

L'avenir de la science économique dans l'établissement des tarifs liés au droit d'auteur

Gerry Wall*

| | |
|--|------|
| 1. INTRODUCTION ET APERÇU | 993 |
| 2. LE RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE PAR LE PASSÉ (1992-2009) | 994 |
| 2.1 Un bref historique de la fixation des tarifs par la Commission. | 994 |
| 2.2 Le recours à la science économique par la Commission pour l'établissement des tarifs antérieurs | 996 |
| 3. L'UTILISATION DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE DANS LES INSTANCES FUTURES. | 1001 |
| 3.1 Domaine théorique. | 1002 |
| 3.2 Domaine empirique | 1007 |

© Gerry Wall, 2011.

* L'auteur est le fondateur et le président de Wall Communications Inc. Le présent article est la traduction française de la communication écrite datée du 9 septembre 2010 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 opinions exprimées sont celles de l'auteur et elles ne reflètent pas nécessairement celles de la Commission du droit d'auteur et du gouvernement du Canada. 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.

| | |
|-------------------------------------|------|
| 3.3 Évolution du contexte | 1009 |
| 4. CONCLUSIONS | 1011 |
| Annexe | 1014 |

1. INTRODUCTION ET APERÇU

L'établissement des tarifs des redevances liés aux œuvres protégées par le droit d'auteur repose de plus en plus sur des éléments de preuve fournis par la théorie et l'analyse économiques. Plus précisément, la Commission du droit d'auteur du Canada a entendu et examiné, au cours des dix dernières années, une panoplie d'éléments de preuve économiques présentés lors des affaires portant sur l'établissement des tarifs des redevances à percevoir pour l'utilisation de musique. Il est fort probable que de nouveaux instruments économiques de plus en plus sophistiqués soient présentés dans le cadre des futures instances.

Le présent article traitera de divers aspects : le rôle qu'a joué jusqu'à présent la science économique dans les décisions de la Commission de même que les diverses percées dans la théorie économique, la collecte de données et l'étude de l'évolution du contexte, puis présentera quelques conclusions.

Quelques observations préliminaires aideront à bien définir les questions qui seront abordées dans le présent article. Il importe de distinguer l'emploi de la terminologie et des concepts économiques (comme la croissance du revenu, l'inflation, la profitabilité et l'efficacité) de l'utilisation de l'analyse économique (comme l'estimation ou le calcul des recettes marginales tirées de la musique et l'analyse de l'offre et de la demande ainsi que du surplus social). Les concepts économiques liés à la conjoncture du marché font depuis longtemps partie intégrante des instances de la Commission ; cependant, l'examen de nouveaux instruments et de nouvelles données d'analyse économique plus exhaustive est relativement récent.

De plus, même s'il est relativement facile de retracer en quelle année et dans quel domaine les éléments de preuve présentés lors des instances relatives au droit d'auteur ont été préparés par des économistes, il est plus ardu d'évaluer la mesure dans laquelle la Commission tient compte de ces données économiques dans ses décisions. La Commission détaille de plus en plus les motifs de ses

décisions et il est à espérer qu'à l'avenir, elle sera encore plus transparente sur l'importance qu'elle accorde aux analyses économiques.

2. LE RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE PAR LE PASSÉ (1992-2009)

2.1 Un bref historique de la fixation des tarifs par la Commission

La Commission homologue le tarif des redevances à percevoir pour l'exécution publique de la musique (œuvres musicales pour les éditeurs et enregistrements sonores pour les artistes-interprètes) par la voie de la radio, de la télévision (œuvres musicales seulement), de la radio satellitaire, des services sonores payants, de la radio en ligne et d'autres modes de communication. Elle établit également le tarif des redevances pour la reproduction d'œuvres musicales, la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, la copie privée de musique, la reproduction et l'exécution d'œuvres communiquées au public par télécommunication à des fins pédagogiques ainsi que pour d'autres utilisations relativement limitées de matériel protégé par le droit d'auteur.

Le tarif à l'égard de la radio commerciale (pour la communication au public d'œuvres musicales) est le plus ancien tarif homologué par la Commission sur le droit d'auteur¹. Il a été homologué en 1937 par la Commission d'appel du droit d'auteur, le prédécesseur de la Commission du droit d'auteur. Le tarif prévoyait à l'époque un versement établi en fonction du nombre d'appareils récepteurs, auquel s'est ajouté, au fil des ans, le versement d'un montant forfaitaire. À l'heure actuelle, la pratique consiste à prélever un pourcentage des recettes brutes².

En 1959, un taux combiné des recettes publicitaires a été établi à 2,6 pour cent, et s'appliquait au répertoire des sociétés de gestion du droit d'exécution publique des œuvres musicales de l'époque. L'année suivante, le taux fut porté à 2,75 pour cent³. En 1978, la

1. Un bref historique du tarif est présenté dans la décision d'octobre 2005 portant sur le tarif des redevances à percevoir par la SOCAN et la SCGDV à l'égard de la radio commerciale.
2. Un montant forfaitaire est établi pour les stations dont les recettes sont inférieures à un certain seuil.
3. Au début des années 1960, les taux ont été légèrement réduits, pour de courtes périodes. Ces baisses étaient apparemment attribuables aux effets persistants de l'ancien régime de paiements forfaitaires, c'est-à-dire qu'elles visaient à plafonner la valeur en dollars de l'augmentation des redevances versées.

Commission d'appel du droit d'auteur a tenu une longue audience, à l'issue de laquelle le taux a augmenté à 3,2 pour cent, de façon à refléter « la croissance de ce que la valeur intrinsèque de la musique représente pour l'industrie ». Près de 10 ans plus tard, en 1987, la Commission a tenu une importante audience sur le tarif à l'égard de la radio commerciale au cours de laquelle des études sur l'utilisation de la musique et des éléments de preuve sur les taux en vigueur aux États-Unis ont été examinés. Les sociétés de gestion souhaitaient alors une augmentation du taux, alors que l'opposante, l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR), plaidait pour sa réduction. La Commission a statué qu'elle ne modifiait pas le taux en vigueur de 3,2 pour cent.

La SOCAN est née en 1990 de la fusion des sociétés canadiennes de droits d'exécution : l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada (CAPAC) et la Société de droits d'exécution du Canada (SDE)⁴. L'année suivante, la nouvelle Commission du droit d'auteur a maintenu le taux à 3,2 pour cent et a établi un taux de « faible utilisation » de 1,4 pour cent pour les stations dont l'utilisation d'œuvres musicales protégées occupait moins de 20 pour cent du temps d'antenne. Le taux du tarif SOCAN pour la radio commerciale est demeuré à 3,2 pour cent jusqu'en 2003, année où il a été porté à 4,4 pour cent (pour les recettes publicitaires supérieures à 1,25 million de dollars).

En 1997, les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* ont étendu la protection du droit d'auteur à l'exécution publique d'enregistrements sonores, précisément les enregistrements sonores des producteurs et les prestations des artistes-interprètes du répertoire admissible de la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) (c'est-à-dire les droits voisins). Peu de temps après, la SCGDV a déposé son premier projet de tarif s'appliquant à la radio commerciale. En 1999, la Commission a homologué le taux du tarif SCGDV pour la radio commerciale à 1,44 pour cent pour les recettes publicitaires supérieures à 1,25 million de dollars, lequel est entré en vigueur en date de 1998. Le taux a ensuite été fixé à 2,1 pour cent dans la décision de 2005 sur le tarif SOCAN-SCGDV pour la radio commerciale (le taux s'appliquait à compter de 2003).

En 2003, la Commission a homologué le premier tarif pour la reproduction d'œuvres musicales par les stations de radio commer-

4. L'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs de musique du Canada fut créée en 1925 et la Société des droits d'exécution du Canada, en 1940.

ciales à la suite du projet de tarif déposé par CMRRA/SODRAC inc. (CSI). CSI ne gère que le droit de reproduction des auteurs, des compositeurs et des éditeurs. Le plein taux du tarif avait été fixé à 0,8 pour cent pour les recettes brutes supérieures à 1,25 million de dollars, alors que des taux inférieurs s'appliquaient aux recettes de tranches inférieures. Le tarif était en vigueur pour les années 2001 à 2007. La Commission a par la suite augmenté le plein taux à 1,238 pour cent.

La Audio-Video Licensing Agency et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (AVLA-SOPROQ) ont déposé un projet de tarif visant la reproduction d'enregistrements sonores par la radio commerciale (pour les années 2008 à 2011). Ces sociétés gèrent les droits des producteurs sur leurs enregistrements sonores protégés. ArtistI a également déposé un projet de tarif, pour les années 2009 à 2011, ayant trait à la reproduction de prestations d'artistes-interprètes incorporées dans des enregistrements sonores protégés. Tel que mentionné plus loin, la Commission a rendu sa décision sur ces propositions de tarifs en juillet 2010.

Il convient également de noter que tous les tarifs pour la radio commerciale comportent un taux propre aux stations commerciales utilisant peu de musique (soit celles dont l'utilisation de musique protégée occupe moins de 20 pour cent du temps d'antenne), lequel est généralement établi à 44 pour cent du plein taux homologué.

2.2 Le recours à la science économique par la Commission pour l'établissement des tarifs antérieurs

Radio commerciale

Les premières décisions de la Commission sur le tarif pour la radio commerciale étaient principalement fondées sur des considérations ponctuelles ; toutefois, certains documents déposés par les parties contenaient des données sur les dépenses de programmation de l'industrie, les niveaux de profits et d'autres paramètres économiques. La Commission a également établi les nouveaux taux SCGDV et CSI en utilisant le tarif SOCAN en vigueur comme point de référence.

Comme il a déjà été mentionné, si divers documents comprenant une terminologie économique avaient déjà été déposés devant la Commission, le premier modèle économique véritable a été pro-

posé en 2005 (décision sur le tarif conjoint SOCAN-SCGDV, 2005). Dans cette affaire, les sociétés ont présenté un modèle économique en bonne et due forme sur la valeur globale de la musique pour les radiodiffuseurs s'appuyant sur le concept des « recettes marginales tirées de la musique ».

Le modèle a été exposé par Paul Audley, Marcel Boyer et Stephen Stohn. Marcel Boyer a également présenté une autre méthode de calcul proposant un « hypothétique mécanisme de vente aux enchères » (toutefois, ce modèle se résume à l'établissement des tarifs d'après les profits nets). Comme par le passé, l'évolution de l'utilisation et de la rentabilité de la musique a été soulevée comme argument justifiant la hausse des taux en vigueur. En contrepartie, les radiodiffuseurs ont invoqué les faiblesses perçues de ces modèles économiques, et soutenu que la baisse de l'auditoire et la fragmentation du marché, entre autres facteurs, justifiaient la diminution des taux.

La Commission a décidé de rejeter les modèles économiques proposés par les sociétés non pas pour des raisons théoriques, mais plutôt pour des raisons pratiques : elle considérait que les résultats des modèles étaient très sensibles aux hypothèses de départ. Elle a donc décidé d'augmenter le taux des redevances perçues par la SOCAN et la SCGDV pour les raisons suivantes :

- i) la musique vaut davantage que ce que la Commission croyait auparavant (la musique avait été sous-évaluée depuis un certain temps) ;
- ii) la radio utilise maintenant plus de musique que dans les années 1980 ;
- iii) la radio fait maintenant une utilisation plus efficace de la musique (comme en témoigne l'augmentation de la marge de profit de l'industrie).

L'ACR s'est pourvue en révision judiciaire de la décision de 2005, laquelle fut renvoyée à la Commission pour qu'elle réexamine le tarif, précisément le calcul de l'augmentation du taux approuvé (Réexamen de la décision du tarif conjoint SOCAN-SCGDV, 2008). Les sociétés de gestion ont présenté diverses données et informations, toutes de nature ponctuelle, appuyant la hausse du taux approuvée par la Commission. L'ACR a, quant à elle, produit des éléments de preuve, préparés par l'économiste Steven Globerman, qui

comprenaient un modèle économique global. Le modèle Globerman permettait de prévoir l'évolution de la productivité marginale de la musique au fil du temps (plus précisément le prix de réserve des radiodiffuseurs ou le maximum qu'ils seraient disposés à payer pour utiliser la musique). La Commission a décidé d'adopter ce modèle (auquel elle apporta plusieurs changements) pour justifier l'augmentation du taux approuvée en 2005. Elle a souligné que le modèle impliquait une approche exhaustive à l'égard de l'examen du tarif (c'est-à-dire qu'elle tenait compte de l'évolution de l'utilisation de la musique, de l'efficacité de cette utilisation et de la valeur de la musique). *Cette décision est la seule, à ce jour, où la Commission a utilisé un véritable modèle économique pour établir un tarif.*

À la fin de 2009, la Commission a tenu une instance en vue d'établir le nouveau tarif conjoint de la radio commerciale (la décision a été rendue en juillet 2010) ; différents modèles économiques ont servi notamment à l'établissement de la valeur. Pour le compte de l'ACR, Wall Communications Inc. (ci-après « Wallcom ») a actualisé et élargi le modèle d'évaluation Globerman pour en faire un cadre de fixation de la valeur de la musique en tant qu'intrant unique pour la radio commerciale. Wallcom a argumenté que le modèle Globerman était exhaustif en théorie, mais qu'il tenait compte seulement de la demande du marché (soit le prix maximum que les stations seraient disposées à payer pour utiliser la musique). Wallcom a donc élargi le modèle pour qu'il tienne compte de l'offre, plus précisément les coûts nets liés aux fournisseurs de musique (soit le prix minimum que les titulaires de droits seraient prêts à accepter pour l'utilisation de leur musique).

Le modèle Wallcom avance également l'idée que les décisions d'achat des stations de radio sont fondées sur la productivité marginale globale de la musique. Comme l'illustrent tant le modèle Globerman original que le modèle Wallcom de 2009, le calcul de la productivité marginale de la musique sur une période de temps représente le prix maximum que seraient disposés à payer les radiodiffuseurs pour *tous* les droits (pas uniquement le droit de la SOCAN). Ce raisonnement a été désigné comme la théorie de la « musique comme intrant unique ».

Il importe également de souligner que l'ACR a déposé de la preuve économétrique sur la valeur promotionnelle de la musique dont profitaient les titulaires de droits (les éléments de preuves illustrés par Wallcom y faisaient également référence). Cette preuve (fondée sur l'étude économétrique réalisée par James Dertouzos) a

toutefois été en grande partie retirée du dossier de l'instance pour des raisons de confidentialité s'appliquant aux données sous-jacentes.

Pour le compte d'AVLA-SOPROQ, Yannis Bakos a présenté un modèle d'estimation du surplus économique que génère la musique en vue de déterminer la valeur globale de celle-ci pour la radio commerciale. Il a également mis de l'avant diverses méthodes d'évaluation indirecte pour répartir le surplus entre les titulaires de droits et les stations de radio. Monsieur Bakos s'est également penché sur les effets de sa méthode de paiement des redevances sur le surplus social net. De plus, AVLA-SOPROQ a appelé comme témoin le Groupe Nordicité, qui a illustré une méthode de mesure des économies et des gains d'efficacité que réalisent directement les stations commerciales en copiant les enregistrements sonores. Comme Yannis Bakos, Nordicité a présenté diverses méthodes de répartition des recettes estimées entre les titulaires de droits et les stations. Enfin, John McHale, pour le compte de la SCGDV, a également soumis une méthode de calcul fondée sur le modèle Globberman, laquelle se voulait principalement une critique du modèle Wallcom (toutefois, plusieurs données du modèle McHale ont été retirées du dossier par la Commission).

Certaines observations sur la décision de la Commission de juillet 2010 sont présentées ci-après.

Autres instances

La majorité des tarifs portant sur la communication ou la reproduction de la musique, comme celui pour la télévision, la radio satellitaire, les services sonores payants, les sonneries, la musique en ligne et la copie privée, sont fondés sur une forme d'étalonnage – le taux de référence étant souvent celui du tarif pour la radio commerciale (ou celui d'un tarif antérieur homologué par la Commission)⁵. En 2009, au cours de l'instance sur le tarif pour les services de radio satellitaire, la Commission a examiné plusieurs modèles éco-

5. L'établissement du tarif pour la radio satellitaire est fondé sur un modèle d'analyse comparative, le taux pour les services sonores payants servant de référence. Le tarif pour les services sonores payants numériques n'est pas fondé sur une analyse comparative, mais plutôt sur la fixation d'un intervalle. L'unité de référence dans la détermination du tarif pour la musique en ligne a été le CD matériel (plus précisément le taux du droit de reproduction mécanique en ce qui concerne la reproduction) et la part des profits (en ce qui concerne la communication). Enfin, le tarif pour la copie privée a été établi en fonction du taux du droit de reproduction mécanique des CD matériels.

nomiques, dont ceux axés sur la « volonté de payer », la valeur de Shapley et le surplus social net, avant de les rejeter⁶. Un résumé détaillé des instances antérieures est présenté à l'annexe.

Le tableau suivant résume les points forts et les points faibles des modèles économiques examinés au cours des instances antérieures portant sur le tarif des redevances que la radio commerciale doit payer.

Comparaison des modèles économiques examinés lors des instances sur le tarif de la radio commerciale

| Modèle | Points forts | Points faibles |
|-------------------------------|---|---|
| Audley, Boyer et Stohn (2005) | Le modèle présente le concept des recettes marginales tirées de la musique | Le modèle souffre d'un manque de données pertinentes et d'une instabilité intrinsèque |
| Globerman (original, 2008) | Le modèle présente et précise les idées de productivité marginale et de volonté de payer, et il permet d'estimer l'évolution de ces facteurs au fil du temps | Le modèle tient compte de la demande seulement et ignore l'offre du marché dans la fixation des prix. Il n'examine pas l'utilisation d'une valeur globale de la musique pour les radiodiffuseurs par rapport à l'utilisation d'une valeur de la musique propre à chaque tarif comme le fait la Commission |
| Wallcom (2009) | Le modèle élargit le modèle Globerman pour tenir compte de l'offre du marché et analyse la valeur globale de la musique par rapport à l'arrivée de divers nouveaux tarifs | Le modèle présente des données limitées sur l'offre du marché et les bénéfices que les titulaires de droits tirent de la radiodiffusion de la musique. Il n'évalue pas la valeur relative de la musique dans chaque tarif, mais utilise simplement sa valeur relative adoptée dans les décisions antérieures de la Commission |
| Bakos (2009) | Le modèle présente une méthode d'évaluation de la valeur du surplus social net qui tient compte des facteurs de la demande et de l'offre | Le modèle modifie le modèle Audley, Boyer et Stohn, mais ne corrige pas complètement ses hypothèses non fondées (et arbitraires) et son instabilité. |

6. La Commission a toutefois noté que l'emploi des modèles économiques n'était pas justifié à l'heure actuelle, mais qu'ils pourraient, « à long terme, jouer un rôle essentiel ».

| Modèle | Points forts | Points faibles |
|--------|--------------|---|
| | | Le processus de négociation utilisé attribue la totalité du surplus économique aux titulaires de droits sans tenir compte de la participation des radio-diffuseurs dans la création de ce surplus |

3. L'UTILISATION DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE DANS LES INSTANCES FUTURES

Il est évident que l'acceptation des modèles économiques et le recours à ceux-ci dans les instances de la Commission du droit d'auteur ont franchi un point de non-retour, mais quel est l'avenir de cette pratique ?

Les éléments de preuve économiques qui seront peut-être produits devant la Commission au cours des prochaines décennies proviendront de divers domaines qui peuvent être regroupés comme suit :

Domaine théorique

- le développement continu de l'analyse néoclassique ;
- le rôle des nouveaux instruments théoriques (comme la théorie des jeux, la théorie du signal et la prise de décision dans l'incertitude) ;
- le rôle des approches néoclassiques par rapport à celui des approches élargies ou de rechange (comme les fonctions objectifs modifiées) et la définition de l'efficience et du bien-être collectif.

Domaine empirique

- la collecte et l'utilisation de meilleures données ;
- la mise au point de techniques statistiques et économétriques plus perfectionnées.

Évolution du contexte

- les changements axés sur la technologie et autres changements dans la création, l'utilisation et la communication de la musique ;

- les changements dans la structure du marché (tant chez les producteurs, y compris les sociétés de gestion, que chez les consommateurs) ;
- les modifications apportées à la *Loi sur le droit d'auteur* et aux autres lois connexes.

Chacun de ces domaines est examiné ci-dessous.

3.1 Domaine théorique

L'analyse microéconomique repose en grande partie sur le modèle néoclassique. L'économie néoclassique est axée sur l'attribution de ressources limitées et sur le rôle des forces du marché dans l'attribution efficiente de ces ressources. Selon l'éminent économiste Kenneth Arrow, l'économie néoclassique se fonde sur deux concepts : le premier est la notion de l'agent économique individuel, dont le comportement est régi par un critère d'optimisation sous contraintes, et le deuxième est celui du marché, où l'ensemble des décisions individuelles est pris en compte et où les termes de l'échange sont ajustés jusqu'à ce que les décisions individuelles soient mutuellement compatibles, dans l'ensemble des décisions, c'est-à-dire que l'offre soit égale à la demande⁷. Les théories néoclassiques antérieures comportaient souvent des hypothèses contraignantes (c'est-à-dire irréalistes) à l'égard du comportement de l'humain. Cependant, au cours des dernières années, bon nombre de ces hypothèses ont été allégées, voire éliminées, ce qui a mené à une représentation beaucoup plus réaliste du comportement économique, du moins en théorie⁸.

Des modèles (ou branches) néoclassiques plus contemporains ont été élaborés dans de nombreux domaines. Par exemple, l'approche relativement statique (c'est-à-dire à un point fixe dans le temps) de l'analyse néoclassique a donné lieu à des considérations temporel-

7. ARROW (Kenneth), « Limited Knowledge and Economic Analysis », *American Economic Review* (mars 1974). Allocution présidentielle à l'American Economic Association.

8. Pour de plus amples informations, consulter <<http://www.economictheories.org/2008/07/comparison-of-neoclassical-and-modern.html>> ou <<http://faculty.lebow.drexel.edu/mccainr/top/prin/txt/Neoch/Eco111s1.html>>, et ARNSPERGER (Christian) *et al.*, *What is Neoclassical Economics ? The three axioms responsible for its theoretical œuvre, practical irrelevance and, thus, discursive power* (document photocopié), 2005.

les – ou dynamiques – élargies (c'est-à-dire la maximisation avec le temps). À cet égard, certaines analyses tiennent maintenant compte de l'innovation et de ses effets sur l'efficacité au fil du temps, mais elles doivent être poussées encore, et des percées fondamentales doivent même être réalisées.

Les hypothèses moins contraignantes sur la rationalité et l'intérêt personnel, l'accès à l'information et une solution d'équilibre unique sont d'autres concepts qui ont fait progresser l'analyse néo-classique⁹. Par exemple, la rationalité limitée, la rationalité normative et la rationalité empirique établissent des fondements plus réalistes du comportement humain qui permettent tout de même de mener des analyses de maximisation contrainte requise par la science économique.

De nouveaux concepts et instruments théoriques ont également été proposés, notamment dans le domaine des mathématiques. Plus précisément, la théorie des jeux remplace lentement le calcul comme principal instrument mathématique de la théorie économique avancée, surtout dans le domaine de l'organisation industrielle¹⁰, la branche de l'économie étudiant la structure des marchés ainsi que le comportement stratégique des entreprises et leurs interactions. La théorie des jeux est devenue le grand concept mathématique de l'organisation industrielle¹¹. Une des contributions de la théorie des jeux, du moins sur le plan théorique, est d'avoir démontré que deux parties peuvent être avantagées en n'agissant pas de façon égoïste (voir le diagramme du dilemme du prisonnier ci-dessous). En d'autres mots, la théorie des jeux tient compte des effets des actions (et des réactions) de l'autre partie dans les résultats sur le marché.

9. Au sens strict, le modèle néoclassique ne requiert pas l'hypothèse selon laquelle les humains sont complètement rationnels et centrés sur leurs propres intérêts – l'hypothèse étant seulement que, si tel était le comportement typique des gens, le marché produirait tout de même des résultats efficaces.

10. Cependant, le progrès dans l'utilisation de la théorie des jeux à des fins théoriques ne s'est pas, à mon avis, encore traduit par l'analyse étendue de problèmes concrets – le concept de marginalité (qui a ses fondements dans le calcul) est toujours le principal instrument employé dans le domaine.

11. Voir TIROLE (Jean), *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge : MIT Press, 1988) ; BAGWELL (Kyle) *et al.*, « Game Theory and Industrial Organization », Columbia University Department of Economics Discussion Paper, 2002.

Le dilemme du prisonnier : une situation unique peut donner lieu à des résultats très différents¹² :

| | Prisonnier B se tait | Prisonnier B dénonce |
|----------------------|--|--|
| Prisonnier A se tait | Chaque prisonnier écope de neuf mois de prison | Le prisonnier A écope de huit ans de prison et le prisonnier B est relâché |
| Prisonnier A dénonce | Le prisonnier B écope de huit ans de prison et le prisonnier A est relâché | Chaque prisonnier écope de quatre ans de prison |

Malheureusement, la théorie des jeux a ses limites en matière d'analyses économiques appliquées, dont l'une des plus grandes est la difficulté à créer un modèle tenant compte du nombre potentiellement très grand de résultats dans un jeu multipartite ou multistades – soit une situation réelle fréquente¹³. De plus, la théorie des jeux repose largement sur la présomption d'un comportement rationnel. Il sera peut-être également nécessaire de prédire un comportement, sans disposer des données assurant la certitude de la prédiction. Bref, la théorie des jeux pourrait devenir un grand atout dans l'inventaire d'instruments des microéconomistes, mais son application dans les problèmes concrets de fixation des prix, comme l'établissement des tarifs liés au droit d'auteur, requiert généralement de l'information détaillée et une capacité d'analyse qui ne sont pas encore disponibles à l'heure actuelle¹⁴.

Une autre caractéristique de l'économie néoclassique est qu'elle se fonde sur l'hypothèse de l'information parfaite, c'est-à-dire que les acteurs sur le marché disposent de toute l'information disponible. En fait, l'information connue des parties est souvent imparfaite et asymétrique, et elle peut donc mener à des résultats sur le marché qui ne sont pas totalement efficaces. Selon la théorie du signal, ce problème peut être résolu si l'une des parties fait signe à l'autre (autre-

12. Le dilemme du prisonnier a lieu quand deux criminels sont capturés et que, au cours d'interrogatoires distincts, chaque prisonnier doit choisir entre dénoncer son complice ou se taire.

13. L'utilisation d'algorithmes améliorés pouvant tenir compte de multiples parties et résultats permettra peut-être au bout du compte une plus grande application pratique de la théorie des jeux.

14. Comme il a été mentionné à la section précédente, dans le cadre de l'instance portant sur le tarif des services de radio satellitaire, la Commission s'est penchée sur l'approche de répartition des gains axée sur la valeur de Shapley – une application de la théorie des jeux –, mais l'a écartée.

ment dit, si elle lui communique indirectement de l'information pertinente). Il serait peut-être possible d'incorporer la théorie du signal (ainsi que d'autres moyens permettant de remédier au manque d'information) à la théorie des jeux.

L'incertitude inhérente au monde réel constitue possiblement un problème fondamental. À ses débuts, l'analyse néoclassique ne tenait pas directement compte des questions de risque et d'incertitude. En 1921, Frank Knight fut le premier à tenter de définir ces termes : le « risque » s'entend des situations où le décideur peut attribuer une probabilité mathématique aux possibilités aléatoires devant lesquelles il se trouve ; par opposition, l'« incertitude » s'entend des situations où il est impossible d'attribuer une probabilité mathématique à ces possibilités aléatoires¹⁵.

Le débat portant sur la distinction entre le risque et l'incertitude – et sur la manière dont ces concepts seraient le mieux intégrés à l'analyse économique – fait rage depuis longtemps et ne prendra pas fin de sitôt. Dans le monde réel, les conséquences qu'aura le choix d'un consommateur (ou d'un producteur) ne peuvent être entièrement connues avant que le choix ne soit fait ; c'est pourquoi le risque et l'incertitude sont inévitables. Les marchés efficients sont souvent considérés comme des marchés qui gèrent bien l'incertitude ; pourtant, la réalité (par exemple la récente crise financière mondiale) nous rappelle constamment que cette notion est trop simplifiée¹⁶.

Les théories modernes reposent sur divers moyens d'accepter et d'inclure la notion d'incertitude et de tenir compte du risque de sorte que des résultats efficients sur le marché, du moins en théorie, soient réalisables. En fait, tout un domaine d'étude porte maintenant sur les concepts du risque et de l'incertitude dans la prise de décisions des agents économiques¹⁷. Il n'est donc pas surprenant que la théorie des jeux – qui a trait aux multiples résultats possibles découlant d'une seule action – propose son interprétation de l'incertitude. Si l'on regarde un peu plus loin, la question de l'incertitude a mené au

15. KNIGHT (Frank), « Chapter 7 », *Risk, Uncertainty and Profit* (Boston : Houghton Mifflin, 1921).

16. Voir DAVIDSON (Paul) (rédacteur en chef du *Journal of Post Keynesian Economics*), « Risk And Uncertainty In Economics ». Document présenté à la conférence *The Economic Recession and the State of Economics*, Westminster, Londres, le 6 février 2009.

17. Un périodique est même consacré au domaine, *The Journal of Risk and Uncertainty*, publié par Springer US. Fait notable, l'étude de ces concepts et celle de la psychologie s'entrecroisent.

développement de la « sociologie économique » – une fusion des deux domaines autrefois distincts¹⁸. Le dépassement des concepts courants de l'optimisation économique et du bien-être collectif est examiné ci-après.

Bon nombre des questions susmentionnées incitent à reconsidérer les objectifs précis d'une société (ou ce à quoi elle devrait aspirer) et la meilleure façon de mesurer l'atteinte de ces objectifs. Les propriétés mathématiques de la science économique – qui servent à quantifier les coûts et les avantages, à fixer des prix efficients et, en définitive, à évaluer le bien-être de la société – dépendent grandement de l'acceptation des nombreuses hypothèses de l'économie néo-classique. À la base, la science économique repose sur la capacité d'évaluer le bien-être – en dollars ou en une quelconque unité d'« utilité »¹⁹. L'analyse économique suppose que les gens veulent plus d'utilité – améliorer leur situation – et agissent en conséquence. Cela dit, il est impossible de mesurer l'utilité, et le recours à l'argent à cet égard ne permet pas de cerner les attributs essentiels du concept du « bonheur »²⁰.

Certains économistes – et universitaires d'autres domaines, comme la psychologie, la médecine, la sociologie et la philosophie – ont tenté de concevoir une définition plus large (ou plus complète) du bien-être. Il s'agit assurément d'une quête perpétuelle ; des modèles toujours plus perfectionnés sur le comportement humain et ses motivations découleront de cette recherche permanente. Malgré ses lacunes, la science économique est un instrument efficace pour prédire une grande part du comportement humain.

18. Voir BECKERT (Jens), « What is Sociological about Economic Sociology ? Uncertainty and the Embeddedness of Economic Action » (1996), 25 *Theory and Society* 803. [TRADUCTION] « Si les agents ne peuvent prévoir les retombées d'un investissement, il leur est impossible d'améliorer leur prise de décisions, ce qui soulève la question de la mesure dans laquelle ces agents rationnels peuvent prendre des décisions compte tenu de cette incertitude. Il s'agit là du point de départ de la sociologie économique. Les études réalisées dans ce domaine examinent, sous divers angles théoriques, l'importance de l'incertitude et de l'ambiguïté des objectifs. Elles mettent en lumière l'importance de la culture, du pouvoir, des institutions, des structures sociales et du processus cognitif pour les économies de marché. »

19. Le terme « utilité » s'entend d'une mesure de la satisfaction – individuelle ou collective (bien-être collectif).

20. Pour de plus amples informations sur l'utilité et la théorie du choix social, consulter le discours de réception du prix Nobel d'Amarta Sen (http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1998/sen-lecture.pdf).

À l'heure actuelle, l'économie néoclassique et ses incarnations modernes sont les instruments les plus utiles pour aider les décideurs à fixer des prix réglementés, par exemple les tarifs que la Commission du droit d'auteur doit établir. L'analyse économique n'est pas infaillible, mais elle donne de bons résultats, la plupart du temps.

3.2 Domaine empirique

La collecte et l'utilisation de meilleures données est peut-être la meilleure façon de perfectionner à court terme l'analyse qui soutient l'établissement des tarifs.

Comme il a déjà été mentionné, le principe général de l'offre et de la demande permet de dresser un tableau d'ensemble des facteurs qui viennent influencer le « prix » (ou qui seraient influents si un marché existait). Dans le cas d'un produit ou d'un service, la demande est donc influencée par divers facteurs, comme la disponibilité et le prix d'un produit de rechange, le nombre d'acheteurs, la qualité du produit, les goûts des consommateurs, les attentes pour l'avenir et le niveau de revenu (ou le pouvoir d'achat)²¹. Dans le cas d'un facteur de production (comme l'utilisation de la musique comme intrant dans la production de la radio ou d'un autre service), la demande est déterminée à la marge par les recettes additionnelles tirées du facteur et par les conditions de l'offre et de la demande sur le marché du produit final (par exemple la radio).

Pour ce qui est de l'offre, le coût des intrants de la production d'un produit est généralement le seuil au-dessous duquel le producteur refusera d'offrir un produit²². Au nombre des autres facteurs influant sur l'offre d'un produit figurent les technologies de production et autres technologies connexes (ainsi que les changements ou les améliorations apportées au fil du temps), le nombre de fournisseurs, la durabilité du produit et les attentes pour l'avenir²³.

21. Ces facteurs peuvent déplacer la courbe de la demande, tandis que la variation du prix produira des changements à la hausse ou à la baisse le long de la courbe.

22. Il convient de souligner que c'est le coût « net » des intrants qui est pertinent. Autrement dit, si la vente d'un produit confère à un producteur des avantages externes, ceux-ci abaisseront le coût net de production.

23. Ces facteurs peuvent déplacer la courbe de l'offre, tandis que la variation du coût de production provoquera des changements à la hausse ou à la baisse le long de la courbe.

La détermination des facteurs qui agissent sur l'offre et la demande d'une œuvre protégée par le droit d'auteur est un bon point de départ lorsqu'il s'agit d'évaluer s'il faut majorer ou abaisser les redevances à verser pour l'utilisation de cette œuvre. Plus simplement, la collecte d'informations sur les déterminants de l'offre et de la demande permet d'obtenir une bonne idée de départ de la direction des prix.

Les parties comparaisant devant la Commission devraient s'efforcer de produire de l'information la plus juste et la plus détaillée possible. Les utilisateurs de musique devraient donc présenter des données sur la quantité de musique utilisée et sur la manière dont elle est utilisée. La collecte d'information échelonnée sur plusieurs années permet de rendre compte des tendances. Toujours en matière de données, les éléments de preuve et les données ayant trait à l'augmentation des recettes tirées de l'utilisation (à la marge) de la musique indiquent dans une certaine mesure la volonté de payer des utilisateurs²⁴. Généralement, comme aucun moyen direct ne permet de déterminer la valeur des recettes supplémentaires tirées uniquement de la musique, cette valeur doit être estimée²⁵, possiblement en fonction des facteurs du marché qui influent sur la demande.

De la même manière, les données fournies par les sociétés de gestion devraient au minimum inclure une mesure exacte de l'utilisation de musique spécifique de leur répertoire. L'évaluation de l'offre de musique – ou du prix auquel les titulaires de droits seraient disposés à vendre leurs œuvres – passe par d'autres types de données. Il faut en effet mesurer le coût de création des œuvres, l'incidence des technologies de production et d'autres facteurs liés à l'offre, et tenir compte de ces données.

Les sondages permettent également de recueillir de l'information indirecte, mais pertinente, sur l'offre et la demande. En matière de demande, les sondages sur les habitudes et les préférences des auditeurs renseignent sur ce qui attire les gens vers un service de diffusion de musique, information qui aide ensuite à déterminer

24. La volonté de payer n'est vraiment qu'un autre terme qui désigne la demande, soit ce qu'un utilisateur (ou consommateur) est disposé à payer pour une quantité déterminée de produits ou de services.

25. Le rôle précis que joue la musique dans la génération de recettes est également difficile à cerner parce que les services (comme la radio commerciale, les services de radio satellitaire, les services sonores payants et la télévision) sont souvent regroupés et que beaucoup d'intrants communs entrent dans leur production.

la disposition des annonceurs à diffuser des publicités par ce service. Quant à l'offre, les sondages réalisés auprès des créateurs de musique fournissent des données sur les conditions financières qui influent sur leur disposition à offrir leurs œuvres.

Bien que les données tirées des sondages soient utiles, elles sont néanmoins fondées sur l'opinion des répondants – c'est-à-dire sur ce qu'ils croient avoir fait ou croient qu'ils feront –, contrairement aux données sur le comportement du marché qui, elles, portent sur la quantité réelle de musique diffusée ou de musique fournie dans des contextes précis. Les données d'opinion dépendent également en grande partie du libellé des questions et du contexte dans lequel celles-ci sont posées. La nature contradictoire des instances tenues par la Commission devrait se traduire par l'amélioration constante de la méthodologie des sondages et de la construction des questions.

Il est peu probable que des estimations directes des courbes de demande en utilisant des analyses économétriques ou statistiques soient présentées à court terme comme éléments de preuve. L'analyse économétrique est plus efficace pour établir une relation statistique fiable entre des variables lorsque l'écart entre la variable dépendante (la quantité de musique demandée) et les variables indépendantes (dont la plus importante est le prix de la musique) est assez important. Malgré les récentes avancées en économétrie, même les analyses les plus sophistiquées ne peuvent produire de bons résultats en l'absence de données probantes.

Toutefois, les méthodes économétriques et statistiques sont utiles dans l'évaluation des relations entre divers éléments de l'industrie de la musique (comme le temps d'antenne et les ventes de disques) qui, eux, renseignent sur les conditions de l'offre et de la demande.

3.3. Évolution du contexte

Faute d'une meilleure expression, « évolution du contexte » s'entendra de tous les grands changements structureaux qui ont une incidence sur les conditions du marché qui influent sur la fixation des prix. La majorité, sinon la totalité, de ces changements seraient en définitive pris en compte par les facteurs influant sur l'offre ou la demande ; toutefois, comme ces changements ont peut-être lieu à une très grande échelle, leur importance précise ou immédiate ne serait pas établie directement.

Les changements technologiques influencent les conditions de l'offre et de la demande de nombreuses façons directes et indirectes, à plus ou moins court terme. Ils ont modifié non seulement les processus de création, d'enregistrement, de distribution et de diffusion de la musique, mais aussi les moyens de consommation (par exemple l'utilisation d'appareils musicaux personnels, y compris les téléphones cellulaires)²⁶. Les changements technologiques ont également contribué à la création de nouvelles activités (la navigation sur les sites de médias sociaux et l'utilisation de consoles ou de jeux sur ordinateur) qui livrent une concurrence aux activités traditionnelles, comme l'écoute de la radio ou de la télévision. Cela dit, ce ne sont pas toutes ces nouvelles activités qui incorporent de la musique. Il importe de savoir dans quelle mesure les activités où la musique entre en jeu gagnent ou perdent du terrain par rapport aux activités qui ne contiennent pas de musique.

Les effets des nouvelles technologies (par exemple le partage de fichiers) sur la consommation et la monétisation de la musique ont longuement été débattus. Si le débat porte principalement sur la mesure dans laquelle le téléchargement non autorisé fait chuter les ventes de CD, une autre question tout aussi pertinente concerne la multiplication des moyens d'écouter de la musique et de ses effets sur les modèles de fonctionnement. Il y a 40 ans, on écoutait généralement de la musique de deux façons, soit grâce à la programmation musicale à la radio, soit au moyen d'une chaîne audio à la maison. Aujourd'hui, les auditeurs ont beaucoup plus de façons d'écouter de la musique programmée : la radio classique, la radio satellitaire, les services sonores payants (par câble ou par diffusion directe), les stations de radio Internet payantes et gratuites qui diffusent en continu, les baladodiffusions téléchargées ou diffusées en continu ainsi que les services de musique algorithmiques et axés sur les goûts personnels (comme Pandora et Spotify). En ce qui a trait à la musique choisie par l'auditeur (y compris les sélections aléatoires des bibliothèques musicales), elle s'emmagasine dans de nombreux appareils à partir desquels elle s'écoute, comme les lecteurs MP3, les lecteurs média, les stations d'accueil pour MP3, les téléphones cellulaires, les ordinateurs, les miniportables ainsi que les lecteurs CD et DVD.

26. Les changements technologiques sont souvent considérés comme des facteurs de réduction du coût de l'offre de la musique, mais ils peuvent également engendrer de nouveaux types de demandes.

La structure du marché évolue au même rythme que la technologie, parfois en réponse directe au progrès technologique et parfois en conséquence de facteurs financiers ou autres. À cet égard, le regroupement d'entreprises – voire les changements de propriétaire – ou l'émergence de nouveaux compétiteurs dans l'industrie de la radiodiffusion peut mener à diverses initiatives et priorités en matière d'utilisation de la musique. De même, la structure du marché des créateurs de musique et des titulaires de droits évoluera – on assistera à la naissance de nouveaux types de sociétés de gestion collective, à la croissance des créateurs indépendants (et non conventionnels) et de leurs représentants ainsi qu'au déclin des acteurs traditionnels (par exemple les grandes maisons de disque). L'essentiel pour une organisation comme la Commission du droit d'auteur est de bien saisir les effets qu'auront les changements structurels du marché sur l'offre et la demande de musique.

Il ne faut pas non plus oublier que les goûts changent avec le temps, donc que la valeur des biens et des services (y compris la musique) change aussi. Mieux comprendre comment les changements technologiques et autres facteurs influent sur les goûts aide également à mieux cerner les changements possibles dans la demande.

Les changements dans la législation peuvent également provoquer des changements structurels. Notamment, de nouvelles lois en matière de droit d'auteur et de nouvelles interprétations juridiques d'anciens règlements ou principes peuvent, de toute évidence, modifier les règles sous-jacentes au commerce de la musique. Le milieu de la musique peut tout de même être secoué sans des changements d'ordre juridique. La perception du public à l'égard de ce qui constitue une pratique « acceptable » en matière de consommation de musique peut avoir des effets concrets sur les résultats de l'industrie, voire sur les règlements.

4. CONCLUSIONS

Au moment où cet article était presque achevé, la Commission a rendu sa décision de juillet 2010 sur le tarif conjoint pour la radio commerciale. Avant cette instance importante, jamais les parties n'avaient produit autant d'éléments de preuve et d'arguments économiques lors des affaires de la Commission du droit d'auteur.

En bref, la Commission a rejeté tous les éléments de preuve économiques présentés par les parties ; toutefois, elle a fait remarquer que, selon elle, les modèles économiques étaient essentiels à l'établissement des tarifs.

Nous avons examiné les méthodologies proposées par les parties pour établir les taux et nous avons décidé de n'en utiliser aucune. Nous analyserons toutefois certaines des hypothèses sous-jacentes à ces méthodologies pour expliquer pourquoi nous les avons rejetées. Nous le faisons parce que nous croyons que les modèles économiques devraient faire partie intégrante de la détermination des tarifs de la Commission (paragraphe 182).

Cette déclaration faite par la Commission semble paradoxale. De plus, les raisons qu'elle invoque pour rejeter les modèles déposés par chaque partie ne sont pas fondées sur une argumentation économique, mais plutôt sur des décisions antérieures ou des questions de droit. La Commission n'a pas examiné les questions économiques fondamentales, comme les effets des déterminants de l'offre et de la demande sur le marché de la musique ou les changements qu'aurait pu subir la valeur globale de la musique pour les radiodiffuseurs ou les vendeurs de musique – peu importe la méthode qui pourrait ou devrait être utilisée dans la détermination de chaque tarif. La Commission fournit donc très peu d'information sur le cadre économique, s'il existe, qu'elle emploie pour fixer les tarifs²⁷.

À tous les égards, la détermination des tarifs par la Commission est ardue. Cependant, l'évaluation des instruments dont la Commission dispose pour l'aider dans cette tâche révèle que la science économique fournit les instruments les plus pertinents. Le fait que la Commission ait tenu compte d'éléments de preuve fondés sur l'analyse économique dans quelques récentes affaires – du moins avant la plus récente décision – donne à penser qu'elle reconnaît de plus en plus leur valeur. À l'heure actuelle, il est difficile d'évaluer avec certitude si la Commission fera de l'analyse économique un élément central de son processus décisionnel.

Il importe de souligner que l'examen des conditions générales de l'offre et de la demande constitue un bon point de départ. Comme ces conditions évoluent avec le temps, il serait avantageux pour la

27. Dans la décision longue de 335 paragraphes, seulement 23 portent sur l'analyse économique. Qui plus est, ces 23 paragraphes traitent très peu de concepts et d'arguments économiques comme tels.

Commission d'examiner à chaque nouvelle instance portant sur les tarifs les facteurs qui ont agi au cours des dernières années sur l'offre et la demande – ou qui devraient influencer sur les conditions du marché à court terme. Cet examen peut, à tout le moins, donner à la Commission une idée générale de la direction dans laquelle les tarifs devraient aller.

Dans un contexte analytique plus poussé, l'examen du maximum que les acheteurs seraient disposés à payer et du minimum que les fournisseurs seraient prêts à accepter renseigne grandement sur la conjoncture du marché. En même temps, une meilleure conceptualisation des forces du marché et l'application de nouveaux instruments théoriques (comme la théorie des jeux et les mesures de rechange du bien-être) amélioreront graduellement le processus d'établissement des tarifs. Cela dit, le plus important progrès à court terme découlera peut-être de l'utilisation de meilleures données, soit des informations sur les prix et les coûts plus exactes, mais aussi des données d'enquête qui rendent compte plus efficacement du comportement des agents du marché.

ANNEXE**Aperçu du recours aux modèles d'évaluation économique
par la Commission du droit d'auteur aux fins de
l'établissement des tarifs de droit d'auteur**

La présente annexe résume les diverses méthodes d'évaluation que la Commission du droit d'auteur utilise depuis sa création pour établir les tarifs à l'égard de la radio commerciale, de la télévision et des services de musique en ligne, entre autres. Un résumé des taux en vigueur est joint au présent document.

1. RADIO COMMERCIALE (à l'égard de la SOCAN et, ensuite, de la SCGVD ainsi que de CSI, en attente d'une décision sur le tarif proposé par AVLA-SOPROQ et ArtistI).

Le premier tarif pour l'exécution et la communication de la musique à l'égard de la radio commerciale est entré en vigueur en 1937 et a été administré par le prédécesseur de la Commission (la Commission d'appel du droit d'auteur) jusqu'en 1980.

La Commission a rendu sa première décision en 1991 : elle avait alors conclu de ne pas modifier le taux de 3,2 pour cent en vigueur à l'époque.

Dans les années 1990, la Commission s'est penchée sur le *tarif de la SOCAN*. Au cours de l'instance, elle a examiné des éléments de preuve portant sur i) l'utilisation de la musique par les stations de radio, ii) le ratio des redevances exigées par rapport aux dépenses de programmation, iii) la marge de profit de l'industrie, iv) les taux comparables en vigueur aux États-Unis, et v) les contributions des stations de radio à l'industrie de la musique. Comme la Commission a décidé de ne pas changer le taux en vigueur (3,2 pour cent), il est difficile de juger de l'incidence de ces données.

Décision sur le tarif SCGDV, 1999

LA SCGDV a déposé devant la Commission des éléments de preuve portant sur la valeur « globale » de la musique fondée sur un point de référence, soit les ratios estimatifs des recettes par rapport aux dépenses de programmation d'autres secteurs des communications (c'est-à-dire la télédiffusion et les services de télévision payante). Les radiodiffuseurs ont, quant à eux, pro-

posé un nouveau tarif établi selon celui de la SOCAN, mais dont les taux auraient été inférieurs en vue de refléter la faible valeur intrinsèque qu'ils attribuaient aux droits voisins et les avantages que tiraient les artistes-interprètes et les producteurs de la radiodiffusion de la musique. La Commission s'est bien fondée sur le taux de la SOCAN comme point de référence, mais a rejeté les arguments selon lesquels la valeur promotionnelle de la diffusion de la musique justifiait une réduction de la valeur relative des droits voisins. La Commission a statué que la valeur des droits de la SCGDV était égale à celle des droits de la SOCAN (c'est-à-dire selon un ratio de un à un, avant les ajustements relatifs aux répertoires).

Décision sur le tarif CSI, 2003

Dans cette affaire, CSI a soutenu que les stations de radio tiraient des avantages de la reproduction d'œuvres musicales (notamment l'amélioration de l'efficacité des activités et de la qualité du produit) et a proposé que les ententes visant les droits de reproduction conclues avec les réseaux TVA et TQS soient utilisées comme point de départ. Les radiodiffuseurs ont plutôt fait valoir que les avantages qu'ils tiraient de la reproduction des œuvres étaient minimes et que la Commission devrait établir un taux de redevance nominal ayant comme référence le taux de la SOCAN en vigueur. La Commission a encore une fois décidé d'utiliser comme point de départ le taux de la SOCAN, mais a refusé d'établir un taux nominal. Elle a également tranché que les titulaires avaient droit à une part des efficiences qui découlent de la reproduction de leurs œuvres (même si ces efficiences n'étaient pas quantifiées à l'époque et que leur existence même était présumée). Dans sa décision, la Commission a aussi tenu compte du risque qu'un taux élevé ne freine l'innovation. Elle s'est également penchée sur les rapports déjà établis dans d'autres pays entre les droits de communication et de reproduction à l'égard de la radio commerciale. Au bout du compte, la Commission a déterminé le tarif en fonction du tarif de la SOCAN en vigueur et des considérations exposées ci-dessus. Le plein taux pour CSI a été fixé à environ le tiers de celui de la SOCAN (avant les ajustements relatifs aux répertoires).

Décision sur le tarif conjoint SOCAN-SCGDV

Dans cette affaire, les sociétés de gestion ont proposé un modèle économique en bonne et due forme pour évaluer la valeur globale

de la musique pour les radiodiffuseurs, lequel était fondé sur le concept des recettes marginales tirées de la musique. Le modèle a été exposé par messieurs Audley, Boyer et Stohn. Monsieur Boyer a également présenté un hypothétique mécanisme de vente aux enchères (toutefois, ce modèle se résume à l'établissement des tarifs d'après les profits nets). Comme par le passé, l'évolution de l'utilisation et de la rentabilité de la musique a été soulevée comme argument justifiant la hausse des taux en vigueur. En contrepartie, les radiodiffuseurs ont invoqué les faiblesses perçues de ces modèles économiques, et soutenu que la baisse de l'auditoire et la fragmentation du marché, entre autres facteurs, justifiaient la diminution des taux. La Commission a décidé de rejeter les modèles économiques proposés par les sociétés non pas pour des raisons théoriques, mais plutôt pour des raisons pratiques : elle considérait que les résultats des modèles étaient très sensibles aux hypothèses de départ. Elle a donc décidé d'augmenter le taux des redevances perçues par la SOCAN et la SCGDV pour les raisons suivantes : i) la musique vaut davantage que ce que la Commission croyait auparavant (la musique avait été sous-évaluée depuis un certain temps) ; ii) la radio utilise maintenant plus de musique que dans les années 1980 ; iii) la radio fait maintenant une utilisation plus efficiente de la musique (comme en témoigne l'augmentation de la marge de profit de l'industrie).

Réexamen de la décision sur le tarif conjoint SOCAN-SCGDV, 2008

L'ACR s'est pourvue en révision judiciaire de la décision de 2005, laquelle fut renvoyée à la Commission pour qu'elle réexamine le tarif, précisément le calcul de l'augmentation du taux approuvé. Les sociétés de gestion ont présenté diverses données et informations appuyant la hausse du taux approuvée par la Commission, lesquelles étaient toutes de nature ponctuelle (c'est-à-dire qu'elles ne reposaient pas sur un modèle économique global). L'ACR a, quant à elle, produit des éléments de preuve, préparés par l'économiste Steven Globerman, qui comprenaient un modèle économique global. Le modèle Globerman permettait de prévoir l'évolution de la productivité marginale de la musique au fil du temps (plus précisément le prix de réserve des radiodiffuseurs). La Commission a décidé d'adopter ce modèle (auquel elle apporta plusieurs changements) pour justifier l'augmentation du taux approuvée en 2005. Elle a souligné que le modèle impliquait une approche exhaustive à l'égard de l'examen du tarif

(c'est-à-dire qu'elle tenait compte de l'évolution de l'utilisation de la musique, de l'efficacité de cette utilisation et de la valeur de la musique). *Cette décision est la seule, à ce jour, où la Commission a utilisé un véritable modèle économique pour établir un tarif.*

Instance sur le tarif conjoint de la radio commerciale (en attente d'une décision)

Dans le cadre de cette plus récente instance, la Commission s'est penchée sur de nombreux modèles économiques qui ont servi notamment à l'établissement de la valeur. Pour le compte de l'ACR, Wall Communications Inc. a actualisé et élargi le modèle d'évaluation Globerman (par exemple en tenant compte du prix de réserve des acheteurs et des vendeurs) pour en faire un cadre de fixation de la valeur de la musique en tant qu'intrant unique pour la radio commerciale. Il importe également de souligner que l'ACR a présenté un élément de preuve économétrique sur la valeur promotionnelle de la musique dont profitaient les titulaires de droits. Cet élément de preuve, fondé sur l'étude économétrique réalisée par James Dertouzos, a toutefois été en grande partie retiré du dossier de l'instance pour des raisons de confidentialité s'appliquant aux données sous-jacentes.

Pour le compte d'AVLA-SOPROQ, Yannis Bakos a présenté un modèle d'estimation du surplus économique que génère la musique en vue de déterminer la valeur globale de celle-ci pour la radio commerciale. Il a également mis de l'avant diverses méthodes d'évaluation indirecte pour répartir le surplus entre les titulaires de droits et les stations de radio. Monsieur Bakos s'est également penché sur les effets de sa méthode de paiement des redevances sur le surplus social net. De plus, AVLA-SOPROQ a appelé comme témoin le Groupe Nordicité, qui a illustré une méthode de mesure des économies et des gains d'efficacité que réalisent directement les stations commerciales en copiant les enregistrements sonores. Comme Yannis Bakos, Nordicité a présenté diverses méthodes de répartition des recettes estimées entre les titulaires de droits et les stations. Enfin, John McHale, pour le compte de la SCGDV, a également soumis une méthode de calcul fondée sur le modèle Globerman, laquelle se voulait principalement une critique du modèle Wallcom (toutefois, plusieurs données du modèle McHale ont été retirées du dossier par la Commission).

En bref : Les décisions portant sur les premiers tarifs à l'égard de la radio commerciale ont été en grande partie fondées sur des éléments de preuve ponctuels, et les nouveaux tarifs pour la SCGDV et CSI ont été fixés en fonction du taux de la SOCAN. Plus récemment, divers modèles économiques visant à fixer le taux des redevances pour la radio commerciale ont été déposés devant la Commission. Dans le cadre du réexamen de sa décision sur le tarif conjoint SOCAN-SCGDV, la Commission a tenu compte du modèle d'évaluation Globerman.

2. Services sonores payants numériques (SSPN)

Décision sur le tarif SOCAN-SCGDV pour les SSPN, 2002

Au cours de cette instance, la SOCAN et la SCGDV ont axé leurs méthodes de calcul des taux visant les SSPN sur des indicateurs de référence pertinents. Les sociétés ont donc examiné les dépenses de programmation par rapport aux recettes tirées de la musique pour les services télévisuels payants et spécialisés. Les fournisseurs de SSPN ont, quant à eux, soutenu que le tarif pour la radio commerciale était un meilleur indicateur. La Commission a employé une méthode ponctuelle pour établir les tarifs à l'égard des SSPN et défini un intervalle de taux, qu'elle a appelé « zone de sécurité ». La Commission a finalement décidé de fixer les taux à la médiane de la zone.

Tarif CSI à l'égard des SSPN, 2004

Comme les SSPN ont conclu une entente avec CSI sur les redevances pour la reproduction de la musique, aucune instance n'a eu lieu. Les parties se sont entendues sur l'utilisation du ratio du droit de communication par rapport au droit de reproduction en vigueur dans le tarif de la radio commerciale.

En bref : Pour établir les taux de la SOCAN et de la SCGDV pour les SSPN, la Commission a utilisé une méthode ponctuelle, qui tenait cependant compte du niveau des taux de ces sociétés en vigueur à l'époque pour la radio commerciale et de la relation entre ces taux. Rien n'indique que la science économique ou que les modèles économiques aient été pris en compte dans le processus décisionnel.

3. Services de radio satellitaire (SRS)

Décision sur le tarif SOCAN, SCGDV et CSI à l'égard des SRS, 2009

La Commission a rendu sa décision en mai 2009. Dans le cadre de l'instance, les sociétés de gestion ont présenté plusieurs nouvelles façons d'établir les redevances de droits d'auteur pour les SRS fondées sur la science économique. À cet égard, les principaux éléments de preuve ont été le rapport rédigé par Ajay K. Agrawal et la réponse à l'expert des opposants signée par Ajay K. Agrawal et John McHale. Quatre approches ont été proposées :

- i) Une approche axée sur la volonté de payer des SRS fondée sur les ententes en vigueur entre ceux-ci et les constructeurs automobiles. Elle dépend de l'ordre dans lequel des marchés sont conclus avec les principaux fournisseurs d'intrants.
- ii) La valeur de Shapley, soit une approche fondée sur une théorie des jeux coopératifs, a été utilisée pour calculer les recettes marginales tirées des principaux intrants des SRS. Cette méthode dépend également de l'ordre dans lequel des marchés sont conclus entre les parties ou l'ordre d'acquisition des principaux intrants²⁸. Elle tient également compte de l'effet de cannibalisation (c'est-à-dire des répercussions des SRS sur les recettes tirées d'autres sources, comme les ventes de CD ou le téléchargement).
- iii) Un modèle empirique du surplus social net découlant de la musique a été réalisé par l'estimation de l'écart entre la valeur que les Canadiens accordent à un service (la somme maximale qu'ils seraient disposés à payer) et le coût de la prestation du service (calculé en coût marginal)²⁹.
- iv) Une approche privilégiant un point de référence, soit le tarif pour les services sonores payants numériques, auquel une série d'ajustements ont été apportés en vue de tenir compte des différences entre les deux types de services, comme l'utilisation relative de la musique et des répertoires.

28. Cette approche est fondée sur les résultats d'une enquête réalisée auprès d'abonnés des SRS, dans laquelle ils doivent évaluer les divers contenus des SRS.

29. Cette approche se fonde sur un modèle théorique sous-jacent dont l'application globale est très ardue.

La preuve présentée par les SRS (en particulier le rapport de David Reitman, de la firme Charles River Associates International) visait principalement à réfuter la fiabilité des modèles économiques déposés par les sociétés de gestion. Pour le reste, les SRS appuyaient l'utilisation de la méthode privilégiant un point de référence, soit le tarif pour les services sonores payants numériques.

Dans sa décision, la Commission a fait savoir que même si elle considérait les modèles Agrawal et McHale comme étant intéressants et potentiellement utiles, elle n'était pas « convaincu[e] de leur pertinence à l'heure actuelle ». Elle a indiqué les raisons qui l'avaient poussée à ne pas adopter ces modèles et que ces commentaires avaient pour but :

[...] d'aider les parties à élaborer de nouveaux modèles économiques dans l'avenir. 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. (paragraphe 127)

En bref : Dans cette instance, plusieurs modèles économiques servant à l'établissement des tarifs ont été présentés à la Commission, qui a toutefois décidé de ne pas les utiliser parce qu'elle craignait que ces modèles ne soient difficiles à appliquer et doutait, en définitive, de la fiabilité et la stabilité de leurs résultats. Elle a donc encore une fois choisi une approche axée sur un point de référence pour établir le tarif des SRS.

4. Télévision commerciale et services télévisuels payants et spécialisés

Comme dans le cas du tarif pour la radio commerciale, le taux des redevances pour la communication de la SOCAN avait été établi par le prédécesseur de la Commission. Le taux est entré en vigueur en 1951 et a fluctué quelque peu au fil du temps. Il était fixé à 2,1 pour cent à la création de la Commission.

Télévision commerciale (SOCAN 2.A)

La Commission s'est penchée sur le tarif SOCAN pour la télévision commerciale en 1993 et en 1998. Elle n'a pas tenu compte de modèles économiques, mais plutôt de diverses données généra-

les, comme i) les changements dans l'utilisation de la musique, ii) les taux en vigueur aux États-Unis, iii) l'évolution du contexte (la concurrence des services spécialisés), et iv) les changements dans la profitabilité³⁰. En 1993, la Commission a créé une licence générale modifiée qui permet aux diffuseurs d'être exemptés des droits sur la musique dans certaines émissions (cette disposition a été étendue aux services payants et spécialisés en 2004).

Services de télévision payants et spécialisés (SOCAN 17.A)

La Commission a établi le premier tarif SOCAN pour la transmission de services autres que la radiodiffusion (télévision) en 1996 (il s'appliquait à compter de 1990). Elle a fixé le tarif directement en fonction du tarif SOCAN 2.A (tout en procédant à certains ajustements pour tenir compte des différences entre les deux types de services).

Décision sur les tarifs SOCAN 2.A et 17.A, 2004

En 2004, la Commission s'est penchée pour la première fois sur ces deux tarifs dans une même instance. La SOCAN a déposé des éléments de preuve réalisés par Stanley J. Liebowitz portant sur ce qu'on a appelé la théorie de la demande dérivée. Selon cette théorie, le taux des redevances aurait dû être ajusté en fonction des dépenses de programmation. La Commission a rejeté la théorie parce qu'il n'existait pas de preuves à l'appui. Elle a plutôt décidé d'harmoniser les deux tarifs à 1,9 % en se fondant sur des données généralement ponctuelles.

En bref : La Commission s'est toujours fiée à des données ponctuelles pour fixer les tarifs SOCAN pour la télévision. Dans le cas présent, ni la SOCAN ni les diffuseurs n'ont présenté de modèle économique en bonne et due forme.

5. Sonneries

Décision sur le tarif SOCAN 24, 2006

Dans cette affaire, le débat sur la proposition de tarif déposée par la SOCAN portant sur le droit de communication d'œuvres musicales à l'égard des sonneries tournait principalement autour

30. En 1998, ce facteur est intervenu pour beaucoup dans la décision de réduire le taux de 2,1 pour cent à 1,8 pour cent.

de l'évaluation appropriée des droits de communication et de reproduction relatifs aux œuvres incorporées dans les sonneries. Comme des renseignements commerciaux sur les redevances pour ce type de reproduction étaient disponibles, la Commission a décidé d'établir le taux de la SOCAN en fonction du taux en vigueur pour la reproduction d'œuvres protégées versées par les fournisseurs de sonneries. Étant donné que la Commission a considéré le droit de communication comme accessoire au droit de reproduction dans cette affaire, elle a établi le taux de la SOCAN au-dessous du taux moyen en vigueur pour la reproduction d'œuvres musicales pour les sonneries. La Commission a également tenu compte des taux en vigueur à l'étranger et a établi la valeur du droit de communication à environ la moitié de la valeur du droit de reproduction.

En bref : Dans cette affaire, la Commission s'est encore une fois fondée principalement sur une évaluation ponctuelle, plutôt que sur un véritable modèle économique d'évaluation. Cette décision a aussi établi les paramètres pour les futurs tarifs à l'égard des services de musique en ligne, tant pour le taux du droit de communication que celui du droit de reproduction.

6. Services de musique en ligne

CSI, 2007

La première décision de la Commission sur les services de musique en ligne visait le projet de tarif de CSI pour la reproduction d'œuvres musicales à l'égard des services en ligne, comme i) le téléchargement permanent, ii) le téléchargement limité, et iii) la transmission sur demande. Au cours de l'instance, la Commission s'est principalement penchée sur le choix d'un point de référence approprié. Alors que CSI proposait à cette fin le marché des sonneries, ses opposants défendaient plutôt l'utilisation du marché du CD préenregistré, l'approche adoptée par la Commission. Les taux ont donc été exclusivement fixés au moyen d'un exercice d'analyse comparative.

Tarif SOCAN 22 – partie I, 2007

Le tarif 22 de la SOCAN était paralysé en raison des procédures d'appel en cours depuis 1999. La première décision de la Commission a finalement été rendue huit ans plus tard et portait sur

les taux des redevances pour la communication de la musique par i) le téléchargement permanent, ii) le téléchargement limité, et iii) la transmission sur demande (soit les mêmes services que dans la décision sur le tarif CSI). Dans cette affaire, la Commission s'est d'abord penchée sur l'établissement de la valeur totale de l'« ensemble de droits », soit les droits de reproduction et de communication afférents aux téléchargements. Encore une fois, la Commission a adopté le marché du CD préenregistré comme point de référence, à la suite des éléments de preuve présentés par la SOCAN (rapport de Stanley J. Liebowitz) et par les opposants (rapport de James A. Brander). La Commission a également tenu compte, en partie, de la théorie économique proposée par monsieur Liebowitz voulant que les titulaires de droits doivent recevoir leur part (proportionnelle) des recettes supplémentaires que l'industrie du disque tire, selon ces allégations, de la distribution d'enregistrements sonores sous forme de fichiers numériques plutôt que de disques. La Commission a donc établi que le taux de l'ensemble des droits serait fixé à 12,2 pour cent (soit un taux plus élevé que si elle n'avait pas tenu compte de l'hypothèse du partage des profits). Elle a ensuite simplement établi les taux pour les trois éléments du tarif de la SOCAN en fonction des taux homologués correspondants du tarif CSI.

Tarif SOCAN 22 – partie II, 2008

Dans cette décision, la Commission a fixé le taux des redevances pour les autres éléments du tarif 22 proposé par la SOCAN – c'est-à-dire les taux pour la webdiffusion et la diffusion simultanée audio et audiovisuelle ainsi que pour les sites de jeux. Pour le compte de la SOCAN, Stanley J. Liebowitz a fait valoir que les coûts pour la radio commerciale et la télévision conventionnelle sont « irrécupérables », donc que les taux pour les activités en ligne devraient être supérieurs à ceux des activités traditionnelles parce que les bénéfices tirés des activités en ligne sont grandement supérieurs à ceux des activités traditionnelles (à l'instar du marché du téléchargement). La Commission a toutefois rejeté cette approche (ne jugeant pas que les coûts étaient irrécupérables) et a décidé d'étendre les taux en vigueur à l'égard de la radio commerciale, de la télévision et des services sonores payants numériques aux services en ligne et de les asseoir sur les recettes tirées de la musique (les taux ont cependant été grandement réduits étant donné que beaucoup d'internautes visitent les sites Web pour accéder à du contenu autre qu'audio et audiovisuel). En d'autres mots, la Commission a décidé qu'elle

n'établirait pas un nouveau tarif, mais qu'elle étendrait plutôt l'assiette tarifaire des autres tarifs de la SOCAN.

En bref : Au cours des instances sur les services de musique en ligne, la Commission n'a encore une fois pas été saisie d'éléments de preuve fondés sur un modèle économique d'évaluation. Pour l'établissement des tarifs, la Commission s'est principalement fondée sur une approche privilégiant un point de référence et sur divers arguments ponctuels ayant trait à la valeur des droits de communication et de reproduction dans chacune des affaires.

7. Copie privée

Le premier tarif pour la copie privée est entré en vigueur en 1999 et a depuis été modifié plusieurs fois par la Commission. La Commission s'est fondée sur le marché du CD préenregistré comme point de référence pour fixer les taux à l'égard de la copie privée sur les supports audio admissibles. Elle a apporté de nombreuses corrections au tarif pour tenir compte, entre autres, des divers titulaires de droits, de la couverture des répertoires admissibles, des comportements d'achat et de copie des consommateurs et de la capacité d'enregistrement moyenne des supports admissibles. Elle a également tenu compte de la nature accessoire de la copie d'un enregistrement sonore lorsque l'original appartient au consommateur. Dans une récente décision, la Commission a également prévu un ajustement visant les téléchargements payants. Même si l'établissement des taux pour la copie privée requiert une énorme quantité de données d'enquête et de données statistiques, il s'agit essentiellement d'un exercice d'analyse comparative et ce, malgré sa complexité.

Résumé des taux tarifaires homologués (fin 2009)

| Service | SOCAN | SCGDV | CSI | Ratio du droit de communication par rapport au droit de reproduction |
|--|--|--|---|--|
| Radio commerciale | 3,2 % < 1,25 M \$ 4,4 % > 1,25 M \$ Faible utilisation = 1,5 % | 100 \$ < 1,25 M \$ 2,1 % > 1,25 M \$ Faible utilisation = 0,75 % | 0,27 % < 0,625 M \$ 0,53 % : de 0,625 M \$ à 1,25 M \$ 0,80 % > 1,25 M \$ Un taux de faible utilisation s'applique à chaque tranche de revenus | 3,2 pour 1 |
| Services sonores payants numériques (SSPN) | 12,35 % | 5,85 % | Entente confidentielle | S.O. (taux présumé égal à celui de la radio commerciale) |
| Services de radio satellitaire (SRS) | 4,26 % | 1,18 % | de 0,1 à 2,9 % (selon le type de récepteur) ³¹ | Taux égal à celui de la radio commerciale, ajusté étant donné que la majorité des reproductions sont effectuées aux États-Unis |
| Télévision commerciale | 1,9 % et licence générale modifiée | Refus | Plusieurs taux SODRAC en vigueur ³² | S.O. |
| Services de télévision payants et spécialisés | 1,9 % et licence générale modifiée | Refus | Taux SODRAC en vigueur ³³ | S.O. |

31. Le taux CSI est de 0,1 % pour les abonnés dont l'appareil possède les fonctions de base, de 1,87 % pour ceux dont l'appareil possède les fonctions de tampon prolongé et d'écoute différée, et de 2,9 % pour ceux dont l'appareil possède les fonctions de stockage de pistes et de blocs de programmation.

32. Taux SODRAC négociés à partir des taux en vigueur pour la SRC, TVA et TQS.

33. La Commission a homologué le taux SODRAC pour MusiquePlus et MusiMax (0,87 %), ajusté selon l'utilisation du répertoire, à partir des taux en vigueur pour TVA et TQS.

