

Le contournement du droit d'auteur dans l'univers numérique

Quelles solutions économiques ?

Solving piracy Problems in the digital Universe. Which economical Solutions?

Joëlle Farchy



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/questionsdecommunication/7115>

DOI : [10.4000/questionsdecommunication.7115](https://doi.org/10.4000/questionsdecommunication.7115)

ISSN : 2259-8901

Éditeur

Presses universitaires de Lorraine

Édition imprimée

Date de publication : 1 juillet 2004

Pagination : 243-258

ISBN : 978-2-86480-838-1

ISSN : 1633-5961

Référence électronique

Joëlle Farchy, « Le contournement du droit d'auteur dans l'univers numérique », *Questions de communication* [En ligne], 5 | 2004, mis en ligne le 01 juillet 2004, consulté le 29 décembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/7115> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/questionsdecommunication.7115>



Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International
- CC BY-NC-ND 4.0

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

> NOTES DE RECHERCHE

JOËLLE FARCHY

Université Paris 11

Modélisations appliquées, trajectoires institutionnelles,
stratégies socio-économiques

Université Paris 1

farchy@univ-paris1.fr

LE CONTOURNEMENT DU DROIT D'AUTEUR DANS L'UNIVERS NUMÉRIQUE. QUELLES SOLUTIONS ÉCONOMIQUES ?

Résumé. — La multiplication des possibilités de contournement de la propriété intellectuelle dans l'univers numérique a donné lieu à des réponses essentiellement juridiques et techniques : renforcement des droits exclusifs dans les législations internationales et innovations techniques de protection des contenus comme les *Digital Rights Management*. Au-delà de cette double réponse défensive, un examen de la littérature économique autorise à envisager les problèmes de manière moins caricaturale. Des pistes alternatives de financement peuvent être trouvées aussi bien du côté de l'économie marchande que de l'économie publique ou « coopérative ». On peut alors nuancer les effets néfastes des nouvelles pratiques de consommation des œuvres sur l'ensemble de la filière culturelle

Mots clés. — Droits d'auteur, univers numérique, internet, piraterie, *peer to peer*.

La technique numérique met à la disposition du grand public des moyens sophistiqués de duplication des œuvres de qualité, équivalente à celle de l'original, à des prix de plus en plus faibles. Du fait de la fidélité de la copie et de l'absence de limites géographiques à la diffusion des œuvres, le numérique crée une situation infiniment plus risquée que celle connue lors de divers précédents historiques. Ce ne sont plus quelques marginaux décalés mais bien des millions d'individus qui développent de nouvelles pratiques sociales de copies d'œuvres, *a priori* protégées par la propriété intellectuelle. Le marché de la musique reste la figure pionnière et emblématique de ces évolutions. Les attaques répétées des majors de l'industrie du disque, du film et des jeux vidéo – y compris contre de simples particuliers et les décisions de justice – n'ont fait qu'accélérer les solutions P2P sur Internet (*Peer to Peer*, réseau d'égal à égal), conduisant de nombreux utilisateurs à se tourner vers des systèmes d'échanges gratuits de plus en plus ingénieux. Les effets les plus immédiats du copiage sans restriction sont essentiellement de priver les producteurs et les auteurs d'une partie des recettes potentielles tirées de la vente d'originaux. Tout le système de financement de la création culturelle serait alors menacé.

Face à la multiplication des possibilités de contournement de la propriété intellectuelle, les réponses apportées au cours des dernières années ont essentiellement été trouvées du côté du droit et de la technique : renforcement des droits exclusifs dans les législations internationales et innovations techniques de protection des contenus comme les *Digital Rights Management* (DRI, cf. rectangle dans la fig. 1, p. 258). Ce que la technique numérique autorise (le contournement de la propriété intellectuelle), la technique numérique permet aussi de l'éviter. Au-delà de cette stricte réponse juridique-technique, un rapide examen de la littérature économique autorise à envisager les problèmes de manière plus large (cf. l'ensemble du schéma) et moins caricaturale.

D'abord, la bijection supposée parfaite entre auteurs et flux de droits d'auteur semble, dans la réalité, loin d'être clairement établie. En premier lieu, parce que tous les auteurs ne vivent pas, loin de là, de droits. Ainsi, pour des raisons de conventions historiques, nombre de créateurs d'œuvres de l'esprit ne sont-ils pas payés sous forme de droits d'auteur mais de rémunérations salariales ou libérales. La plupart du temps, les collaborateurs – y compris artistiques d'un jeu vidéo – sont sous le régime de la création salariée et ne sont pas titulaires de droits ; de même, les auteurs de films préférant une rémunération forfaitaire sous forme de salaire ou de part producteur, ou des créateurs dont la rémunération principale est dérivée d'une autre activité intellectuelle (enseignants, chercheurs), ne vivent pas de leurs éventuels droits d'auteur. En second lieu, si tous ne vivent pas du droit d'auteur, à l'inverse, tous les flux de ce droit ne profitent pas directement aux auteurs. Et pour une raison simple, la loi française, révisée en 1985, a tenté de mieux prendre en compte les évolutions économiques, se rapprochant ainsi du système du *copyright*, en faisant de certains auxiliaires de la création (producteurs, artistes interprètes...) des titulaires de droits voisins du droit d'auteur. Depuis quelques années, se sont surtout développés des phénomènes que V. L. Bénabou (2003) rassemble sous le

vocabulaire de « mutualisation du droit d'auteur ». L'approche individualiste de la protection s'apparente à une image d'Épinal du droit d'auteur, centrée sur la personne du créateur, qui ne reflète que très imparfaitement sa réalité. D'un côté, en amont, la répartition de la charge du droit d'auteur a lieu sur des personnes étrangères à tout acte d'exploitation ou d'utilisation des œuvres. L'illustration la plus probante est celle de la copie privée. Introduit en 1985, ce mécanisme conduit à faire supporter la redevance sur les supports d'enregistrement vierges « non dédiés » à des personnes qui peuvent utiliser ces supports vierges de multiples façons, du simple fait d'une « présomption d'utilisation » d'œuvres protégées. D'un autre côté, en aval, les produits du droit d'auteur sont redistribués à des personnes qui ne sont pas nécessairement les créateurs de l'œuvre source du droit. Certains « produits » des droits d'auteur sont réaffectés à des actions de promotion culturelle qui dépassent la simple gratification de l'auteur et qui participent d'un mouvement de stimulation de la création dans une perspective de solidarité générale.

Selon la littérature économique, l'amélioration de la situation des auteurs et producteurs ne passe pas forcément par le renforcement de la propriété intellectuelle. L'idée de former des clubs de contributeurs volontaires qui participent contractuellement au financement d'un bien culturel comme pour d'autres biens collectifs, en cas d'abolition du *copyright* a déjà été envisagée positivement par S. Breyer dans son article fondateur de 1970. Avec le développement du numérique, cette approche a connu un regain d'intérêt (Kelsey, Schneier, 1999 ; Harrison, 2002). Plus généralement, tout un courant de la littérature économique – dont on ne discutera pas la pertinence ici – affirme qu'un monde de contrats pourrait s'imposer et remplacer à terme la réglementation de la propriété intellectuelle dans l'univers numérique (Dam, 1999 ; Friedman, 2000). L'effectivité de ces arrangements serait assurée par des technologies de protection de contenus (type DRM) qui n'auraient plus pour but de renforcer la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle mais d'assurer la protection des investissements des producteurs (en proposant par exemple des micro-paiements peu onéreux aux utilisateurs). Grâce aux technologies de l'information et de la communication (TIC) – qui, par ailleurs, favorisent la piraterie – de nouvelles formes d'exclusion des consommateurs seraient donc possibles qui sont autant d'alternatives contractuelles marchandes aux règles de la propriété intellectuelle.

Enfin, et ce sera l'objet central du présent article, la nécessité d'adopter une attitude purement défensive de renforcement des droits exclusifs apparaît moins vive pour peu que l'on nuance les effets néfastes des nouvelles pratiques de consommation des œuvres sur l'ensemble de la filière culturelle. Des pistes alternatives peuvent être trouvées, aussi bien du côté de l'économie marchande que de l'économie publique ou « coopérative ».

Les solutions marchandes

Les études de la *Recording Industry Association of America* (RIAA) ou d'autres syndicats évaluant l'influence du piratage sur les mauvais résultats de l'industrie phonographique mondiale reposent sur des méthodologies parfois contestables visant à surévaluer les pertes dans une perspective de lobbying auprès des autorités politiques et juridiques. Certes, on constate aux États-Unis comme en Allemagne, au Royaume-Uni ou plus récemment en France, une forte corrélation temporelle entre la baisse des ventes de CD et le taux de pénétration du haut débit dans la population ou la vente de CD vierges (quatre fois plus que de CD enregistrés en France en 2003). Mais, outre le fait que la baisse des ventes de disques s'explique par bien d'autres facteurs que le piratage (prix élevés, baisse des nouveaux enregistrements mis sur le marché depuis 2000 pour se concentrer sur la réédition d'œuvres déjà amorties, fin de cycle de vie d'un produit, le CD lancé au début des années 80 pour relancer le marché...), l'estimation du manque à gagner doit faire des hypothèses arbitraires sur la part des copies illicites qui auraient pu être achetées. La réalité des pertes mérite donc d'être nuancée. Dans bien des cas historiques (photocopies, vidéo, musique à la radio) le partage a même augmenté les profits des titulaires de *copyright*. Si le partage d'œuvres protégées par le *copyright* a bien des effets négatifs sur la vente d'originaux, il a dans la littérature économique des effets théoriques multiples et largement indéterminés sur le profit des firmes (Meurer, 2003). Il existe en effet des manières indirectes de compenser les pertes ou de profiter des changements de pratiques des consommateurs pour développer de nouveaux marchés.

Compenser les pertes liées aux copies d'œuvres protégées : méthodes d'appropriabilité indirectes

Le débat sur les effets de copies non autorisées sur le bien être social est ancien. Dès 1985, S. Liebowitz distinguait « appropriabilité » directe et indirecte, l'appropriabilité étant la capacité d'un détenteur de droits à récupérer directement ou indirectement la valeur des utilisations faites de l'œuvre sur lesquelles portent ses droits. L'appropriabilité est directe lorsque le détenteur des droits parvient à faire payer l'utilisateur ; elle se fonde sur le régime légal de la propriété intellectuelle ou sur des techniques d'exclusion. Elle est indirecte lorsque le producteur réussit à obtenir un montant proportionnel à la valeur des exploitations faites de son œuvre sans en exclure juridiquement ou technologiquement l'accès aux utilisateurs. Parce que les technologies numériques favorisent la violation des droits d'auteur, l'appropriabilité directe classique auprès des utilisateurs est rendue beaucoup plus difficile.

La vente de biens et services complémentaires apparaît comme le mécanisme d'appropriabilité indirecte le plus courant pour compenser ce type de pertes. Lorsque l'utilisation d'œuvres facilement reproductibles est associée à des biens ou

des services strictement complémentaires, le consommateur ne retire aucune utilité de la consommation du bien seul. Le producteur peut alors espérer récupérer la valeur des copies non autorisées, en produisant également le bien complémentaire (et en fixant son prix de telle sorte que ses recettes totales couvrent les pertes dues aux copies), ou en passant un accord avec le producteur du bien ou du service complémentaire. Une firme produisant des logiciels et des ordinateurs est incitée à augmenter le prix de ses ordinateurs tout en diminuant celui de ses logiciels et la perte sociale due à leur sous-utilisation. Ce type d'approche suppose que les éditeurs de logiciels soient aussi producteurs d'ordinateurs, ce qui est loin d'être vérifié actuellement. Dans des industries culturelles, les méthodes d'appropriation indirectes par complémentarité sont limitées, sauf dans le cas d'intégration verticale entre les majors du disque et les fabricants de matériels, nécessaires à la réalisation de copies (Sony par exemple).

Les effets de réseaux sont une autre manière de minimiser les pertes des producteurs en cas de copies. Par le biais des externalités de réseaux créées par les copies, celles-ci peuvent avoir des répercussions en termes de diffusion des produits et des effets positifs sur les titulaires de *copyright* (Conner; Rumeur, 1991 ; Takamatsu, 1994 ; Si, Tisse, 1999). Prenant l'exemple des logiciels, L. Takamatsu (1994) montre que si les copies cédées à prix nul ne génèrent pas de revenus à court terme, elles contribuent à ancrer les habitudes de consommation et à diffuser le produit. En l'absence de droit d'auteur, les profits peuvent augmenter avec la taille du réseau, au-delà du niveau qu'ils auraient atteint sans copiage. Dans le cas des logiciels, la concurrence est assimilée à une guerre de standards ; pour un éditeur débutant son activité, la copie privée est un moyen de créer d'importantes bases installées d'utilisateurs. Lorsque le logiciel s'est imposé, l'éditeur peut espérer tirer des profits sur le moyen terme, grâce aux réactualisations et aux services de maintenance fournis aux clients. Le copiage non autorisé de jeux vidéo et de logiciels utilitaires permet à certains de s'imposer et donne lieu à des effets de réseaux importants. Dans les industries culturelles, on retrouve en partie les effets de réseau promotionnels de la copie ou du partage. Historiquement, on peut citer l'exemple de l'industrie musicale, d'abord très inquiète de l'apparition du transistor qui va, dès la fin des années 30, changer de point de vue et considérer la radio comme un des moyens les plus efficaces d'assurer la promotion des artistes et favoriser la vente de disques. Les études tentant de mesurer l'influence des logiciels P2P sur la consommation de disques parviennent à des conclusions souvent contradictoires qui ne vont pas toujours dans le sens des pertes attendues. Les logiciels P2P et la gravure peuvent avoir un effet positif sur la vente de disques par des effets d'addiction sur la consommation de musique en général, mais aussi parce qu'ils ont une fonction de découverte. Tous les artistes ne semblent pas touchés de la même manière par le piratage. Lorsqu'un internaute télécharge des titres d'une superstar comme Paul Mac Carey, il le fait sans doute moins pour découvrir l'artiste que pour éviter les coûts d'achat. Un groupe de musique connu n'a pas besoin de créer une base de « fans », mais de s'approprier des revenus à court terme pour chaque œuvre produite. Pour les artistes peu connus, l'effet promotion peut au contraire jouer de manière beaucoup plus positive.

L'ouverture de nouveaux marchés

Comme les réseaux P2P aujourd'hui, l'invention de la cassette audio puis vidéo ont, elles aussi, été très mal accueillies par l'industrie du disque et celle du cinéma qui craignaient la multiplication des copies non payantes. En 1982, devant le Congrès américain, J. Valentin, président de la puissante MPAA, lançait un avertissement solennel face aux dangers du magnétoscope et de la cassette vidéo : ce duo « est aux producteurs américains... ce que l'étrangleur de Boston est aux femmes seules à la maison ». En dépit de cette opposition farouche, les *majors* hollywoodiens tirent aujourd'hui l'essentiel de leur chiffre d'affaires de la vente de vidéos. Après avoir tenté d'ignorer la réalité du P2P, et à nouveau trop occupées à tenter de verrouiller l'accès aux œuvres, les *majors* ont cherché à se réapproprier le marché en ligne. Vivendi-Universal et Sony (50 % du marché du disque à eux deux) ont créé, en février 2001, une filiale commune, PressPlay, afin d'offrir sur l'internet les dizaines de milliers de titres des catalogues des deux *majors*. Quelques mois plus tard, Bertelsmann s'alliait avec AOL-Time Warner, EMI et le prestataire technique Realnetworks pour créer Musicnet, société commune d'écoute de musique en ligne par abonnement. Dans le domaine du cinéma, en août 2001, la MGM, Paramount, Sony, Universal et Warner ont annoncé la création d'un site commun – le projet baptisé MovieLink concrétise la réalisation d'une *joint venture* entre les *majors* – afin de distribuer à la carte certains films de leurs catalogues aux foyers américains connectés à l'internet haut débit.

Cependant, les expériences des *majors* visant à faire payer au consommateur par abonnement des contenus, mis jusque-là gratuitement à sa disposition, peinent à toucher le grand public et se sont révélées des échecs notoires. En effet, les réactions semblent un peu tardives pour concurrencer les sites gratuits. Le succès du P2P s'explique par son faible coût, mais aussi par la diversité de l'offre ; on trouve sur Kazaa quasiment l'ensemble des catalogues, y compris des œuvres non disponibles dans le commerce. Malgré les difficultés, divers éléments pourraient jouer en faveur du développement d'une offre légale payante, enjeu d'autant plus crucial pour les *majors* que les marges sur les titres téléchargés sont plus fortes que celles de la distribution classique en raison du coût nul de la distribution et de l'absence de frais de stockage. Le nouveau venu dans le secteur Apple, qui vient de lancer *iTunes Music Store*, semble avoir intégré divers éléments positifs. Ce site, accessible pour l'heure uniquement aux internautes américains utilisateurs de Macintosh – qui devrait se généraliser en Europe en 2004 – s'est vu accorder de forts rabais (jusqu'à 40 %, les albums sont disponibles pour 10 euros, les chansons pour 1 euro). Outre des tarifs attractifs négociés avec l'ensemble des grands labels et une myriade d'indépendants (500 000 titres disponibles en 2003), la souplesse d'utilisation et les divers services proposés expliquent sans doute le succès du concept même si les investissements ne sont pas encore rentabilisés.

Compte tenu de la concurrence de propositions gratuites, l'internaute n'accepte de payer que pour des services ou des biens à forte valeur ajoutée. Pour transformer les utilisateurs en consommateurs payants, le marché peut être

segmenté : une version bas de gamme est offerte mais limitée en quantité, en qualité, ou en possibilité, tandis que des produits de premier choix sont proposés à des prix plus élevés. Ainsi, en 2003, MC Solaar a-t-il distribué gratuitement 300 000 extraits de titres pouvant être écoutés un certain nombre de fois jusqu'au 1^{er} décembre, date de sortie de l'album complet. Afin d'accroître l'effet promotion, ces extraits pouvaient être envoyés par mail à l'infini. Des solutions mixtes alliant paiement et gratuité sont sans doute amenées à se développer ; de même que la possibilité de connexions gratuites à l'internet n'empêche pas de nombreux utilisateurs de payer pour un accès haut débit, ou que l'existence de chaînes de télévision publiques ne décourage pas les abonnements aux bouquets du câble ou du satellite.

Le développement de nouveaux marchés ne fait guère de doute. Le marché des DVD musicaux (qui associent l'image et le bonus au son traditionnel) séduit de plus en plus de consommateurs lassés des CD classiques. Sur l'internet, la consommation supposée gratuite de biens culturels est un leurre puisque, contrairement aux apparences, les dépenses des consommateurs sont déjà importantes. Une étude du *Royal Institute of Technology*, réalisée en 2003 par les chercheurs suédois J. Landegren et P. Liu, estime à 11 milliards de dollars les sommes dépensées par les internautes pour télécharger illégalement de la musique sur l'internet (abonnement, coût du temps de connexion, achat d'équipement...), somme bien supérieure aux 3,8 milliards de dollars de bénéfices réalisés par l'industrie du disque. Le véritable problème n'est donc pas tant celui de la création d'un marché que celui du transfert au sein de la chaîne de valeur entre des industries de contenus et des firmes, souvent étrangères au monde de la culture et de la communication, qui utilisent les contenus comme produits d'appel pour vendre du matériel informatique, des appareils de lecture ou encore des abonnements à l'internet haut débit. Pour faciliter ces transferts, O. Bomsel (2003) propose de segmenter le marché de l'accès Internet en imposant aux fournisseurs une tarification dissuasive pour le trafic montant (*upload*), susceptible de contenir des fichiers protégés par la propriété intellectuelle (PI) ; ainsi tout utilisateur de P2P serait-il facturé au *pro rata* des fichiers téléchargés.

Les solutions publiques

L'analyse économique apporte plusieurs réponses publiques aux problèmes de sous-production qui découlent des caractéristiques des œuvres de l'esprit. P. David (1993) en envisage trois : l'allocation de droits de propriété intellectuelle, bien sûr, mais aussi la production directe par l'État et la subvention. Parfaitement acceptée dans de nombreux pays pour la recherche scientifique, la production directe par l'État l'est beaucoup moins pour la production culturelle. Plus courante, la subvention n'a pas bonne presse non plus. Financée sur le budget général, elle engendre de nombreuses rentes de situation. Outre les conséquences en termes

d'impôts et de distorsions de certains marchés, elle comporte, comme la production directe par l'État, des risques d'académisme d'une production culturelle soumise au fait du prince. Inapplicable à l'ensemble des contenus protégés, la subvention peut cependant, pour les détenteurs de droits les plus fragilisés, être une solution efficace afin de compenser les pertes subies. Bien que les petits producteurs de contenus ne soient pas les plus copiés si l'on examine la taille globale du marché de la copie, ils peuvent néanmoins se retrouver extrêmement fragilisés par des actes de copiage contre lesquels ils n'ont aucun moyen de se prémunir. Si l'on reste dans le cadre de la propriété intellectuelle, il est de plus en plus fréquent, de prendre appui sur ce cadre pour développer des formes de redistribution publiques plus complexes.

Le domaine public payant

L'hypothèse d'un domaine public payant au profit des auteurs vivants a été défendue en 1878 lors d'un discours d'ouverture du Congrès international de littérature par V. Hugo. Toutes les œuvres qui n'ont plus d'héritiers directs tomberaient dans le domaine public payant dont le produit servirait à financer les jeunes auteurs. Objet de débats récurrents jusqu'à aujourd'hui, les régimes juridiques instituant un domaine public payant sont restés géographiquement et historiquement très limités (Chantepie, 2003). En France, le domaine public payant n'a connu qu'une reconnaissance marginale portant sur certaines œuvres étrangères. Ce système semble pourtant séduisant ; d'un côté, il est favorable aux auteurs pour qui il représente une ressource plus stable que des subventions publiques ou du mécénat, et il peut constituer une alternative à l'allongement de la durée des droits si souvent revendiquée ; d'un autre côté, alors qu'en théorie l'extinction des droits de la propriété intellectuelle (DPI) conduit à l'accès libre et gratuit aux œuvres, dans la réalité, l'exploitation du domaine public n'a pas d'incidences fortes sur le prix d'un livre ou d'un disque pour le consommateur final notamment en raison de la persistance de coûts de distribution importants ; l'effet de l'institution du domaine public payant serait donc relativement neutre pour le consommateur. Si la France n'a jamais souhaité consacrer effectivement le partage et la redistribution des droits perçus au titre d'une exploitation d'une œuvre tombée dans le domaine public, au profit de jeunes créateurs, d'autres formes de redistribution et de compensation ont connu de plus vifs succès.

Des mécanismes de compensation des pertes liées aux copies

Sur le plan des principes, la rémunération sous forme de droit d'auteur comporte deux particularités majeures. D'un côté, il s'agit d'un droit exclusif d'autoriser l'exploitation ou non d'une œuvre, et non d'un simple droit à rémunération ; de l'autre, la rémunération doit être proportionnelle aux recettes – et non forfaitaire –, contrairement à la plupart des pratiques de anglo-saxons. Les pratiques actuelles ont

déjà fortement atténué ces principes. Différents modes de gestion des droits peuvent être distingués qui s'éloignent parfois des principes originels. À la gestion individuelle (directement prise en charge par l'auteur, ce qui est exceptionnel, ou plus couramment par un partenaire, éditeur ou producteur à qui l'auteur cède la gestion de ses droits), s'oppose la gestion collective volontaire dans laquelle l'auteur cède ses droits à des sociétés de gestion collective chargées de négocier pour son compte les conditions d'utilisation des œuvres. Enfin, troisième possibilité, depuis plusieurs années, on observe une émergence de licences non volontaires, forme particulière de mise en œuvre des droits d'auteur qui, dans la réalité, n'en partagent que peu de points communs. Les titulaires se voient contraints de céder leurs droits en contrepartie d'une rémunération forfaitaire versée par l'utilisateur et qui peut être fixée par la loi (on parle alors de licence légale) ou par voie contractuelle (licence obligatoire). La rémunération n'est donc plus proportionnelle aux recettes et le droit exclusif du titulaire remis en cause. En France, le Code de la propriété intellectuelle ne reconnaît qu'une forme de licence légale, celle applicable à la communication publique des phonogrammes prévue pour les droits voisins. En effet, certaines utilisations commerciales de phonogrammes échappent à titre dérogatoire à l'autorisation de leurs producteurs et artistes interprètes – rappelons que les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes sont, au même titre que les entreprises de communication audiovisuelle et les producteurs de bases de données, titulaires depuis 1985 de droits voisins – en cas de communication directe dans un lieu public ou de radiodiffusion. Les stations de radio n'ont pas à obtenir systématiquement l'accord de tous les ayants droit pour diffuser de multiples morceaux de musique ; elles négocient forfaitairement, les sociétés de gestion collective se chargeant par la suite de répartir les sommes récoltées.

Divers autres mécanismes ont été imaginés par la législation afin de compenser les pertes liées aux copies qui sont autant d'atténuation du droit exclusif. Dans la musique et l'audiovisuel, la réglementation appliquée a consisté, dans la quasi-totalité des pays européens, à autoriser la copie privée (au titre d'exception au droit d'auteur) en échange d'une compensation versée aux détenteurs de droits qui subissent un manque à gagner. En France, la loi du 3 juillet 1985 a institué les modalités de perception d'une rémunération sur les supports vierges, d'abord limitée alors aux cassettes audio et vidéo analogiques, puis étendue à l'univers numérique. La redevance pour copie privée consiste à prélever une somme sur le prix des supports vierges et à en redistribuer le produit aux titulaires de droits.

Quelles solutions dans l'univers numérique ?

Pour les économistes, la licence non volontaire – au sens large – peut être envisagée soit comme une véritable alternative au *copyright*, notamment dans l'univers numérique (Ku, 2002 ; Nadel, 2002) soit comme un complément au *copyright* afin – notamment – de compenser les pertes liées aux copies non autorisées (Netanel, 2002).

La licence non volontaire présente de nombreux inconvénients. D'abord, une fois perçue, elle doit être répartie par des sociétés de gestion collective entre les auteurs, les artistes interprètes et les producteurs, avec toutes les difficultés que cela suppose. Elle favorise donc la croissance des sommes irépartissables dont l'affection est source de conflits et de stratégies d'appropriation de la part des groupes influents d'ayants droit. Elle conduit à des distorsions de marché ; dans le cas de la copie privée, elle pénalise l'industrie des supports vierges alors que l'utilisation de ces biens correspond souvent à des usages autres que la reproduction de contenus protégés qui ne nuisent pas à la vente d'originaux (compilation, reproduction d'enregistrements rares, stockage de données personnelles ou d'œuvres tombées dans le domaine public) ; de même, une éventuelle taxe sur le trafic Internet haut débit créerait une distorsion de marché en faveur du bas débit. De plus, comme le souligne S. Liebowitz (2003), elle pose de nombreux problèmes d'application pratique : si l'on veut taxer un marché de produits auxiliaires, lequel choisir ? Celui des appareils, celui des supports vierges, celui des abonnements Internet ? Quel taux de taxe envisager ? Comment faire évoluer ce taux au cours des années alors que des expériences concrètes montrent qu'il peut, une fois fixé, ne pas varier pendant des décennies et ne pas être suffisant pour financer le coût fixe des productions ?

Le principal argument économique en faveur de la licence non volontaire s'exprime en termes de coûts de transaction. Le maintien de droits exclusifs à travers la gestion privée marchande, ou la gestion collective volontaire, devenant impossible compte tenu du niveau prohibitif des coûts de transaction, la compensation des ayants droit sera plus efficace par le recours aux licences non volontaires. Outre cet argument classique, T. Gallagher (2002) développe une analyse plus originale de l'intérêt des licences non volontaires dans une perspective d'incitation économique. Lorsque les titulaires possèdent un fort pouvoir de marché ou que l'on constate un allongement de la durée des droits, l'exercice du *copyright* se fait de manière trop forte en faveur des titulaires de droits sans jouer son rôle traditionnel d'incitation à la création ou à la production. La licence non volontaire peut alors être un moyen de combattre ces abus et de rétablir un certain équilibre entre les parties.

La question de savoir si le système de licences tel qu'il existe dans la radio, la diffusion de musique enregistrée dans les lieux publics, et parfois la télévision, ou toute autre forme d'atténuation des droits exclusifs, doivent être étendus à l'internet, suscite de violents débats. Nombre de représentants d'auteurs et de producteurs y sont hostiles. Le Groupement européen des sociétés d'auteurs et de compositeurs (Gesac), qui fédère les sociétés d'auteur européennes, affirme rester attachée à la reconnaissance aux auteurs d'un droit exclusif d'autoriser l'utilisation de leurs œuvres et de négocier librement la rémunération qui est la contrepartie de leur autorisation et, logiquement, soutenir de façon générale la suppression des licences non volontaires. Les *majors* du disque et leurs représentants, comme le Syndicat national des éditeurs phonographiques (Snep), ont clairement affirmé leur vive hostilité à la licence non volontaire sur l'internet au

profit du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire. Les représentants des artistes interprètes semblent beaucoup plus ouverts à cette solution qui leur apporterait sans doute une répartition des revenus plus avantageuse que les actuels contrats négociés avec les majors. Il est vrai que l'application de licences non volontaires s'avère plus compliquée dans l'univers numérique que dans le monde analogique. Elles ne peuvent fonctionner que si les utilisateurs et les ayants droit sont identifiables à un coût limité. Les réseaux P2P transportent à la fois des films, de la vidéo, des jeux, de la musique... ce qui suppose de convaincre l'ensemble des acteurs de l'opportunité de cette solution et de trouver de bonnes clés de répartition.

Dans certains cas, de telles licences peuvent cependant devenir le seul moyen d'obtenir au moins une forme de compensation financière. L. Lessig affirme que si un régime de licences obligatoires avait été créé en 1999, une part des échanges P2P donnerait lieu à des revenus pour les auteurs et producteurs de contenus¹ et aurait permis un développement important du marché de la musique en ligne. De nombreux auteurs ont évoqué la possibilité de transférer les sommes perçues par les fournisseurs d'accès. Ces derniers² ainsi que les opérateurs de télécommunications, ou les industries fabriquant des équipements, profitent largement du téléchargement illicite de musique et de vidéo qui leur permet d'accroître le trafic, d'attirer de nouveaux abonnés au haut débit ou de vendre du matériel informatique. Ces transferts peuvent prendre la forme de mécanismes directs de prélèvements auprès des utilisateurs de haut débit (voir *supra*, l'ouverture des marchés) ou de taxations forfaitaires assimilables à de la licence non volontaire.

Les solutions coopératives

À la perte du droit exclusif, imposé par la puissance publique et compensée par divers mécanismes financiers, peuvent être opposées les pertes de droits exclusifs volontaires, librement consenties par les auteurs. Inspiré d'une philosophie plus générale du partage, le mouvement du « libre » revendique aujourd'hui la possibilité de mettre une œuvre à disposition d'une collectivité de créateurs-utilisateurs afin qu'elle soit réutilisée, exploitée, décrite, modifiée, améliorée, rediffusée. La « perte » du droit exclusif est volontaire et peut n'être que temporaire, mais elle permet à un ensemble de créateurs de réaliser des œuvres « communes », sans que chacun d'entre eux ait à supporter une charge financière pour la reprise d'éléments protégés.

¹ Lessig, « End the war on sharing », *Financial Times*, 19/06/02.

² Le succès des réseaux P2P pose cependant un certain nombre de problèmes techniques aux fournisseurs d'accès en raison de la surconsommation de bande passante provoquée et du fait que leurs réseaux n'ont pas été prévus pour véhiculer de telles quantités d'informations.

C'est avec l'explosion de l'industrie des logiciels que, dans les années 60, le mouvement du libre prend naissance en opposition aux logiciels propriétaires conçus par les grandes entreprises informatiques. L'internet en accélèrera l'essor: Un logiciel libre se caractérise par le fait que tout utilisateur ayant librement accès au code source peut le modifier, l'enrichir et le redistribuer de façon, à ce que tous puissent bénéficier du travail de chacun. Le concepteur d'un programme libre peut être rémunéré ou non pour son travail, ce qui importe est qu'il respecte le fait de livrer les codes sources et qu'il ne s'oppose pas à la libre diffusion ou modification de son travail par autrui. À l'inverse du libre, des logiciels gratuits peuvent ne pas être libres, l'utilisateur n'ayant pas accès aux codes sources. Pour rémunérer les informaticiens qui ne sont pas financés par une université, R. Stallman crée, en 1985, la *Free Software Foundation* qui récolte des fonds et concevra la *General Public Licence* (GPL), cadre juridique dans lequel la diffusion des logiciels libres doit se réaliser. Cette licence inaugure le principe du *copyleft*, garantie que les libertés permises par le créateur seront respectées par l'ensemble des utilisateurs et que personne ne transformera le logiciel en système propriétaire. Pour qu'un logiciel reste libre, il ne suffit donc pas de le placer d'emblée dans le domaine public, mais encore de veiller au bon respect de ces libertés afin que personne ne puisse s'approprier une œuvre que son créateur a voulu libre. Le droit d'auteur reste la base juridique sur laquelle s'appuient les modèles de *copyleft*, mais il s'agit de le reformuler afin, non de restreindre l'accès du public, mais au contraire de le favoriser:

La licence GPL n'est pas, *a priori*, restreinte aux logiciels. Pour des mouvements comme *copyleft attitude*, ce modèle serait transposable aux œuvres littéraires et artistiques relevant d'un processus de création collective et diffusées sur les réseaux numériques. En France, des collectifs d'artistes ont mis au point, en 2000, la Licence Art libre pour des œuvres de type non logicielles afin d'inviter les artistes à s'inscrire dans un modèle juridique de protection alternatif et de promouvoir le *copyleft* dans le domaine de la création contemporaine. Ici, la question n'est plus de fournir le code source de l'outil informatique, mais de favoriser la diffusion et le partage des œuvres artistiques. Cette philosophie du partage s'appuie sur le fait que toute l'histoire artistique est faite d'empreints et de reprises. Le mot auteur tire son origine du latin *augere* (augmenter) qui témoigne de la volonté d'inscrire son travail (que le terme anglais *works* identifie plus clairement que celui d'œuvre) dans une trame collective. Le travail de création qui s'inspire de l'influence des travaux précédents ne pourrait être assimilé à de la piraterie. Chacun est libre de reprendre les idées et le travail des autres pour avancer dans son propre cheminement artistique. Le caractère cumulatif du processus de création artistique était déjà mis en avant au XIX^e siècle par P. J. Proudhon (voir Sagot-Duvaurox, 2002) pour justifier son opposition à un droit de propriété des auteurs sur leurs œuvres. L'écrivain puise gratuitement dans le fonds public des idées et, grâce à son travail, réalise une production. Avec la publication d'un ouvrage et sa vente, l'auteur perd la propriété de son œuvre qui appartient désormais à celui qui l'a acquis. Lorsque l'auteur, qui a lui-même puisé dans le fonds des idées, décide de rendre publique son œuvre, celle-ci entre automatiquement dans le domaine public.

Il est vrai que des formes « auctoriales » intermédiaires entre création classique et réception se développent dans le monde numérique. Le membre d'une communauté peut être à la fois utilisateur (téléchargeant un extrait musical) et fournisseur (enregistrant ses contenus dans la banque de données et les proposant contre paiement ou gratuitement). Des ajouts et des modifications sont effectués par l'auteur, ou par des tiers, qui font qu'une œuvre est virtuellement non finie. Chaque contenu se crée ainsi en modifiant des contenus antérieurs, et il est lui-même modifié. L'œuvre devient processus permanent de création et ses frontières se diluent. La vision romantique de la création, payée à l'acte avec un auteur individualisable, sur laquelle s'appuient les principes originels du droit d'auteur, n'est déjà plus en phase avec la réalité de sa mise en œuvre ; *a fortiori* sur l'internet, les nouvelles utilisations créatrices des œuvres numérisées s'avèrent très déstabilisantes parce que l'apparition d'un contenu électronique, échangeable et transformable à volonté, bouleverse notre conception traditionnelle de l'œuvre et de son auteur. Des créations collectives spécifiques à l'internet vont sans doute se développer grâce aux apports et à l'interaction des utilisateurs/créateurs successifs. De plus, comme l'expliquent G. Dang et T. Pénard (2003), le contexte institutionnel dans lequel est né l'internet ne suffit pas à expliquer le poids actuel des services non marchands et la vitalité des comportements coopératifs sur le modèle des logiciels libres. La structure même de l'économie d'internet qui favorise la réversibilité des rôles et l'absence de séparation claire entre clients et producteurs de services facilite la permanence de ces comportements coopératifs.

Mais, si l'on s'intéresse aux rémunérations des créateurs, il semble que le système des logiciels libres et la culture des *hackers* repose en grande partie sur un modèle économique peu transposable puisque largement fondé sur la réputation et le prestige qu'acquiert des informaticiens auprès de leurs pairs, leur permettant, par la suite, d'accéder à de hauts niveaux de rémunération sur un marché du travail plus traditionnel. D'autres formes de rémunération pour les œuvres culturelles restent alors à inventer lorsqu'il s'agit d'une véritable activité professionnelle. C'est dans cette perspective que des partisans du logiciel libre (Samudrala, 2000) suggèrent de généraliser les pratiques de dons lors du téléchargement de morceaux de musique, instaurant une pratique sociale sans obligation à l'instar de secteurs où le pourboire tient une place non négligeable.

Conclusion

La logique de partage consenti par les auteurs, où les rôles respectifs des créateurs et des utilisateurs se confondent largement, doit être clairement distinguée du partage de produits finaux par de simples utilisateurs (Meurer, 2003). Si l'on se réfère à la distinction classique de K. Polanyi entre les trois types d'économie, le marché, la redistribution publique et la réciprocité, il apparaît que les réseaux P2P de type *Kazaa*, dans lesquels des biens produits en économie de marché sont transférés dans le monde du don sans l'accord de leurs créateurs, s'inscrivent dans une logique radicalement opposée au modèle de l'économie non marchande du libre fondé sur le consentement de l'auteur. Si le logiciel de *Kazaa* est distribué gratuitement aux internautes – qui peuvent n'être qu'utilisateurs et non obligatoirement fournisseurs de contenu – il s'agit, pour les actionnaires de la firme, de constituer un modèle économique rentable, à travers la mise en place de bannières publicitaires ou la vente de produits et services annexes. En 2003, *Kazaa* a tiré une grande partie de ses revenus (138 M d'euros) de la vente de fichiers d'internautes à des entreprises qui pratiquent le *spamming* (envoi massif de publicités indésirables). Dans ce cas, la logique de « partage » des œuvres ne peut trouver de solutions de financement dans l'univers de la coopération mais plutôt dans l'univers marchand ou dans celui de la redistribution publique.

Ainsi les modes de valorisation des œuvres seront-ils sans doute amenés à se différencier en tenant compte dans chaque situation de la capacité d'appropriation des revenus par les auteurs et producteurs, le droit d'auteur exclusif n'étant qu'une des formes de rémunération possibles, bien adaptée à certains cas, beaucoup moins à d'autres. Curieusement ces pistes alternatives sont peu présentes dans le débat public. Or, s'arc-bouter sur une solution unique – le renforcement des droits exclusifs et les techniques répressives de contrôle – n'est pas forcément le meilleur moyen de préserver la création culturelle.

Références

- Bénabou V. L., 2003, *Mutualisation et droit d'auteur*, Cerdi, Paris 11, document de travail.
- Bomsel O., 2003, *Les enjeux économiques de la distribution des contenus*, Centre d'économie industrielle de l'École nationale supérieure des mines de Paris.
- Breyer S., 1970, « The uneasy case for copyright : a study of copyright in books, photocopies and computer programs », *Harvard Law Review*, 84, pp. 281-351.
- Chantepie P., 2003, *État des lieux des analyses relatives à l'allongement de la durée de protection des droits voisins*, rapport de l'inspection générale de l'administration des affaires culturelles pour le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.
- Conner K., Rumelt R., 1991, « Software piracy : an analysis of protection strategies », *Management Science*, 37(2), pp. 125-139.

Le contournement du droit d'auteur dans l'univers numérique

- Dam K.W., 1999, « Self, help in the digital jungle », *Journal of Legal Studies*, vol. 28, 2, pp. 393-412.
- Dand-Nguyen G., Pénard T., 2003, *Économie de l'internet : vers de nouvelles formes de coopération*, université d'été Carry le Rouet, GDR TIC et société, document de travail.
- David P., 1993, « Le compromis du système d'organisation de la production intellectuelle », *Réseaux*, 88-89, 1998, pp. 19-61.
- Friedman D., 2000, « A world of strong piracy : promises and perils of encryption », *Social philosophy and policy*, vol. 17, 2, pp. 186-212.
- Gallagher T., 2002, « Copyright compulsory licensing and incentives », in : R. Towse, ed., *Copyright in the cultural industries*, Edward Elgar, UK, Cheltenham, [<http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0201.pdf>].
- Harrison J. L., 2002, « Online Music : Antitrust and Copyright Perspectives », *The Antitrust Bulletin*, Summer-Fall, pp. 465-489.
- Kelsey J., Schneier B., 1999, « The street performer protocol and digital copyright », *First monday*, 4, [http://www.firstmonday.dk/issues/issue4_6/kelsey/index.html].
- Ku R., 2002, « The creative destruction of copyright : Napster and the new economics of digital technology », *University of Chicago Law Review*, 69, pp. 263-324.
- Lessig L., 2002, *The future of ideas*, New York, Vintage books.
- Liebowitz S., 1985, « Copying and indirect appropriability : photocopying of journals », *Journal of political economy*, 93(5), pp. 945-957.
- 2003, « Alternative copyright systems : the problems with a compulsory license », *Society for economic researches on copyright issues annual conference*, Northampton, june, www.serci.org
- Meurer M., 2003, « Too many markets or too few ? Copyright policy toward shared works », *Society for economic researches on copyright issues annual conference*, Northampton, june, www.serci.org
- Nadel M. S., 2002, *Questioning the economic justification for copyright law's prohibition against unauthorized copying*, Draft, www.serci.org
- Netanel N., 2002, « Impose a non commercial use levy to allow free P2P file swapping and remixing », *Harvard Journal of law and technology*, working paper, nov., free P2P file sharing.
- Sagot Duvauroux D., 2002, *La propriété intellectuelle c'est le vol. Pierre Joseph Proudhon, les majorats littéraires*, Dijon, Éd. Les presses du réel.
- Samudrala R., 2000, « Philosophie de la musique libre », pp. 463-478, in : Blondeau O., Latrive F., dirs, 2000, *Libres enfants du savoir numérique*, Paris, Éd. de L'éclat.
- Shy O., Thise J. F., 1999, « A strategic approach to software protection », *Journal of economics and management strategy*, 8(2), pp. 163-190.
- Takeyama L., 1994, « The welfare implications of unauthorized reproduction of intellectual property in presence of demand network externalities », *Journal of industrial economics*, 42(2), pp. 155-166.

Figure 1 : Comment financer les œuvres culturelles ?

