratio de un à deux entre le tarif applicable au droit de communication, considéré comme accessoire, et le tarif applicable au droit de reproduction, jugé nécessaire, étant donné l'importance relative du droit accessoire dans les deux cas. Elle a considéré que le droit accessoire dans l'affaire de la radio commerciale, soit le droit de reproduction, était plus accessoire que le droit accessoire défini dans l'affaire des sonneries, à savoir le droit de communication. Selon la Commission, le fournisseur de sonneries utilisait d'abord et avant tout le droit de reproduction, tandis qu'il ne se servait du droit de communication que pour livrer la sonnerie en tant que reproduction, donc en quelque sorte par commodité. La Commission a conclu sa décision sur le tarif des sonneries en fixant le droit de communication à *la moitié* de la valeur du droit de reproduction.

La Commission a appliqué un raisonnement semblable dans sa décision de 2007 sur les services de musique en ligne⁸. Elle s'y référerait aux décisions précitées sur les sonneries et sur la radio commerciale, où elle avait « établi au moyen d'une analyse par ratio la valeur du droit de communication par rapport à celle du droit de reproduction ». Elle avait fixé, entre le droit accessoire et le droit essentiel, un ratio de un à deux dans le cas des sonneries, et de un à trois dans le cas de la radio commerciale. Dans l'affaire des services de musique en ligne, la Commission estimait à la même valeur l'ensemble des droits de communication et de reproduction pour les transmissions sur demande, les téléchargements permanents et les téléchargements limités, mais considérait comme différentes selon le cas les valeurs relatives des deux droits. « Le consommateur qui achète un téléchargement permanent, expliquait la Commission, achète une reproduction, qui lui est livrée par une communication. Pour les téléchargements limités, les droits de communication et de reproduction ont à peu près la même importance [...] Dans le cas des transmissions

8. Services de musique en ligne, tarif 22.A de la SOCAN (1996-2006), octobre 2007.

sur demande, le consommateur achète la communication ; la reproduction ne fait qu'y faciliter la communication ». La Commission a fixé à 12,2 pour cent le taux de l'ensemble des droits pour les trois services, et respectivement à 28 pour cent, 51 pour cent et 62 pour cent la part revenant au droit de communication.

En résumé, la Commission a dégagé quatre critères principaux pour établir le ratio approprié entre deux droits. Premièrement, il faut analyser l'utilisation du droit et son importance relative dans la branche d'activité considérée. Deuxièmement, il faut établir si le droit en question est facultatif ou essentiel : l'exercice d'un droit facultatif aura moins de valeur que l'exercice d'un droit essentiel. Troisièmement, il faut mesurer la nature et l'étendue du droit de reproduction lorsqu'on établit des ratios pour deux marchés différents. Enfin, il faut définir correctement la pertinence du marché de référence : le tarif fixé pour un droit donné sur un marché de référence peut ne pas convenir pour fixer le tarif du même droit sur un marché cible, mais le ratio entre les valeurs respectives des deux droits sur le marché de référence peut se révéler utilisable pour établir un ratio entre ces deux droits sur le marché cible.

2.4.3 Les processus comme points de référence

Le point de référence n'est pas nécessairement un simple prix ; on peut aussi l'envisager comme un processus au moyen duquel peut être calculée la rémunération appropriée de l'utilisation d'œuvres protégées. La question principale à cet égard peut se formuler comme suit : quel serait le taux concurrentiel de redevances que le secteur utilisateur paierait pour les droits musicaux sur un marché concurrentiel dans le cas où il en existerait un et où il fonctionnerait de manière efficiente ? Ou encore : peut-on imaginer un processus autre que le fonctionnement d'un marché concurrentiel par lequel s'établirait un taux concurrentiel de rémunération des droits musicaux ? On peut par exemple supposer une vente aux enchères pour l'utilisation non exclusive des droits considérés : combien l'utilisateur serait-il prêt à déboursier pour de tels droits ? La réponse est à chercher dans la valeur marginale ou différentielle de ces droits pour l'utilisateur en question.

Comme je le disais plus haut, la recherche de points de référence acceptables peut et doit s'entendre, au sens large, comme comprenant la recherche de processus aptes à remplir cette fonction. Par exemple, le tarif que les services sonores payants numériques (SSPN) doivent verser à la société de gestion CSI pour l'utilisation

des droits d'auteur sur les œuvres musicales en question pourrait être basé sur ce qu'ils seraient disposés à payer sur un marché fonctionnel ou dans une vente aux enchères de ces droits. Rappelons les trois raisons principales sur lesquelles se fonde cette proposition. Les SSPN ont toutes les caractéristiques d'un secteur de monopole naturel, même s'ils se trouvent dans une mesure limitée en concurrence avec la radio commerciale, qui produit et vend un substitut imparfait de ces services. La loi du prix unique doit être simultanément appliquée à de multiples niveaux ou sur des marchés multiples mais apparentés, soit à tous les intrants (notamment aux œuvres musicales, au capital et à l'entrepreneuriat sous les rapports de la quantité et de la qualité, qui constituent les intrants clés des SSPN aussi bien que de la radio commerciale) et à tous les extrants de substitution imparfaite. Le secteur de la production d'œuvres musicales (auteurs, artistes-interprètes et producteurs) se caractérise par une vive concurrence et la libre entrée, de sorte que, si les redevances augmentent, on peut légitimement s'attendre à ce qu'un plus grand nombre d'auteurs, d'artistes-interprètes et de producteurs étendent leurs activités de création ou entrent dans le secteur, afin de s'assurer une part de l'accroissement des redevances ou du marché.

La Commission a refusé d'entériner cette approche pour diverses raisons, mais n'en a pas moins admis les fondements. Elle déclarait ce qui suit dans sa décision de 2009 sur les services de radio par satellite⁹ :

[...] nous sommes d'avis que le modèle fondé sur la volonté de payer est fondamentalement inadéquat pour l'établissement d'un tarif. En règle générale, l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier au cours du processus de développement d'une entreprise ne doit pas influencer sur le tarif.

La Commission a raison de voir dans l'ordre d'arrivée une contrainte importante de la mesure de la valeur différentielle. La réponse des théoriciens de l'économie à ces préoccupations est un concept de la théorie des jeux coopératifs, à savoir la valeur de Shapley, que nous examinerons plus loin, dans la section sur les nouveaux modèles économiques.

9. Services de radio par satellite, SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010) et CMRRA/SODRAC inc. (2006-2009), 8 avril 2009.

2.4.4 La capacité de payer : exclusion et ajustement

La Commission a déclaré à plusieurs reprises que la capacité de payer est l'un des facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'établissement des tarifs. Dans certaines affaires, elle s'est contentée de constater, sur le fondement de la preuve, qu'il n'existait aucun problème sur le plan de la capacité de payer. Dans d'autres affaires, elle a accordé des réductions pour une durée déterminée. Dans sa décision de 1993 touchant les droits à percevoir sur l'exécution au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales¹⁰, la Commission s'exprime ainsi : « La Commission a établi par le passé que la capacité de payer est un facteur, parmi tant d'autres, dont on peut tenir compte dans l'établissement du prix de la musique ».

De même, la décision de 2003 sur les droits de reproduction s'appliquant à la radio commerciale¹¹ rappelle que « [l]a Commission a toujours reconnu qu'un tarif équitable doit prendre en compte la capacité de payer des utilisateurs visés ».

On peut lire ce qui suit dans la décision que la Commission a rendue en 2009 sur les redevances que doivent verser les services de radio satellitaire à canaux multiples par abonnement¹² :

Les services par satellite n'ont pas encore rentabilisé leurs activités. Cela n'est pas surprenant dans un secteur qui est dans une phase de développement initial et qui doit supporter des coûts fixes élevés. Toutefois, les informations disponibles montrent clairement que ce secteur est dans une situation financière plus précaire que beaucoup d'autres. Les services par satellite ont enregistré des pertes importantes depuis qu'ils ont lancé leurs activités. Les coûts fixes initiaux, qui constituent environ 85 pour cent du total des coûts d'exploitation, expliquent en partie ces difficultés sur le court terme. En outre, les services de radio par satellite doivent supporter des coûts d'acquisition de la clientèle très élevés. C'est pourquoi les deux services affichent à l'heure actuelle des pertes qui excèdent très largement leurs revenus d'abonnement. La situation financière de l'industrie devrait s'améliorer considérablement à mesure qu'augmentera le nombre d'abonnés à la radio satellitaire. De

10. Tarif des droits à percevoir pour l'exécution au Canada d'œuvres musicales ou dramatico-musicales en 1990, 1991, 1992 et 1993, tarifs multiples de la SOCAN, décembre 1993.

11. Stations de radio commerciales, CMRRA/SODRAC inc. (2001-2004), mars 2003.

12. Services de radio par satellite, SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010) et CMRRA/SODRAC inc. (2006-2009), avril 2009.

fait, les services par satellite prévoient franchir le seuil de rentabilité vers 2010 [...] Nous croyons qu'un escompte initial devrait être appliqué à ces tarifs, comme cela s'est déjà fait dans le passé pour d'autres tarifs. Toutefois, pour les raisons que nous venons d'exposer, nous pensons que cet escompte devrait être plus élevé que d'habitude. Nous appliquerons donc un escompte de 25 pour cent de 2005 à 2007, cette dernière étant la première année où les trois tarifs seront en vigueur simultanément, et de 10 pour cent en 2008 et 2009, dernière année pour laquelle nous croyons qu'un escompte devrait s'appliquer.

Quelle qu'en soit la forme, la contrepartie qu'on demandera aux utilisateurs pour un intrant donné représentera un fardeau pour eux, et certains seront exclus du marché en raison de leur incapacité à payer les intrants. C'est le cas sur tous les marchés, d'intrants ou d'extrants. En règle générale, les divers services du travail et les fournisseurs des autres facteurs de production reçoivent une rémunération concurrentielle (salaire ou prix), sans égard pour la rentabilité de l'entreprise ou du secteur. C'est le propriétaire du capital qui supporte la charge du risque et de la non-rentabilité à court terme. Cependant, rien n'empêche les fournisseurs d'intrants d'accepter volontairement une rémunération plus faible à court terme, comme contribution au développement du marché ou du secteur, ou comme investissement dans ce développement, si cette contribution ou cet investissement paraît rentable, c'est-à-dire s'il y a lieu de prévoir que les pertes ou le manque à gagner subis au départ permettront de dégager plus tard des gains intéressants. La capacité de payer n'est généralement pas prise en considération pour la rémunération des intrants sur un marché parvenu à maturité ou dans un secteur bien établi, mais elle pourrait néanmoins être un facteur pertinent dans une entreprise en démarrage ou un secteur émergent, en particulier si l'intrant en question est crucial et essentiel.

Dans l'affaire des services sonores payants numériques (SSPN), par exemple, on a soutenu que la question de savoir si la capacité de payer devrait ou non entrer en considération dans l'établissement des redevances, c'est-à-dire s'il convient ou non qu'un taux de redevance générale soit indexé sur le niveau de rentabilité des services, n'est aucunement une particularité du secteur des SSPN, mais relève plutôt d'une décision endogène de partage des risques liés au développement du marché des SSPN, prise de concert par ceux-ci et certains fournisseurs d'intrants (en l'occurrence les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs d'œuvres musicales).

Aucun principe économique n'interdit de calculer des redevances de droit d'auteur en pourcentage des recettes ou des bénéfices, ce pourcentage augmentant en proportion de la rentabilité dans le cas où celle-ci peut être évaluée et vérifiée de manière satisfaisante. Il s'agit alors d'une décision de partage des risques. Encore une fois, si l'on demande aux auteurs, aux artistes-interprètes et aux producteurs d'œuvres musicales de participer à un accord de partage des risques liés au développement d'un marché, d'un secteur d'activité ou d'une entreprise, ils devraient avoir droit à un RAROC (rendement du capital corrigé du risque) sur leur investissement ; ainsi, sur la durée, la rémunération (incertaine ou aléatoire) des droits d'auteur sur la musique dans le cadre d'un accord de partage des risques sera en moyenne plus élevée que la rémunération des mêmes droits, qu'elle soit calculée à l'unité ou autrement, dans le cadre d'un accord de type courant.

3. LES PRINCIPES INVOQUÉS ET APPLIQUÉS DANS LES AFFAIRES DE COPIE PRIVÉE

La Commission écrivait ce qui suit dans sa décision de janvier 2001 sur la copie privée¹³ :

La décision de la Commission de traiter la copie privée comme un « marché secondaire » en 1999 est sans doute celle qui a suscité le plus de débats. Or, le fait qu'on ait ou non affaire à un « marché » importe peu. Ce qui importe vraiment, c'est de savoir si l'activité de copie privée a ou non un caractère accessoire pouvant agir sur le montant à verser pour le droit de reproduction, sans lequel cette activité ne peut tout simplement pas avoir lieu.

Elle a toutefois reconnu qu'il n'est « pas déraisonnable » de soutenir que, toutes choses étant égales par ailleurs, le droit de reproduction devrait faire l'objet de la même rémunération, qu'il soit attaché à un original ou à une copie de haute qualité, puisque dans les deux cas le produit final est essentiellement le même.

La Commission a relevé deux facteurs qui pourraient entraîner une diminution de la valeur attribuée par le consommateur au droit de reproduction dont il a besoin pour la copie privée : premièrement, pour la moitié des consommateurs, les copies sont des secondes

13. Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP en 2001 et 2002 pour la vente de supports audio vierges au Canada, janvier 2001.

copies ; deuxièmement, tout en reconnaissant que la valeur du contenu peut être de beaucoup supérieure à celle du contenant, la Commission fait observer qu'« établir le prix du droit de reproduction nécessaire à l'activité de copie privée au même niveau que celui du droit de reproduction servant à produire un CD préenregistré entraînerait une résistance du consommateur ». Elle ne précise cependant pas les motifs d'une telle résistance.

La Commission a aussi recensé trois facteurs qui pourraient faire augmenter la valeur attribuée par le consommateur au droit de reproduction dont il a besoin pour la copie privée : premièrement, la moitié des copies privées sont les seules que le consommateur possède ; deuxièmement, la valeur d'une caractéristique (le droit de reproduction) peut augmenter lorsque d'autres caractéristiques (par exemple la totalité des frais d'emballage et la plus grande partie des frais de vente au détail) sont absentes ; troisièmement, les copies servent habituellement à faire des compilations de plages prises isolément ou de sélections plutôt qu'à reproduire des albums complets, ce qui pourrait disposer le consommateur à payer plus pour le droit de reproduction de l'album composé : « Il se peut à plus long terme que les consommateurs acceptent de payer davantage pour la musique qu'ils convoitent, s'ils n'ont pas à payer pour celle dont ils ne veulent pas ». La Commission a finalement décidé de réduire l'escompte, qu'elle avait fixé à 50 pour cent dans sa décision antérieure, pour le porter à 37,5 pour cent.

Au cours des audiences sur la copie privée de 2000 et de 2003, la SCPCP a soutenu que la musique, en tant que telle, enregistrée sur des copies privées tirées d'un ou de plusieurs CD a normalement pour le consommateur une valeur égale à celle de la même musique enregistrée sur des CD originaux. Le fait que les consommateurs produisent des copies pour écouter plus commodément leur musique préférée ne change rien à cette conclusion. La SCPCP a proposé deux exemples à l'appui de sa thèse : les consommateurs qui déjeunent au même restaurant trois fois par semaine doivent payer chaque fois le même prix même s'ils consomment chaque fois la même chose, et les consommateurs qui prennent un taxi plusieurs fois par semaine pour le même trajet doivent payer le même prix pour chaque course.

Dans de tels cas, la loi de l'utilité marginale décroissante, sur laquelle repose le concept de « marché secondaire » qu'emploie la Commission dans ses décisions sur la copie privée, ne s'appliquerait pas puisque la valeur de chaque unité de consommation reste constante. Le consommateur qui vient de finir de déjeuner ne sera pas

disposé à payer de nouveau le prix de son repas pour déjeuner encore immédiatement après. De même, le consommateur ne sera pas disposé à payer une deuxième course de taxi sur le même trajet immédiatement après la première. Mais sur la durée, le « même » bien peut revêtir la même valeur pour le même consommateur : la loi de l'utilité marginale décroissante s'applique à la consommation en un même point donné du temps et de l'espace, mais pas à la consommation en des points différents.

Dans le cas des œuvres musicales, la consommation (l'audition) répétée du même morceau à un moment déterminé obéit vraisemblablement à la loi de l'utilité marginale décroissante. Cependant, il se pourrait bien que l'audition du même morceau de musique, répétée une ou deux fois par semaine ou par mois, représente chaque fois la même valeur pour le consommateur. Ce fait donne à penser qu'il serait déraisonnable d'affirmer que la loi de l'utilité marginale décroissante devrait être appliquée sans nuances. Si les copies permettent au consommateur d'écouter ses œuvres musicales préférées une deuxième ou une troisième fois sur une durée donnée, il paraît légitime de supposer que la loi de l'utilité marginale décroissante ne s'applique pas aux œuvres musicales en tant que telles. Il est même fort possible que leur utilité marginale augmente au lieu de diminuer.

La Commission écrivait ce qui suit dans sa décision de décembre 2003 sur la copie privée¹⁴ :

La SCPCP soutient que les consommateurs accordent autant de valeur à la copie privée faisant partie d'une compilation de pièces qu'à l'original faisant partie de l'album complet. La Commission ne partage pas ce point de vue.

Elle concluait son raisonnement dans les termes suivants :

La Commission préférerait ne pas ajouter de variantes à cet exercice déjà complexe en tentant de décomposer l'escompte lié à la « valeur accessoire ». Elle n'est pas convaincue qu'il est juste de procéder à une microanalyse ou de ratiociner sur des technicalités. Le calcul de la valeur accessoire ne peut être fait scientifiquement. Il doit plutôt servir à évaluer le sentiment des consommateurs de musique canadiens, tant du point de vue

14. Tarif des redevances à percevoir par la SCPCP en 2003 et 2004 sur la vente de supports audio vierges au Canada, décembre 2003.

quantitatif que qualitatif. Plus cette analyse devient technique et nuancée, plus elle s'éloigne de son objet premier.

Cette dernière observation soulève des questions tout à fait différentes, quoique dignes d'attention.

4. LES PRINCIPES INVOQUÉS ET APPLIQUÉS DANS LES AFFAIRES DE RADIO COMMERCIALE

Contrairement au cas de la copie privée, où le tarif a toujours été exprimé en prix unitaire, les tarifs applicables à la radio commerciale ont toujours été exprimés en pourcentages des recettes.

C'est en août 1999¹⁵ que la Commission a été appelée pour la première fois à « se penche[r] sur le régime dit des droits voisins, mis en place en 1997 par l'entrée en vigueur du projet de loi C-32 [L.C. 1997, ch. 24] ». La réforme du droit d'auteur opérée en 1997 conférait aux artistes-interprètes et aux producteurs remplissant les conditions de nouveaux droits appelés « droits voisins », c'est-à-dire des droits à une rémunération équitable. La Commission formulait les observations suivantes dans sa décision :

Les participants abordent le concept de rémunération équitable de diverses façons. La SCGDV soutient qu'il faut l'établir uniquement en fonction des droits des titulaires. L'ACR prétend que cette rémunération doit aussi être équitable à l'endroit des utilisateurs, en plus de refléter d'autres éléments, tels l'identification précise du répertoire rémunéré et le bénéfice que tirent les titulaires de l'utilisation même des enregistrements.

La Commission concluait que sa tâche consistait à « établir un tarif qui soit juste et équitable tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce ».

Dans les conclusions présentées à l'appui de sa proposition de tarif, la SCGDV insistait sur le principe de l'acheteur et du vendeur consentants, sur le fait que les stations de radio commerciales diffusent peu de musique en direct ou d'enregistrements tombés dans le domaine public, ainsi que sur l'idée qu'une rémunération équitable doit procurer aux titulaires de droits un juste rendement de leur

15. SCGDV, tarif 1.A (radio commerciale) pour les années 1998 à 2002, août 1999.

investissement en talent et en ressources financières tout en étant fonction de la valeur tirée par les stations de radio commerciale de l'utilisation d'enregistrements sonores.

Pour ce qui concerne les valeurs relatives des droits voisins des artistes-interprètes et producteurs, d'une part, et des droits d'auteur des paroliers et compositeurs, d'autre part, la Commission proposait l'observation suivante : « En définitive, c'est sans doute M. Reynolds, président d'Universal Music Canada, qui a le mieux formulé le dilemme. À son avis, tenter de déterminer l'importance relative des compositeurs et des artistes-interprètes au succès d'un enregistrement, [TRADUCTION] « c'est s'engager dans le débat classique de la poule et de l'œuf. Je ne crois pas qu'on puisse les isoler et [...] dire : celui-ci est plus important que celui-là ».

Après examen des arguments des parties, la Commission est arrivée à la conclusion que le meilleur point de départ pour établir la valeur des droits voisins était la valeur des droits d'auteur des auteurs et des compositeurs (SOCAN) pour la radio commerciale, qui était depuis de nombreuses années fixée à 3,2 pour cent des recettes, et elle a déclaré ne pas avoir « de raison de croire qu'à la radio les enregistrements sonores ont une valeur supérieure aux œuvres enregistrées, et ce pour plusieurs motifs ». Par conséquent, il convenait d'attribuer une valeur égale aux deux catégories de droits, l'ancienne et la nouvelle. Après correction en fonction de l'utilisation du répertoire, on obtenait ainsi des taux de 3,2 pour cent des recettes pour la SOCAN et de 1,44 pour cent pour la SCGDV.

La Commission est revenue en octobre 2005 sur la question des tarifs applicables à la radio commerciale¹⁶. Elle a alors apporté d'importants changements aux tarifs, mais sa décision a été contestée en justice, de sorte qu'elle l'a réexaminée en février 2008¹⁷. Toutefois, la décision de 2008 a maintenu les tarifs fixés dans celle de 2005.

Dans sa décision de 2005, la Commission a récapitulé l'histoire des droits et des tarifs à partir de 1924, année où des droits ont été conférés aux auteurs et aux compositeurs. La valeur de ces droits était alors établie par le gouvernement. On a fixé pour la première fois en 1936 un taux collectif de droits d'auteur (Commission Parker et Commission d'appel du droit d'auteur), qui a d'abord revêtu la

16. SOCAN-SCGDV, tarif 1.A (radio commerciale) pour les années 2003 à 2007, 14 octobre 2005.

17. SOCAN-SCGDV, tarif 1.A (radio commerciale) pour les années 2003 à 2007, réexamen, février 2008.

forme d'un versement forfaitaire fondé sur le nombre de postes récepteurs de radio, puis, après de nombreuses révisions de divers ordres, celle d'un pourcentage des recettes en 1959. Ce pourcentage a atteint 3,2 pour cent en 1978 et est resté à ce niveau pendant plus de 25 ans (la Commission du droit d'auteur a été créée en 1989), jusqu'à la décision de 2005/2008, qui s'appliquait à la période 2003-2007. Comme on l'a vu plus haut, le taux général des droits voisins a été fixé à 1,44 pour cent des recettes en 1999.

Au cours des audiences qui ont abouti à la décision de 2005, la SCGDV et la SOCAN ont exposé un nouveau modèle d'évaluation visant à mieux représenter la valeur globale de leurs droits, tandis que l'ACR « recherchait un tarif qui soit davantage aligné sur les taux américains ».

Après avoir refusé, pour des motifs relevant à la fois du droit et de l'économique ou du modèle d'affaires, d'aligner la pratique canadienne sur l'américaine comme le demandait l'ACR, la Commission a examiné le modèle proposé par la SCGDV (avec l'appui de la SOCAN) pour l'établissement de la valeur globale du contenu musical. Le modèle de la SCGDV portait en partie sur la répartition de cette valeur entre les titulaires de droits, proposant essentiellement l'attribution d'un tiers à chacun des groupes respectivement constitués par les auteurs-compositeurs, les artistes-interprètes et les producteurs, aspect du modèle auquel la SOCAN ne souscrivait pas puisqu'elle défendait quant à elle le statu quo, qui assignait une moitié de la valeur à chacune des deux sociétés – la SCGDV, représentant les artistes-interprètes et les producteurs, et la SOCAN, représentant les auteurs et les compositeurs.

La Commission a vite écarté le modèle d'évaluation de la SCGDV : « Il n'est pas nécessaire d'examiner plus en détail le modèle de la SCGDV, a-t-elle déclaré, étant donné qu'il ne peut servir à établir un tarif juste et équitable en l'espèce ». Elle a motivé ce rejet dans les termes suivants : « Le modèle est complexe [...] (Il) présente d'importantes lacunes, à la fois dans la façon dont il arrive à une valeur globale pour les droits pertinents et dans la façon dont il répartit cette valeur parmi les titulaires de droits. Le modèle est intrinsèquement imprécis puisqu'il repose sur des hypothèses non fondées [...] Qui plus est, ce modèle est extrêmement instable. De légères fluctuations dans la part des revenus imputés à la musique produisent d'importantes variations du taux. » On trouvera plus loin un exposé sommaire du modèle de la SCGDV.

Bien qu'elle rejetât le modèle de la SCGDV, la Commission a reconnu que la valeur de la musique préenregistrée avait augmenté sensiblement depuis 1987 : les radiodiffuseurs utilisent plus de musique, laquelle contribue dans une plus grande mesure aux indices d'écoute, et ils utilisent la musique de manière plus efficiente. Sur le fondement de ces constatations, la Commission a porté les taux généraux de 3,2 pour cent à 4,2 pour cent pour la SOCAN, et de 1,44 pour cent (45 pour cent du taux de la SOCAN) à 2,1 pour cent (50 pour cent du taux de la SOCAN) pour la SCGDV, chacun de ces taux étant réduit pour des utilisateurs particuliers, tels que les stations utilisant peu de musique. Plus précisément, la Commission présentait comme suit ses nouveaux taux :

Les stations de radio commerciales verseront à la SOCAN 3,2 pour cent sur la partie de leurs recettes publicitaires annuelles qui ne dépasse pas 1,25 million de dollars et 4,4 pour cent sur l'excédent ; les stations à faible utilisation verseront 1,5 pour cent. En ce qui a trait à la SCGDV, le taux s'établirait à 1,44 pour cent pour les stations dont les recettes ne dépassent pas 1,25 million de dollars, en l'absence de l'exemption législative. Le taux de 2,1 pour cent s'applique aux stations dont les recettes sont supérieures à 1,25 million et le nouveau taux de faible utilisation s'établit à 0,75 pour cent.

Cette décision, réaffirmée en 2008, fait date. En effet, l'augmentation des taux et les corrections y afférentes entraînent un accroissement notable des redevances : pour l'année 2003, le nouveau tarif procurera la somme de 42,2 millions de dollars à la SOCAN, ce qui représente une augmentation de 21,1 pour cent par rapport aux 34,9 millions que l'ancien tarif lui aurait donnés pour la même année, et la somme de 13,3 millions à la SCGDV, soit 48,1 pour cent de plus que les 9,0 millions que l'ancien tarif lui aurait permis de récolter.

Dans sa décision de 2008, la Commission s'est fondée principalement sur un modèle proposé par l'Association canadienne des radiodiffuseurs (le rapport Globerman). La Commission a formulé les observations suivantes au sujet de ce modèle :

[...] l'ACR nous a proposé une démarche économique générale pour évaluer la valeur globale de la musique [...] (M. Globerman) suppose que la valeur de la musique est égale au prix qui serait payé par les radiodiffuseurs pour obtenir de la musique dans un marché concurrentiel. Dans un tel marché, le prix aura

tendance à correspondre aux recettes supplémentaires découlant de la musique ou à la valeur de la productivité marginale de la musique, lesquelles peuvent être calculées en multipliant la productivité moyenne de la musique par le prix payé par les annonceurs par heure d'écoute de musique [...] la valeur de la musique pour le radiodiffuseur est le produit de trois variables principales : la productivité moyenne de la musique, les recettes nettes par heure d'écoute de musique et le nombre d'heures de diffusion de musique.

Par conséquent, bien que l'achat d'un répertoire de musique par les exploitants de stations de radio aux titulaires des droits y afférents y soit assimilé à l'acquisition d'un bien, le rapport Globerman, déposé pour le compte de l'ACR, s'apparente nettement par son esprit au rapport Audley, Boyer et Stohn (ABS), déposé au nom de la SCGDV dans l'instance de 2005 (nous examinerons plus loin la méthode ABS), encore que les deux rapports aboutissent à des propositions de tarifs très différentes, du fait qu'ils se fondent sur des données différentes pour établir la valeur latente des trois variables principales. En ce sens, les deux démarches se révèlent plutôt complémentaires que substituables l'une à l'autre.

Une question examinée dans le rapport Globerman et à maintes reprises débattue devant la Commission est l'effet de l'accroissement de l'efficience dans l'utilisation d'un intrant sur le prix concurrentiel de cet intrant. Autrement dit, comment convient-il de répartir les gains d'efficience de l'utilisation du répertoire que procurent les innovations technologiques ou de gestion, en l'occurrence dans le secteur de la radio commerciale, entre les intéressés, en particulier entre les exploitants de stations de radio commerciales et les titulaires de droits d'auteur ? Les gains d'efficience dans l'utilisation du répertoire peuvent revêtir diverses formes, par exemple la réduction du coût de cette utilisation ou l'accroissement de l'aptitude ou de la capacité à produire des recettes additionnelles pour les utilisateurs. De telles variations de la rentabilité de la transformation d'un intrant en produits et services de valeur (en audience pour les annonceurs) inciteront les utilisateurs (les exploitants de stations de radio commerciales) à accroître leur demande à l'égard de cet intrant (le répertoire). Quel en sera l'effet sur le prix de l'intrant ? Tout dépend de l'élasticité du prix de l'offre de cet intrant (le répertoire). À l'évidence, l'offre d'œuvres et d'exécutions musicales se caractérise par une pente positive, dans la mesure où le talent est rare, le temps limité, et coûteux l'effort de production et d'exécution d'œuvres de haute qualité.

La Commission a utilisé « l'approche du professeur Globerman en la modifiant à certains égards pour obtenir le taux de redevance applicable ». Elle a conclu que, tout bien considéré, elle pouvait confirmer les tarifs fixés dans sa décision de 2005 : « Les taux que nous homologuons sont les mêmes que ceux homologués dans *Radio commerciale 2005* ».

5. LES PRINCIPES INVOQUÉS ET APPLIQUÉS DANS L'AFFAIRE DE LA REPRODUCTION PAR REPROGRAPHIE : L'UTILISATION ÉQUITABLE ET LA THÉORIE ÉCONOMIQUE

Dans sa décision de 2009 sur la reproduction par reprographie¹⁸, la Commission a pris en considération l'arrêt *CCH Canadienne ltée c. Barreau du Haut Canada*, rendu en 2004 par la Cour suprême du Canada. Celle-ci y pose que l'exception relative à l'utilisation équitable est un droit des utilisateurs, que l'équilibre entre les droits des utilisateurs et les intérêts des créateurs commande que cette exception ne soit pas interprétée de manière restrictive, et qu'il convient d'établir si une utilisation donnée est équitable selon six facteurs ou critères : le but de l'utilisation, sa nature, son ampleur, les solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur le marché de l'œuvre.

La *Loi sur le droit d'auteur* dispose qu'il est possible d'utiliser une œuvre protégée sans permission tout en restant dans la légalité. La Commission récapitule dans les termes suivants les dispositions relatives à l'utilisation équitable :

L'une de ces exceptions, désormais élevées par la Cour suprême du Canada au rang de droit des utilisateurs, concerne l'utilisation équitable. Les dispositions pertinentes se lisent comme suit : 29. L'utilisation équitable [...] aux fins d'étude privée ou de recherche ne constitue pas une violation du droit d'auteur. 29.1 L'utilisation équitable [...] aux fins de critique ou de compte rendu ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés : a) d'une part, la source ; b) d'autre part, si ces renseignements figurent dans la source : (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur [...] 29.2 L'utilisation équitable [...] pour la communication des nouvelles ne constitue pas une violation du droit d'auteur à la condition que soient mentionnés : a) d'une part, la source ; b) d'autre part, si

18. *Access Copyright* (établissements d'enseignement), 2005-2009, 26 juin 2009.

ces renseignements figurent dans la source : (i) dans le cas d'une œuvre, le nom de l'auteur [...]

Devant les répercussions que l'arrêt précité de la Cour suprême risquait d'avoir sur les décisions de la Commission du droit d'auteur concernant les droits de reproduction par reprographie et leur valeur, et la possibilité ainsi ouverte que les utilisateurs de ces droits invoquent l'exception relative à l'utilisation équitable plus souvent et de manière plus large qu'auparavant, la société de gestion Access Copyright a commandé une analyse économique de la question de l'utilisation équitable à la lumière de cet arrêt. L'étude commandée par Access Copyright a été présentée et débattue devant la Commission au cours des audiences de 2009 sur la reproduction par reprographie.

Les craintes d'Access Copyright n'étaient pas entièrement dénuées de fondement puisqu'on peut lire ce qui suit dans la décision de 2009 de la Commission :

Les opposants soutiennent que les reproductions autorisées au titre de l'utilisation équitable sont beaucoup plus nombreuses qu'Access ne l'admet. Ce point de vue repose pour l'essentiel sur quatre prétentions. Premièrement, pratiquement toutes les copies de documents faisant partie du répertoire d'Access faites dans les écoles constituent de l'utilisation équitable. Deuxièmement, recherche, étude privée, critique et compte rendu forment les pierres angulaires du curriculum des écoles élémentaires et secondaires. Troisièmement, la copie faite à plusieurs fins est équitable dès lors que l'une de ces fins est énumérée dans les dispositions pertinentes de la Loi. Quatrièmement, la copie faite à l'initiative de l'enseignant est équitable dès lors que l'utilisateur éventuel est un étudiant et que l'utilisation met en cause une des fins énumérées dans la Loi.

La Commission poursuivait en ces termes :

Pour leur part, les opposants soutiennent que l'interprétation libérale que préconise *CCH* amène nécessairement à conclure que pratiquement toutes les copies faites en milieu scolaire bénéficient de l'exception relative à l'utilisation équitable. À leur avis, il est plus que certain que toutes les catégories mentionnées faisant l'objet d'un litige doivent être exclues du calcul des redevances.

À l'évidence, les dispositions relatives à l'utilisation équitable ont des fondements et des effets aussi bien juridiques qu'économiques. Si le présent exposé ne concerne que leurs aspects économiques, il paraît important de noter que la Commission écrivait ce qui suit à propos de l'étude économique dans sa décision de 2009 sur la reproduction par reprographie :

[...] la notion d'utilisation équitable est un concept juridique, qui doit être interprété en fonction des balises posées dans *CCH*. Bien qu'intéressantes, [l'étude économique et sa critique] ne sont pas pertinentes.

Étant donné l'importance des concepts et des principes examinés dans cette étude sur l'arrêt *CCH* de la Cour suprême, il semble malgré tout opportun d'en parler brièvement ici. Cette étude exposait une argumentation strictement fondée sur la théorie et l'analyse économiques, qui conduisait aux conclusions suivantes.

Premièrement, il y a des motifs purement économiques à l'établissement de l'exception aux droits exclusifs des créateurs sur leurs œuvres à des fins d'utilisation équitable. Cette exception doit faire partie intégrante des droits des utilisateurs et son application ne doit pas être indûment entravée si l'on veut assurer, aujourd'hui et à l'avenir, une affectation ou une répartition efficiente des ressources en vue de la production et de la diffusion des œuvres d'une manière conforme à l'arrêt récent de la Cour suprême. Cependant, il faut définir correctement l'utilisation équitable, en particulier lorsque ses fins sont la recherche et l'étude privée, pour éviter toute atteinte involontaire au droit d'auteur et favoriser l'émergence de moyens d'échange efficients entre les utilisateurs et les créateurs d'œuvres protégées (c'est-à-dire des institutions de marché efficients) et pour respecter en même temps les droits des uns et des autres. C'est dans ce cadre d'analyse qu'il convient d'examiner non seulement les solutions de rechange à l'utilisation d'œuvres protégées, mais aussi les solutions de rechange au recours à l'exception elle-même, en particulier à la lumière de l'arrêt *CCH* de la Cour suprême.

Deuxièmement, certaines raisons économiques expliquent l'absence de moyens d'échange (de marchés) efficients dans le domaine du droit d'auteur, en particulier pour ce qui concerne le droit de reproduction des œuvres. Cette absence de mécanismes de marché efficients peut avoir des conséquences socialement préjudiciables sur la production et la distribution d'œuvres originales.

Troisièmement, la définition et la mesure des effets de l'utilisation équitable sur les œuvres, sur les marchés de celles-ci et par conséquent sur leur valeur constituent certainement des facteurs pertinents quant à l'établissement d'un cadre raisonnable pour cette exception, mais, si l'on veut obtenir les résultats escomptés, la méthode de cette mesure doit se fonder sur une définition élargie du concept de « marché » et, partant, sur une définition plus large aussi du concept de « valeur ». Un marché, du point de vue de la théorie et de l'analyse économiques, comprend plus que le nombre d'unités faisant l'objet d'opérations entre vendeurs et acheteurs. Il comprend aussi : i) les acheteurs potentiels (ceux qui achèteraient ou achèteraient plus si le prix était plus bas) et les vendeurs potentiels (ceux qui vendraient ou vendraient plus si le prix était plus élevé) ; ii) les futurs acheteurs et vendeurs ; iii) les fournisseurs d'information, qui évaluent, analysent ou confirment la qualité des biens et des services, ainsi que les journalistes, qui contribuent à la diffusion de nouvelles exactes ; iv) l'ensemble des fournisseurs de services accessoires liés directement ou indirectement au marché ; et, par-dessus tout v) les institutions qui organisent et facilitent les transactions, par exemple en offrant des établissements physiques ou virtuels pour les effectuer et en administrant les opérations financières en même temps que les opérations commerciales, institutions qui assurent au marché la fluidité nécessaire afin qu'acheteurs et vendeurs se trouvent et se rencontrent d'une manière ou d'une autre pour négocier et, en fin de compte, conclure des affaires, etc.

Enfin, il convient d'établir de préférence, aux fins de la création de mécanismes de marché efficaces pour la reproduction, une politique mettant l'accent sur des mécanismes simples et peu coûteux, et favorisant la production d'œuvres originales de haute qualité aussi bien que la distribution des œuvres, compte dûment tenu des droits des auteurs comme des utilisateurs.

La Commission a malgré tout reconnu que l'étude économique présentée par Access Copyright, en particulier pour ce qui concerne l'utilisation équitable, constituait « une analyse économique de la notion d'utilisation équitable et de sa pertinence dans la présente affaire ». Elle poursuivait en ces termes :

[...] du point de vue économique, on pourrait vouloir recourir à une interprétation libérale de cette notion si l'on cherchait à limiter le pouvoir de marché dont pourraient disposer certains auteurs, à favoriser la dissémination des idées portées par les œuvres ou à pallier les coûts de transaction élevés qu'entraîne

l'absence de marchés efficaces [...] dans le contexte de la présente affaire, il n'existe pas de motifs économiques suffisants pour justifier une telle interprétation. Premièrement, les auteurs ne sont pas en mesure d'exercer un contrôle sur le marché du manuel scolaire : ils offrent des biens substituables et ne peuvent empêcher l'entrée d'autres auteurs sur le marché. Deuxièmement, la dissémination des idées est déjà prise en compte, puisque la Commission est sensible à l'impact du tarif sur l'accès aux œuvres. Troisièmement, l'existence même du tarif et le caractère général de la licence qu'il offre diminuent de beaucoup les coûts de transaction, en réduisant par exemple les difficultés liées à l'identification de l'ayant droit et du juste prix pour le compenser.

L'étude économique concluait que la première chose à faire pour permettre l'émergence de la meilleure solution possible est d'éviter l'effondrement. En effet, un effondrement pourrait survenir si, en vertu d'une interprétation plus libérale qu'il ne faudrait de l'exception relative à l'utilisation équitable, une part importante des œuvres et donc des droits en question se trouve soustraite à l'objet de la concession des licences – les institutions chargées de faciliter les échanges se voyant ainsi privées des recettes correspondantes. Une telle situation peut avoir la fâcheuse conséquence que les œuvres restantes ne suffisent pas à couvrir le coût d'une commercialisation efficiente des droits y afférents et de leur propre diffusion maximale.

Dans le contexte technologique et institutionnel actuel, la meilleure solution qu'on puisse espérer présenterait probablement les caractéristiques suivantes : une méthode pour établir le prix concurrentiel de la reproduction d'œuvres originales protégées (dans la perspective d'une protection équitable et équilibrée des droits des auteurs aussi bien que des utilisateurs) ; des mécanismes efficaces (peu coûteux) de gestion des droits d'auteur, aptes à favoriser la distribution et la diffusion maximale des œuvres ; et l'établissement de communautés de droits d'auteur – permettant une réduction notable de l'exclusion sans nécessairement élargir à l'excès l'exception relative à l'utilisation équitable –, par exemple par la concession d'une simple et unique licence donnant accès à un bassin considérable d'œuvres.

6. NOUVEAUX MODÈLES PERMETTANT D'ÉTABLIR DIRECTEMENT LA VALEUR DES DROITS D'AUTEUR

6.1 Radio commerciale (2005)

Dans le cadre des audiences qui ont mené à la décision de 2005 sur la radio commerciale, la SCGDV a présenté, avec l'appui de la SOCAN, un nouveau modèle visant à l'établissement de la valeur globale des enregistrements de musique pour les radiodiffuseurs (le rapport Audley, Boyer et Stohn ou rapport ABS). Le modèle ABS repose sur quatre hypothèses simplificatrices, mais non limitatives : premièrement, l'exploitant de station de radio commerciale peut utiliser sous le rapport du contenu deux intrants pour obtenir de l'audience et des recettes (publicitaires), soit le contenu parlé et la musique ; deuxièmement, cet exploitant vise à maximiser la valeur ou les bénéfices de la station en répartissant le temps de programmation disponible à différents moments de la journée entre le contenu parlé et la musique ; troisièmement, à la marge, une minute additionnelle de contenu parlé ou de musique peut être obtenue et diffusée à un coût marginal nul ; et quatrièmement, la rémunération versée pour le contenu parlé est observable.

La Commission a formulé les observations suivantes sur ce modèle dans sa décision de 2005¹⁹ :

[Le modèle ABS] ne peut servir à établir un tarif juste et équitable en l'espèce. Le modèle est complexe, mais ce n'est pas en soi une raison pour le rejeter. Il représente également une tentative intéressante et valable d'évaluer la contribution de la musique en tant qu'intrant de radiodiffusion, ce qui est en soi une entreprise difficile. En théorie, il pourrait donc s'avérer utile pour évaluer la valeur de la musique, ce que la Commission s'efforce toujours de faire dans l'établissement des tarifs.

Faute d'un marché fonctionnel, la Commission du droit d'auteur doit déterminer la valeur que la musique enregistrée représente pour les exploitants de stations de radio commerciales et traduire cette valeur en redevances pour les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs au titre de leurs droits sur cette musique. L'analyse économique propose un point de vue d'importance cruciale sur la manière de déterminer les redevances appropriées pour la musique

19. SOCAN-SCGDV, tarif 1.A (radio commerciale) pour les années 2003 à 2007, 14 octobre 2005.

enregistrée parce qu'elle établit le lien entre les utilisations relatives des intrants (musique enregistrée et contenu parlé) dans la production d'émissions de radio et les valeurs relatives de ces intrants. Comme il n'existe pas de « marché » de la musique enregistrée utilisée par la radio, le prix de cette musique est inconnu. Cependant, on connaît les durées relatives de radiodiffusion de musique et de contenu parlé, et on peut se servir de ces utilisations relatives des intrants pour déduire directement du comportement des exploitants de stations de radio commerciales la valeur ajoutée relative que la musique enregistrée représente pour eux.

Une telle démarche remplit la condition selon laquelle le niveau de rémunération établi doit être équitable pour les vendeurs comme pour les acheteurs. Dans une situation de marché où vendeur et acheteur opèrent librement, le premier reçoit un prix que le second a accepté, et le second paie un prix que le premier a aussi accepté. Ils feront vraisemblablement affaire ensemble jusqu'au point où la valeur marginale d'une transaction additionnelle pour l'acheteur (la demande) égalera exactement le coût marginal de cette transaction additionnelle pour le vendeur (l'offre) ; le coût marginal peut ici s'interpréter soit comme un coût marginal à court terme (certains facteurs étant fixes), soit comme un coût marginal global à long terme (tous les facteurs étant variables). Les sociétés de gestion, les radiodiffuseurs et la Commission sont d'accord pour dire que la rémunération équitable doit être équitable tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, et doit être fonction de la valeur que procurent les œuvres protégées ou des avantages que les utilisateurs tirent de celles-ci en tant que contenu de leur programmation.

Du côté de la demande, l'acheteur (en l'occurrence la station de radio commerciale à formule musicale) voudra utiliser de l'intrant (en l'occurrence des enregistrements sonores) une quantité telle que la valeur du produit marginal de cet intrant soit égale à son prix. La valeur de la productivité marginale des enregistrements sonores pour la radio commerciale correspond aux recettes publicitaires additionnelles que l'exploitant d'une station à formule musicale peut tirer de l'utilisation d'une unité additionnelle de musique enregistrée. Le montant de ces recettes additionnelles est égal au « prix de vente » ou aux tarifs de publicité du produit de l'acheteur (ses caractéristiques sur le plan de l'audience) multipliés par l'efficacité ou la productivité marginale des enregistrements sonores (formule musicale) pour ce qui est d'attirer des auditeurs. Un processus semblable s'applique à l'achat des autres intrants.

Du côté de l'offre, le coût marginal global à long terme devrait représenter la somme payée pour l'unité marginale ou additionnelle de musique enregistrée produite qui justifierait sa production par le vendeur. En l'occurrence, le vendeur est l'industrie musicale, constituée par les auteurs-compositeurs, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores. La somme en question doit couvrir le coût direct des matières, la valeur d'opportunité du temps investi, la valeur d'opportunité de l'effort de création ou d'innovation, etc. Le concept de coût applicable diffère selon qu'il s'agit, d'une part, de la création ou de la production d'une œuvre originale (écriture des paroles et composition de la musique, exécution ou interprétation, fixation au moyen d'un enregistrement sonore), ou, d'autre part, de la reproduction ou de l'utilisation répétée de l'enregistrement sonore. Dans le premier cas, le coût peut être important, tandis que dans le second, il est normalement faible, voire très proche de zéro.

Il n'est pas facile de déterminer un tel prix, étant donné les caractéristiques très particulières du secteur de la radio commerciale, la base sur laquelle ce secteur a accès au contenu de musique enregistrée et l'absence qui en résulte d'un processus de marché propre à établir le prix de l'utilisation. Cependant, l'objectif doit être de trouver un prix tel que les exploitants de stations de radio à formule musicale soient convenablement et équitablement rémunérés, c'est-à-dire un prix qui fasse en sorte que le rendement du capital corrigé du risque (RAROC) soit concurrentiel et en même temps que les auteurs-compositeurs, les artistes-interprètes et les producteurs reçoivent eux aussi une rémunération convenable et équitable.

Tous les intrants ou facteurs de production qui servent à dégager des recettes (publicitaires) dans le secteur de la radio commerciale devraient être rémunérés comme il convient à leurs niveaux respectifs d'« équilibre concurrentiel ». Si le prix d'un intrant donné, tel que les enregistrements sonores, était fixé au-dessous – l'inverse s'ensuivant si le prix était fixé au-dessus – de son niveau d'équilibre concurrentiel, d'autres intrants, par exemple la main-d'œuvre directe ou le capital, pourraient se voir attribuer une part de la contribution des enregistrements sonores à la valeur du secteur de la radio commerciale, ce qui entraînerait une déviation socialement coûteuse de l'affectation des ressources. En un sens, l'équilibre de marché entre acheteurs et vendeurs consentants sur le marché particulier ici considéré, à savoir le portefeuille des droits d'auteur sur les enregistrements sonores, peut impliquer des ajustements sur les marchés apparentés des autres intrants du secteur de la radio

commerciale, tels que ceux du capital, de la main-d'œuvre et des matières.

Autrement dit, si le prix de la musique enregistrée est inconnu du fait de l'absence d'un marché, les utilisations relatives de la musique enregistrée et du contenu parlé sont quant à elle connues et faciles à mesurer. L'analyse économique établit le lien direct manquant entre le facteur mesurable que constituent les utilisations relatives de la musique enregistrée et du contenu parlé dans la radiodiffusion commerciale, et le prix *implicite* de la musique enregistrée, c'est-à-dire le prix qu'implique son utilisation par rapport à celle du contenu parlé. L'argumentation détaillée est présentée dans le rapport ABS.

On peut éclairer le lien entre les utilisations relatives de la musique enregistrée et du contenu parlé au moyen d'un modèle simple reposant sur les hypothèses simplificatrices suivantes, qui visent à faciliter l'exposé mais ne sont pas essentielles au résultat principal : les exploitants de stations de radio commerciales cherchent à atteindre un RAROC (rendement du capital corrigé du risque) concurrentiel qui représente la meilleure utilisation possible du capital qu'ils ont investi. Pour ce faire, ils affectent aux contenus de programmation respectifs les montants propres à leur procurer un tel RAROC, compte tenu de leurs charges d'exploitation et de leurs recettes publicitaires et autres, qui dépendent évidemment de nombreux facteurs, y compris des montants respectivement consacrés aux contenus de programmation.

Supposons, aux fins de simplification, que toutes les recettes proviennent de la publicité et qu'il y a seulement deux sortes de contenus de programmation : la « musique » et la « parole ». Supposons aussi que la partie pertinente de la journée dure trois heures et que le temps d'antenne est réparti entre les contenus de programmation d'une partie donnée de la journée sur la base d'incrément d'une minute. Nous poserons que les coûts additionnels (ou marginaux) pour les exploitants de stations de radio commerciales d'un incrément d'une minute de contenu musical et d'un incrément d'une minute de contenu parlé sont tous deux égaux à zéro, étant donné que les redevances de droit d'auteur que ces stations doivent payer sur la musique enregistrée sont normalement établies sous la forme d'un *pourcentage fixe* des recettes, et que la somme à payer pour le contenu parlé est normalement fixée par contrat, avec un coût marginal nul sur un large intervalle de temps de contenu.

Le nombre total de minutes de contenu de programmation dans une partie donnée de la journée est égal au temps d'antenne total moins le temps qu'exigent tous les autres éléments tels que l'identification et la promotion de la station, la publicité, etc. Supposons pour l'instant, afin de simplifier l'analyse, que la station dispose, pour le contenu de programmation, de 100 minutes par tranche de trois heures de temps d'antenne. Le but du radiodiffuseur commercial est de déterminer les proportions de cette durée de 100 minutes qu'il doit attribuer respectivement à la musique et au contenu parlé pour obtenir le bénéfice le plus élevé. Les radiodiffuseurs changeront la répartition du temps entre la musique et le contenu parlé s'il est rentable de le faire. Par exemple, ils attribueront une minute additionnelle à la musique, et donc une minute de moins au contenu parlé, si les recettes publicitaires additionnelles que rapporte la programmation additionnelle de musique l'emportent sur le manque à gagner publicitaire attribuable à la réduction du temps de contenu parlé. Les radiodiffuseurs répondront aux forces du marché de la publicité en adoptant entre la musique et le contenu parlé une répartition du temps de programmation telle qu'il leur soit impossible d'accroître leurs recettes par le moyen d'une autre répartition.

On peut comparer ce résultat à celui qui serait obtenu si le marché de la musique enregistrée était concurrentiel. Sur un marché concurrentiel, les prix de la musique enregistrée et du contenu parlé pour les radiodiffuseurs commerciaux seraient déterminés par les forces du marché, tout comme le seraient les tarifs de publicité à l'antenne. Pour maximiser les bénéfices ou la valeur de son entreprise, le radiodiffuseur répartirait le temps disponible entre la musique et le contenu parlé de telle sorte que la dernière minute de chacun des deux contenus lui procure la même somme de recettes publicitaires *nettes*, c'est-à-dire que le bénéfice additionnel (égal aux recettes publicitaires additionnelles moins le coût additionnel) serait identique pour la dernière minute que le radiodiffuseur aurait affectée à la musique et la dernière minute qu'il aurait affectée au contenu parlé. Si le radiodiffuseur commercial pouvait accroître la rentabilité de son entreprise en augmentant le temps consacré à la musique par rapport au contenu parlé, il le ferait. Par conséquent, la durée relative affectée à la musique et la durée relative consacrée au contenu parlé doivent être telles que leurs contributions marginales respectives aux bénéfices (déduction faite, donc, des coûts marginaux s'il y en a) s'équilibrent parfaitement.

En l'absence d'un marché de la musique enregistrée, le point de référence le plus proche des prix ou des valeurs *implicites* par minute

du contenu musical et du contenu parlé est la contribution additionnelle de chacun aux recettes publicitaires. Étant donné notre hypothèse simplificatrice que le coût additionnel d'une minute de musique et d'une minute de contenu parlé est égal à zéro, la contribution additionnelle par minute de chacun des contenus aux recettes publicitaires doit être égale. Pour se rapprocher du prix de marché concurrentiel implicite de la musique, le taux tarifaire doit donc être tel que les *rémunérations* versées respectivement pour le contenu musical et le contenu parlé soient *proportionnelles* aux nombres de minutes qu'ils leur reviennent respectivement dans la programmation.

Il est à noter que les contributions totales respectives des deux contenus aux recettes publicitaires (par opposition aux contributions attribuables à la dernière minute de chacun d'eux) seraient supérieures au produit des contributions additionnelles de la dernière minute programmée et du nombre de minutes que chaque contenu occupe dans la programmation. La différence servirait à couvrir les autres charges, ainsi que le coût du capital ou le rendement du capital corrigé du risque (RAROC).

La conclusion ci-dessus appelle quelques remarques. Premièrement, comme le fait observer la Commission, il est possible que les animateurs considérés individuellement présentent des traits particuliers qui rendent l'un ou l'autre capable d'exercer une certaine puissance commerciale, lui permettant ainsi d'attirer une proportion des recettes publicitaires supérieure à sa valeur « concurrentielle » implicite. Deuxièmement, l'analyse qui précède ne signifie pas que les prix de la musique enregistrée soient ou doivent être établis par minute. Ils ne le sont pas et ne doivent pas l'être. En fait, il y a de bonnes raisons de calculer les redevances de droit d'auteur en pourcentage des recettes, le prix marginal effectif étant alors égal à zéro. La principale de ces raisons est que le coût marginal à court terme de l'utilisation de minutes additionnelles de musique enregistrée est en fait nul puisque, comme on l'a vu plus haut, la musique enregistrée est un bien d'information. Mais le prix concurrentiel *implicite* révélé par le comportement et les décisions observés des exploitants de stations de radio commerciales reste néanmoins positif et peut servir à établir les redevances que leur secteur doit payer aux titulaires de droits sur la musique.

Troisièmement, le prix concurrentiel implicite, révélé par le comportement de l'exploitant de station de radio commerciale, est plutôt une mesure de la volonté de payer les droits sur la musique enregistrée qu'un prix concurrentiel au sens strict. En effet, la notion

de prix concurrentiel est mal définie dans le contexte actuel, étant donné que le coût marginal à court terme (de l'utilisation de musique enregistrée additionnelle) est manifestement nul, tandis que le coût marginal à long terme (de la création et de l'enregistrement de nouvelles œuvres) est de beaucoup supérieur à zéro. Pour ce qui concerne les biens purement publics, l'utilisation de musique enregistrée par les exploitants de stations de radio commerciale devrait se voir attribuer un prix concurrentiel fondé sur la disposition à payer de chacun d'eux : chaque utilisateur paie un prix différent, et la somme de ces différents prix devient le prix payé au producteur du bien public, qui estimera rentable d'augmenter ou de réduire son offre selon que le prix total (la somme des différents prix) sera supérieur ou inférieur au coût marginal à long terme de l'accroissement du stock de musique enregistrée. C'est en ce sens qu'on peut employer l'expression « prix concurrentiel implicite », lequel prix, dans le contexte de la radio commerciale canadienne, sera transformé en un pourcentage des recettes publicitaires de l'exploitant de station de radio commerciale.

Les données nécessaires pour mettre ce modèle en œuvre sont relativement faciles à obtenir à partir des états financiers des exploitants de stations de radio commerciales²⁰.

6.2 Services de radio par satellite (2009)

CSI a proposé, dans le cadre des audiences qui ont mené à la décision de 2009 sur les services de radio par satellite, un nouveau modèle visant à établir la valeur des enregistrements de musique pour les exploitants de stations de radio par satellite. Ce modèle d'évaluation est fondé sur la notion de partage de valeur provenant de la théorie économique des jeux coopératifs. Une des solutions possibles à cet égard est ce qu'on appelle la valeur de Shapley²¹. On peut se représenter le jeu comme suit : les cinq partenaires, soit les services de radio par satellite et les quatre fournisseurs de contenu – actualités, musique, sports et contenu parlé-divertissement – veulent partager entre eux leur valeur ajoutée ou profit économique collectif. Chacun des partenaires veut la plus grande part possible, mais aucun d'eux n'est disposé à abandonner la coalition pour exploi-

20. Pour en savoir plus sur la mise en œuvre empirique de ce modèle, voir AUDLEY (Paul) *et al.*, « The "competitive" value of music to commercial radio stations », (2007) 4(2) *Review of Economic Research on Copyright Issues* 29.

21. Pour un plus ample exposé sur ces questions, voir BOYER (Marcel) *et al.*, *Partage des coûts et tarification des infrastructures*, (Montréal : CIRANO, 2006).

ter un service indépendant (spécialisé) de radio par satellite. C'est là la situation classique qu'analyse la théorie économique des jeux coopératifs.

Évidemment, si l'ordre d'arrivée est prédéterminé, c'est-à-dire si un membre donné de la coalition obtient la valeur différentielle de son contenu pour l'ensemble des contenus déjà offerts par ses partenaires qui l'ont précédé dans l'ordre d'arrivée, il peut y avoir une valeur à entrer avant d'autres. D'où l'observation suivante formulée par la Commission dans sa décision²² :

[...] nous sommes d'avis que le modèle fondé sur la volonté de payer est fondamentalement inadéquat pour l'établissement d'un tarif. En règle générale, l'ordre d'arrivée d'un intrant particulier au cours du processus de développement d'une entreprise ne doit pas influencer sur le tarif.

Les services de radio par satellite reprochaient à la méthode fondée sur la théorie des jeux coopératifs de faire une trop grande part aux modèles théoriques et une part insuffisante aux méthodes traditionnelles qui utilisent l'information pertinente sur le marché. Ils soutenaient qu'il était plus conforme à la tradition de la Commission du droit d'auteur et plus judicieux du point de vue économique de commencer par la recherche d'un point de référence acceptable, sous la forme d'un taux de marché existant déjà pour d'autres services de musique, et de le corriger en fonction des différences entre ces derniers et les services de radio par satellite.

La Commission s'est finalement rendue jusqu'à nouvel ordre aux arguments des services de radio par satellite, mais elle a laissé la porte ouverte à un plus ample examen de nouveaux modèles. On lit en effet dans sa décision :

Nous avons étudié les différentes approches [...] et bien que nous les trouvions intéressantes et que nous croyions qu'elles pourraient devenir utiles lorsque le marché sera bien développé, nous ne sommes pas convaincus de leur pertinence à l'heure actuelle [...] À notre avis, l'élaboration de nouveaux modèles et leur présentation devant la Commission peuvent, à long terme, jouer un rôle essentiel dans l'établissement de tarifs justes et équitables.

22. Services de radio par satellite, SOCAN (2005-2009), SCGDV (2007-2010) et CMRRA/SODRAC inc. (2006-2009), avril 2009.

La Commission a eu raison à la fois de rejeter l'application simple (pour un ordre d'arrivée donné) du concept de volonté de payer et d'inviter à poursuivre la recherche sur la capacité de « nouveaux modèles économiques » à aborder empiriquement et directement (plutôt que par l'intermédiaire de points de référence) les épineuses questions de l'équité et de la justice appliquées à la valeur des droits d'auteur et à la rémunération de leurs titulaires.

Pour résoudre le problème de l'ordre d'arrivée d'un intrant déterminé, la principale difficulté relevée par la Commission, CSI a proposé, comme je le disais plus haut, une démarche fondée sur la valeur de Shapley. L'exposé qui va suivre suit le résumé que la Commission a donné de cette démarche dans sa décision de 2009. CSI a examiné « la valeur des cinq membres de la coalition en se servant des données du Réseau Circum portant sur la proportion d'abonnés qui résilieraient leur abonnement si un ou plusieurs membres de la coalition s'en retirait ». On obtenait ainsi une estimation de la valeur ajoutée par l'un des fournisseurs de contenu, étant donné la présence de certains des autres. Les services de radio par satellite font nécessairement partie d'une coalition quelconque de valeur positive, mais ils ne peuvent être le seul membre d'une telle coalition puisque, dans les deux cas, personne ne s'abonnerait : il n'y aurait pas de service dans le premier cas, et pas de contenu dans le second. Le nombre des coalitions possibles à cinq membres est $32=2^5$, y compris la coalition réunissant tous les fournisseurs de contenu, qui attirerait le nombre maximal d'abonnés, et la coalition nulle, où il n'y aurait personne. En outre, il y a $5!=120$ ordres d'arrivée possibles pour une coalition à cinq membres.

Comme on l'a vu plus haut, la valeur différentielle produite par l'adhésion d'un acteur à la coalition dépend desquels des autres acteurs y sont déjà présents, donc de l'ordre d'arrivée dans la coalition. La valeur de Shapley des services de radio par satellite et des quatre fournisseurs de contenu correspond à la valeur différentielle moyenne de chacun d'eux selon les 120 ordres d'arrivée possibles. D'après les estimations de la CSI, « les revenus devraient être répartis comme suit : 34 pour cent pour le contenu musical, 44 pour cent pour les services, 5 pour cent pour les nouvelles, 7 pour cent pour les sports et 9 pour cent pour le contenu parlé-divertissement ». La Commission formule plus loin les observations suivantes :

À notre avis, la méthode Shapley est intéressante parce qu'elle fournit de l'information sur la valeur fondamentale de la musique pour les services par satellite. Cependant, elle repose large-

ment sur les données d'une enquête où les répondants sont questionnés sur des scénarios hypothétiques.

Une importante caractéristique de la valeur de Shapley est qu'elle ne varie pas selon que les coûts sont communs ou spécifiques. Quelle que soit la répartition des coûts entre ces deux catégories, on obtient le même résultat, c'est-à-dire la même valeur différentielle moyenne pour chacun des membres de la coalition. C'est là un trait important parce que le classement des coûts comme spécifiques ou communs est souvent un sujet majeur de désaccord entre les membres d'une coalition. Une autre caractéristique importante de cette méthode est la monotonie de la demande, ce qui signifie dans notre contexte que si le fournisseur de services de radio par satellite ou n'importe lequel des fournisseurs de contenu peut accroître la valeur ajoutée globale de la coalition, sa valeur différentielle moyenne (sa valeur de Shapley) ne diminuera pas. Enfin, une troisième propriété importante de cette méthode est l'additivité, ce qui signifie dans notre contexte que s'il était possible de calculer la valeur de Shapley des membres de la coalition sur deux marchés différents, le résultat final serait le même, que la valeur soit calculée séparément pour chacun des marchés et les valeurs ainsi obtenues additionnées ensuite ou que la valeur soit calculée pour les deux marchés en même temps²³.

Là encore, la Commission se trouvait peu disposée à adopter une telle méthode à cause de la sérieuse difficulté de tester la stabilité des résultats. En effet, le principal défaut de cette méthode réside dans les données qu'elle exige, comme le notait la Commission dans le passage suivant : « C'est pourquoi nous ne pouvons utiliser cette approche dans le cas présent. Les parties pourraient éventuellement la perfectionner et mieux l'utiliser si elles se mettaient d'accord sur le modèle et la méthodologie de collecte des données. La Commission serait alors en mesure d'analyser et de valider les résultats ». En fin de compte, s'ils veulent voir la Commission prendre en considération la valeur de Shapley dans des procédures ultérieures, ceux qui l'invoqueront devront proposer une solution crédible au problème de la collecte des données. Ce difficile problème une fois résolu, la valeur de Shapley et la théorie économique des jeux coopératifs en général représenteraient la méthode appropriée pour l'établissement de la valeur des droits d'auteur sur la musique.

23. Pour un plus ample exposé sur les propriétés analytiques de la valeur de Shapley, voir M. BOYER, M. MOREAUX et M. TRUCHON, *Partage des coûts et tarification des infrastructures*, CIRANO 2006MO-01 (350 pages).

7. CONCLUSION

Tel que mentionné plus haut, le présent article porte sur un nombre limité de concepts et de principes économiques invoqués par les parties au cours des audiences de la Commission du droit d'auteur du Canada, et que cette dernière a appliqués dans ses décisions, pendant ses vingt années d'existence (1989-2009). J'aurais pu traiter ici bien d'autres sujets, tant sont complexes les questions que soulèvent les aspects concrets du droit d'auteur et leur évolution.

L'existence même du droit d'auteur est maintenant en question, divers analystes essayant de mesurer les coûts et les avantages relatifs, aussi bien statiques que dynamiques, de la protection des œuvres originales. Les notions de « domaine public » et d'« utilisation équitable » sont au centre de ces débats. Mais les efforts d'analyse et d'imagination sont aussi axés sur les mécanismes et les institutions, notamment les marchés et les organismes de substitution aux marchés, qui seraient le plus aptes à accroître les avantages, tout en réduisant les coûts, de la clarification et de l'application des lois et règlements sur le droit d'auteur, dans l'intérêt des utilisateurs aussi bien que des créateurs.

Il faut espérer que les particularités respectives des audiences et des décisions d'instances telles que la Commission du droit d'auteur du Canada ne feront pas perdre de vue les questions et problèmes fondamentaux que les droits de propriété intellectuelle sont censés tendre à résoudre²⁴.

24. Je tiens à remercier de leurs stimulants commentaires les participants au colloque annuel de l'ALAI (Association littéraire et artistique internationale) Canada intitulé « La Commission du droit d'auteur du Canada : 20 ans entre le droit et l'économie », tenu à Ottawa le 2 décembre 2009. Les commentaires formulés au sujet de ma conférence sur l'état des connaissances, « Intellectual Property Rights for the Digital Era » (les droits de propriété intellectuelle à l'ère numérique), par les participants au congrès annuel de l'Association canadienne d'économie, tenu à l'Université de Toronto en mai 2009, m'ont également été d'une aide précieuse. Il va sans dire que j'assume néanmoins l'entière responsabilité du choix des thèmes développés dans la présente étude, ainsi que de toutes erreurs qui pourraient s'y être glissées. NDLR : L'auteur est professeur émérite de l'Université de Montréal, membre du CIRANO et de l'Institut C.D. Howe et expert associé à l'Analysis Group Inc. Le présent article est la traduction française de l'étude rédigée le 31 mars 2010 et révisée le 8 octobre 2010 dans le cadre de l'allocution prononcée par l'auteur lors du colloque de l'ALAI Canada tenu le 2 décembre 2009, à Ottawa, afin de souligner les vingt ans de la Commission du droit d'auteur. *Les Cahiers de propriété intellectuelle* remercient chaleureusement la Commission du droit d'auteur et son vice-président et premier dirigeant pour la traduction française de l'article.