

# Plaidoyer pour adapter le droit d'auteur à l'économie numérique

L'équilibre entre incitation et diffusion instauré par la distribution de droits de propriété intellectuelle aux auteurs est fragilisé par les nouvelles technologies de reproduction. La nature des problèmes posés impose d'imaginer de nouvelles règles du droit d'auteur.

Auteur

**Julien Pénin**

Professeur à la faculté des sciences économiques et de gestion de l'université de Strasbourg, chercheur au BETA-CNRS

**La question** de la propriété intellectuelle a toujours été un sujet sensible et passionnel. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui, alors qu'Internet et la numérisation des œuvres de l'esprit ont contribué à faciliter leur circulation, autorisée ou non. La propriété intellectuelle (PI) rassemble deux catégories de droits très différents : les droits de propriété industrielle d'un côté, les plus connus étant le brevet d'invention et les marques ; les droits de la propriété littéraire et artistique d'un autre côté, le plus connu étant le droit d'auteur. Cet article se concentre essentiellement sur les seconds. Plus particulièrement, il s'intéresse aux aspects économiques du droit d'auteur, négligeant ainsi les questions liées aux droits moraux des auteurs, et rapprochant ainsi le droit d'auteur français du *copyright* anglo-saxon.

Avant d'entrer dans le vif des débats, il convient de rappeler la raison d'être de la PI pour les économistes. À rebours de la vision basée sur le droit naturel des créateurs à disposer de leur création, la vision économiste de la PI est dite « fonctionnelle ». Elle suppose que la PI remplit une fonction, à savoir qu'elle contribue à augmenter le bien-être des sociétés.

En offrant un droit exclusif aux créateurs, les systèmes de PI les incitent à consacrer davantage de ressources et de temps à la création. Mais d'un autre côté, la protection est limitée dans le temps (en France, la protection par droit d'auteur est aujourd'hui de 70 ans après la mort de l'auteur), faisant ainsi en sorte que le grand public puisse bénéficier à l'échéance du droit d'une diffusion gratuite des œuvres. L'approche économique de la PI voit ainsi cette dernière comme une manière d'équilibrer incitation et diffusion (Plant, 1934 ; Arrow, 1962 ; Hurt et Schuchman, 1966 ; Landes et Posner, 1989).

Une conséquence essentielle de cette vision « fonctionnaliste » est que les règles de droit de la PI peuvent évoluer. N'étant pas naturels, les droits ne sont pas gravés dans le marbre. La PI est une institution créée par le système

politique<sup>1</sup> afin de remplir une fonction. Or, la manière dont cette fonction est remplie dépend essentiellement du contexte économique et technologique et lorsque ce contexte change, les règles de PI peuvent, et même doivent évoluer afin de remplir leur rôle au mieux.

C'est là une divergence fondamentale entre les tenants d'une vision économique de la PI et ceux d'une vision de type droit naturel. Considérer que la PI est un droit naturel revient à nier le besoin de s'adapter au contexte. Les règles restent les mêmes quelles que soient les époques et les technologies. Le moine copiste qui recopie mot à mot et image par image un incunable au XII<sup>e</sup> siècle (sans l'accord de l'auteur) réalise exactement le même acte que l'étudiant qui télécharge une vidéo sur Internet au XXI<sup>e</sup> siècle. C'est une violation du droit naturel de l'auteur ! À l'inverse, la vision fonctionnaliste revient à accepter le fait que les systèmes de PI doivent évoluer avec leurs temps afin d'optimiser la manière dont ils contribuent au bien-être de nos sociétés. De ce point de vue, il est probable que les règles de droit d'auteur ne peuvent pas être identiques au XII<sup>e</sup> siècle et au XXI<sup>e</sup> siècle, où Internet et la numérisation impliquent une circulation quasiment instantanée et gratuite de la plupart des œuvres de l'esprit.

Les règles de droit ne sont ainsi pas immuables. Et d'ailleurs elles ont évolué (à la marge) depuis leur création. Par exemple, lors de l'émergence des magnétoscopes à la fin des années 1970, le législateur, aussi bien aux États-Unis (après un vote serré de la Cour suprême) qu'en France, a introduit un droit à la copie privée, prenant ainsi acte du formidable potentiel de cette nouvelle technologie pour les consommateurs et du besoin de faire évoluer les systèmes

de PI afin de permettre son utilisation. En l'absence de cette modification du droit, l'enregistrement d'un film constituait en effet une violation évidente du droit d'auteur. Mais interdire les enregistrements aurait réduit considérablement l'utilité des magnétoscopes et ce, au détriment des consommateurs. Cet épisode historique est emblématique d'une vision fonctionnaliste du droit d'auteur. De même, il illustre que l'émergence d'une nouvelle technologie favorisant la circulation des œuvres de l'esprit ne se fait pas toujours au détriment des fournisseurs de contenu, les producteurs de film ayant réalisé des bénéfices considérables en vendant des cassettes vidéos dans les années 1980 et des DVD ensuite.

Les arguments que nous allons développer dans la suite de cet article sont qu'aujourd'hui, les progrès technologiques ont contribué à modifier radicalement le contexte, appelant ainsi les règles du droit d'auteur à s'adapter. Les problèmes soulevés par le droit d'auteur dans nos économies contemporaines sont de trois ordres : les droits d'auteurs génèrent une perte sèche de monopole qui est aujourd'hui plus élevée que jamais ; ils peuvent s'opposer à la création par recombinaison, rendue facile et peu coûteuse par les nouvelles technologies ; et en rendant plus coûteuse la recombinaison d'une multitude d'œuvres déjà existantes, ils peuvent provoquer une « tragédie des anticommons ». Nous concluons cet article en proposant des pistes d'évolution des règles du droit d'auteur afin de faire en sorte que ce dispositif institutionnel corresponde davantage aux besoins de nos économies modernes.

### Le dilemme d'Arrow exacerbé, ou le coût prohibitif de la perte sèche de monopole liée au droit d'auteur

Dans le débat contemporain sur la PI, les discours sont exclusivement

centrés sur la question des incitations. Internet et la numérisation favorisent la circulation non autorisée des œuvres de l'esprit, réduisant ainsi les incitations à créer. Cet argument est si intuitif qu'il est difficile de le remettre en question. Pourtant, dans de nombreux secteurs, des droits de PI forts ne sont pas nécessaires pour induire une créativité importante. Par exemple, Rautiala et Sprigman (2012) montrent que les domaines de l'art culinaire ou de la mode sont, et ont toujours été, des domaines extrêmement créatifs, malgré une absence de protection formelle.

Cependant, même si l'argument que la PI est absolument nécessaire pour inciter à la création et à la commercialisation des œuvres de l'esprit mériterait d'être davantage discuté, nous souhaitons ici nous concentrer plutôt sur une autre question, à savoir la perte sèche de bien-être induite par la PI. L'exclusivité que le droit d'auteur confère au créateur lui permet de fixer des prix plus élevés que le coût marginal. Or, un des résultats les plus connus de la micro-économie est que le prix qui maximise le surplus social d'une économie est toujours égal au coût marginal. Le droit d'auteur doit ainsi arbitrer entre l'efficacité statique (à court terme) et l'efficacité dynamique (à long terme). La première suppose que le prix doit être proche du coût marginal et la seconde qu'il doit être plus élevé, afin d'accroître les incitations à créer.

L'évolution de la technologie a exacerbé ce dilemme entre incitation et diffusion. D'un côté, Internet et la numérisation des œuvres facilitent la copie, réduisant les incitations à créer. Mais d'un autre côté, en diminuant radicalement le coût marginal, ces évolutions technologiques augmentent la perte sèche de monopole liée au droit d'auteur. Centrer

Les progrès technologiques doivent amener le droit d'auteur à s'adapter

<sup>1</sup> > Si on trouve des traces très anciennes de règles protégeant la propriété intellectuelle, les systèmes modernes sont apparus dans les pays occidentaux vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (1790 aux États-Unis et 1791 en France). En France, on peut notamment mentionner l'importance de certains philosophes des Lumières dans le combat pour la reconnaissance formelle des droits des auteurs, Beaumarchais en tête.

le débat uniquement sur la question des incitations, revient à négliger le coût d'une protection trop longue des œuvres pour les consommateurs, coût qui pourtant a augmenté de manière significative avec Internet.

Pour illustrer ce point, prenons un exemple numérique : supposons que la demande pour un disque de musique soit la suivante : 1 million de fans sont prêts à payer jusqu'à 100 euros chacun pour acheter le disque (c'est leur prix de réserve) ; 10 millions d'amateurs du style de musique du groupe sont prêts à payer 10 euros pour disposer du disque ; 1 milliard d'amateurs de musique sont prêts à payer 1 euro (ils sont curieux, mais pas fans) ; le reste du monde, 5 milliards de personnes, a un prix de réserve nul. Supposons également que si le disque est protégé par droit d'auteur, le prix de monopole fixé par son distributeur est de 15 euros.

Considérons en premier lieu une économie pré-numérique et pré-Internet, dans laquelle la copie est coûteuse : le coût marginal du disque (son coût de reproduction) est égal à 5 euros. L'analyse de bien-être donne alors le résultat suivant : dans le cas où le disque est vendu 15 euros, seul le million de fan l'achète. Le groupe

et le producteur réalisent un surplus égal à 10 millions d'euros (1 million d'exemplaires vendus à un prix de 15 euros mais coûtant chacun 5 euros à produire ; on néglige ici le coût fixe de production égal à la conception, l'enregistrement du disque, etc.). Le million de fans génère un surplus égal à 85 millions d'euros (ils paient chacun 15 euros un disque qui leur en rapporte 100). Les autres groupes de consommateurs ne génèrent aucun surplus. Le surplus social est ainsi égal à 95 millions. Or, cette situation génère une perte sèche, c'est-à-dire une réduction de surplus social par rapport à la situation optimale dans laquelle le disque serait vendu à son coût marginal. Dans ce cas, le surplus du producteur serait nul mais celui des consommateurs serait égal à 145 millions (le million d'individus avec un prix de réserve égal à 100 dégage chacun un surplus de 95 et les 10 millions d'individus avec un prix de réserve égal à 10 dégagent chacun un surplus de 10). Au final, le surplus social serait ainsi égal à 145 et la perte sèche de monopole liée au droit d'auteur est égale à 50 millions.

Comparons maintenant ce résultat avec la situation d'une économie numérique post-Internet, dans laquelle

la copie est facile et gratuite : le coût marginal du disque est nul. L'analyse de bien-être donne alors les résultats suivants : dans le cas où le disque est vendu 15 euros, le groupe et le producteur réalisent un surplus égal à 15 millions d'euros, le million de fans génère toujours un surplus égal à 85 millions d'euros et les autres groupes de consommateurs ne génèrent aucun surplus. Le surplus social est ainsi égal à 100 millions. Dans le cas où le disque est distribué à son coût marginal (gratuitement donc), le surplus du producteur serait nul (et en considérant le coût fixe le profit serait négatif), mais celui des consommateurs serait égal à 1 milliard et 200 millions (le million d'individus avec un prix de réserve égal à 100 dégage chacun un surplus de 100, les 10 millions d'individus avec un prix de réserve égal à 10 dégagent chacun un surplus de 10 et le milliard d'individus avec un prix de réserve égal à 1 dégage chacun un surplus de 1). Au final, le surplus social serait ainsi égal à 1 milliard 200 millions et la perte sèche de monopole liée au droit d'auteur est égale à 1 milliard et 100 millions. Ces résultats sont résumés dans le tableau 1.

Cette analyse permet de mettre en avant deux éléments essentiels : la diffusion d'une œuvre a une

**Tableau 1. Perte sèche et coût marginal : un exemple numérique**

	Nombre d'individus	Fans 1 million	Amateurs 10 millions	Curieux 1 milliard	Reste du monde 5 milliards				
						SC total	SP	SS total	PSM
	Prix de réserve (euros)	100	10	1	0				
<b>Cas 1 : économie pré-Internet : CM = 5</b>	SC si droit d'auteur : prix = 15	<b>85*</b>	0	0	0	85	10	95	<b>50</b>
	SC si pas droit d'auteur : prix = 5	95	50	0	0	145	0	145	
<b>Cas 2 : économie numérique post-Internet : CM = 0</b>	SC si droit d'auteur : prix = 15	85	0	0	0	85	15	100	<b>1100</b>
	SC si droit d'auteur : prix = 0	100	100	1 000	0	1 200	0	1 200	

Note : en millions d'euros ; SC = surplus des consommateurs ; SP = surplus des producteurs ; SS = surplus social ; PSM = perte sèche de monopole ; le tableau se lit de la manière suivante : le chiffre 85\* s'explique par le fait qu'un million de consommateurs est prêt à payer un disque 100 euros, mais ils le paieront 15 euros. Par conséquent, le surplus dégagé par ce million de consommateurs est de 100 millions moins 15 millions.

valeur sociale potentiellement très élevée. Le droit d'auteur, en entravant cette diffusion, génère une perte sèche qui peut être très importante. Cette réduction de surplus social est d'autant plus forte que le coût marginal de reproduction est faible et la période de protection longue. Aujourd'hui, la technologie qui permet une diffusion facile et gratuite des œuvres numériques a généré un surplus social potentiel énorme dont la réalisation effective est largement entravée par les règles de droit d'auteur. Cette analyse néglige bien sûr le coût fixe de production et la question des incitations. Mais elle permet d'opposer un argument crédible aux analyses qui négligent le coût de la limitation de la diffusion des œuvres.

L'exemple numérique décrit ici pourrait paraître peu réaliste. Pourtant, il nous semble qu'il reflète de manière assez exacte la situation des films Walt-Disney par exemple. Les classiques de Walt-Disney, conçus et produits il y a plusieurs décennies, sont encore aujourd'hui protégés par droit d'auteur. Aussi les DVD sont vendus par les distributeurs au prix fort (plus de 10 euros le DVD) empêchant une grande partie des individus de se les procurer. Par rapport à une situation où ces films seraient téléchargeables gratuitement sur Internet, permettant à tous les enfants du monde ayant une connexion Internet d'y accéder, la perte sèche de monopole est énorme ! Ce coût lié à la non-diffusion est-il réellement le prix à payer pour avoir davantage de films de qualité dans le futur ?

### L'entrave à la création par recombinaison

Il y a peu de doute que l'activité créatrice ait toujours été une activité de copie et de combinaison de choses existantes. Même les œuvres qui paraissent les plus radicales, les

plus en rupture avec ce qui existe, s'inspirent, d'une manière ou d'une autre, d'œuvres et de techniques passées. La création est ainsi une activité cumulative. Les œuvres de l'esprit sont à la fois des « *inputs* » et des « *outputs* » du processus créatif et les créateurs sont tous assis sur des « épaules de géants », pour reprendre la métaphore bien connue attribuée à Newton. La création à partir de rien n'existe simplement pas.

Pour créer, il faut donc pouvoir réutiliser librement les créations du passé. Or, et c'est là une de ses caractéristiques essentielles, le droit d'auteur ne s'oppose pas à cette réutilisation de l'existant. Le droit d'auteur est un droit de copie comme l'illustre le terme anglais de *copyright*. Il empêche de copier une œuvre, s'oppose au copié/collé (c/c), mais il n'empêche pas un artiste de s'inspirer d'une œuvre existante afin d'en produire une autre originale. Autrement dit, le droit d'auteur protège la forme et non pas le contenu des œuvres. Si, en théorie, vous n'avez pas le droit de faire des copies de cet article sans l'autorisation de l'ayant droit, vous avez parfaitement le droit de vous en inspirer afin de créer une œuvre qui vous est propre. Si vous n'avez pas le droit de télécharger un film sans autorisation, vous avez le droit de vous inspirer de ce film, de son scénario, afin de créer un autre film.

Dans une économie pré-numérique et pré-Internet, le droit d'auteur n'entrave ainsi pas la création par recombinaison car le copié/collé est coûteux et difficile. Rares sont les créateurs qui créent en recopiant et combinant les créations passées à l'identique. Ils s'en inspirent mais toujours en les modifiant, en particulier parce que la technologie ne permet pas de copier et de combiner facilement. Aussi, toute copie suppose, dans une certaine mesure, une récréation, c'est-à-dire une réinterprétation personnelle. L'activité de recombinaison échappe ainsi au droit d'auteur.

Mais dans l'économie numérique post-Internet, la recombinaison par copié/collé devient facile et peu coûteuse. Presque tout le monde peut créer un nouvel objet numérique simplement en recombinaison des éléments existants. C'est le principe bien connu du *mashup*. On combine des scènes de différents films, des chansons et on crée un objet original, de plus ou moins bon goût, que l'on peut diffuser sur Internet. Cette activité de

recombinaison peut être pratiquée aussi bien par des amateurs que des professionnels. Il n'est pas question ici d'estimer la qualité artistique et l'intérêt de ces œuvres, mais simplement d'affirmer qu'il s'agit bien de création, c'est-à-dire de production d'œuvres originales. Or, et c'est là le point central, les règles de droit d'auteur s'opposent à cette activité de copié/collé des œuvres existantes. Paradoxalement, elles peuvent ainsi devenir une entrave à la création.

Les règles de droit d'auteur conçues pour favoriser la création avant Internet et la numérisation, à une époque où la recombinaison à l'identique à grande échelle était difficilement envisageable, ne sont pas forcément adaptées au monde d'aujourd'hui. Le risque est alors, comme le craint Lessig dans la citation ci-dessous, que le droit d'auteur génère une culture de l'interdit dans laquelle chaque créateur devra demander et obtenir la permission des créateurs du passé qui l'ont précédé :

*"A free culture supports and protects creators and innovators. It does this directly by granting intellectual property rights. But it does so indirectly by limiting the reach of those rights, to guarantee that follow-on creators and innovators remain as free as possible from the control of the past. A free culture is not a culture*

Le droit d'auteur protège la forme et non pas le contenu des œuvres

Trop de droits de propriété entraînent une utilisation trop faible

*without property, just as a free market is not a market in which everything is free. The opposite of a free culture is a "permission culture", a culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of the creators from*

*the past*" (L. Lessig, *Free Culture*, 2004, p. 14).

Un tel monde serait peu propice à la création. De nombreux acteurs l'ont d'ailleurs déjà réalisé et adaptent leur stratégie en conséquence, n'hésitant pas à utiliser le droit d'auteur dans une logique « *open source* », comme montré par Bach et al. (2010). Le changement de contexte induit par les nouvelles technologies appelle alors, selon nous, une adaptation des règles du droit d'auteur, de la même manière que ce dernier a dû évoluer lors de l'arrivée des premiers magnétoscopes.

## La tragédie des anticommons

La tragédie des anticommons est une généralisation du problème précédent. La création aujourd'hui passe par la recombinaison d'un très grand nombre d'éléments. Il faut très souvent combiner un nombre important d'œuvres distinctes et chacune protégée. C'est le cas notamment pour réaliser un film ou encore éditer un album de photos ou de chansons

2 > Traduction de l'auteur : « Une culture libre soutient et protège les créateurs et innovateurs. Elle le fait directement en leur accordant des droits de propriété intellectuelle. Mais elle le fait également de manière indirecte en limitant la portée de ces droits, afin de garantir que les créateurs et innovateurs de demain restent aussi libres que possible du contrôle de ceux du passé. Une culture libre n'est pas une culture sans propriété, de la même façon qu'un marché libre n'est pas un marché sur lequel tout est gratuit. L'opposé d'une culture libre est une culture de la permission, une culture où les créateurs peuvent créer seulement avec la permission des puissants ou des créateurs du passé. »

existantes. Prenons, par exemple, le cas d'un éditeur désirant publier un ouvrage de photos sur le Paris des années 1970. Cet éditeur peut rassembler, notamment sur Internet, des dizaines de photos magnifiques sur l'époque, mais comment peut-il identifier et obtenir la permission de tous les ayants droit ? Comment distinguer les photos qui sont libres de droit, et donc utilisables sans permission, de celles qui ne le sont pas et exigent l'autorisation des ayants droit ?

La prolifération des droits potentiels crée ainsi une incertitude très forte sur la liberté d'exploitation des auteurs et génère des risques de « hold-up » potentiellement néfastes pour le processus créatif. En effet, en cas de doute sur la liberté d'exploiter, les investisseurs préféreront très souvent s'abstenir. Dans l'exemple plus haut, il est vraisemblable que notre éditeur, s'il n'est pas certain de sa liberté d'exploitation, décidera de mettre un terme à son projet. Ce problème de sous-investissement induit par la prolifération des droits de propriété est connu dans la littérature sous le nom de « tragédie des anticommons ».

Cette tragédie est définie par opposition à la « tragédie des communs » (Hardin, 1968) qui énonce que les ressources communes, étant par définition non appropriables, et donc utilisables par tous, sont vouées à une utilisation trop intensive risquant de les détruire. En d'autres termes, trop peu de droits de propriété entraîne une utilisation trop importante des ressources communes. Par opposition, la tragédie des anticommons énonce que la prolifération des droits sur une même ressource, c'est-à-dire la fragmentation de la propriété sur cette ressource, peut entraîner sa sous-exploitation. En d'autres termes, trop de droits de propriété entraînent une utilisation trop faible.

La tragédie des anticommons a une double explication : en premier lieu, la multiplication des droits de propriété fait qu'un utilisateur poten-

tiel devra négocier avec une multitude d'ayants-droits, multipliant ainsi les coûts de transaction. En second lieu, la multiplication des positions de monopole sur une ressource peut induire un prix bien plus élevé que si la ressource était monopolisée par un unique propriétaire, car chaque propriétaire exige sa marge de monopole (ce problème est connu sous le nom de multiple marginalisation depuis les travaux de Cournot au XIX<sup>e</sup> siècle).

La tragédie des anticommons est parfaitement illustrée par la figure 1, tirée d'un ouvrage de Heller (2008). Les points noirs sur cette figure sont des châteaux forts le long du Rhin. Ils sont aujourd'hui en ruine, mais au Moyen Âge ils étaient tous occupés par des seigneurs locaux qui, bien évidemment, prélevaient chacun un droit de péage sur les marchands qui circulaient sur le Rhin. Le résultat de cette multiplication des droits de propriété locaux sur une même ressource fut une disparition du commerce sur le Rhin pendant presque un siècle. Imaginez en effet que vous soyez un négociant strasbourgeois, spécialisé dans le commerce du vin d'Alsace, et que vous souhaitiez vendre votre vin à Londres. Pour cela, le plus pratique est d'affréter un navire sur le Rhin. Mais s'il vous faut payer un droit de passage à tous les seigneurs locaux situés le long du trajet, il est probable que cela se révélera trop coûteux et que vous abandonniez l'idée de vendre du vin à Londres ou que vous choisissiez un autre itinéraire. Dans tous les cas, la multiplication des droits de propriété implique ici effectivement une sous-utilisation, et même une non-utilisation, de cette ressource.

Remplacez maintenant le Rhin par un film ou un album photo, remplacez les points noirs par des droits d'auteur, et vous avez une idée du risque de tragédie des anticommons que la PI peut faire courir à la création artistique (remarquons que le problème est similaire pour le brevet dans le cas des inventions techniques).



La prolifération des droits peut entraver le processus créatif.

La solution à la tragédie des anticommons consiste à réunifier la propriété, c'est-à-dire à faire en sorte que la ressource ne soit plus contrôlée par une myriade de propriétaires locaux, mais par un propriétaire unique qui fixerait un prix unique. Ce principe du guichet unique permet à la fois de réduire les coûts de transaction et de résoudre le problème de marginalisation multiple. Dans le cas du Rhin, l'empereur germanique de l'époque décida de lever une armée afin de forcer les seigneurs locaux à ne plus prélever de taxe de passage. Les marchands désirent utiliser le Rhin ne durent plus alors que payer une taxe unique, à l'empereur lui-même, taxe substantielle mais toujours bien inférieure à la somme de tous les prélèvements locaux qu'ils devaient payer précédemment. Dans le cas des brevets, les « *patent pools* » ont comme objectif d'unifier la propriété sur une technologie afin de faciliter son utilisation. Dans le cas du droit d'auteur, c'est le rôle des « *clearance centers* », des « *copyright collective agencies* » et autres organismes collecteurs (tels la Sacem par exemple), d'unifier la propriété et de faciliter l'utilisation des œuvres de l'esprit. Mais quelle que soit l'efficacité de ces courtiers, il reste que la prolifération des droits d'auteur peut induire une situation qui n'est pas optimale.

### Adapter le droit d'auteur au contexte actuel : quatre pistes

Le rôle de la PI est d'améliorer l'efficacité économique. La manière dont les systèmes de PI accomplissent ce rôle dépend du contexte. Lorsque ce dernier évolue, les règles de la PI doivent s'adapter sous peine de devenir contre-productives. Quels changements faudrait-il alors apporter au droit d'auteur afin de l'adapter au contexte de la numérisation des œuvres de l'esprit et

leur diffusion de masse sur Internet ? L'objectif du législateur est d'établir un système de PI équilibré, qui tienne compte des besoins de l'ensemble des parties prenantes, à savoir les créateurs et investisseurs d'aujourd'hui, qui doivent être incités à créer ; les consommateurs, qui doivent pouvoir accéder aux œuvres de l'esprit au meilleur prix ; et les créateurs de demain, qui doivent pouvoir utiliser les œuvres de l'esprit du passé afin de créer eux-mêmes.

Comment concilier l'ensemble de ces intérêts souvent divergents ? Notre avis est que le droit d'auteur aujourd'hui favorise trop les créateurs et investisseurs du passé et que cela se fait au détriment des consommateurs et des créateurs du futur. Or, des modifications simples et raisonnables des règles pourraient aisément corriger cela. Nous proposons ici quatre pistes d'évolution.

### Raccourcir la durée du droit patrimonial

La durée du droit patrimonial associé au droit d'auteur est de 70 ans après la mort de l'auteur. Cela signifie qu'une chanson, enregistrée aujourd'hui par un auteur encore jeune, pourra bénéficier d'une protection de plus de 100 ans. Nos arrière-petits-enfants devront peut-être encore payer un prix de monopole pour l'écouter. Cette durée engendre une formidable perte sèche. Pour comparer, la durée de protection conférée par un brevet d'invention est fixée à 20 années maximum (et elle est souvent bien inférieure dans la pratique). Personne ne peut calculer avec exactitude quelle serait la durée optimale du droit d'auteur, mais une protection plus courte que l'actuelle serait certainement plus efficace. Elle permettrait d'augmenter significativement le surplus des consommateurs sans pour autant trop réduire les incitations des producteurs et des auteurs. Une protection entre 10 et 20 ans nous paraîtrait ainsi très raisonnable. Dans

Figure 1 : un exemple de tragédie des anticommons : les péages sur le Rhin au Moyen Âge.



Carte extraite de *The Gridlock Economy: how too much ownership wrecks markets, stops innovation ad costs lives* publié aux États-Unis par Perseus Book Inc., 2008.

le cas d'une protection de 20 ans, cela signifierait que les disques et films diffusés avant 1993 seraient aujourd'hui tous téléchargeables légalement et gratuitement sur Internet. Quel gain ce serait là pour les consommateurs ! (Précisons que la limitation de la durée du droit d'auteur porterait uniquement sur le droit patrimonial. Le droit moral, et en particulier le droit de paternité, resterait naturellement d'une durée infinie.)

### Distinguer consommation active et passive

Aujourd'hui, les progrès technologiques font qu'il est très facile pour un particulier de devenir créateur lui-même (notamment en recombinaison des choses existantes). Selon Lessig (2008), il faut distinguer deux types de consommateurs : les consommateurs passifs, qui ne désirent que lire un livre, écouter une chanson ou voir un film, mais ne désirent pas les utiliser pour créer des œuvres nouvelles ;

les consommateurs actifs qui, au contraire, désirent créer de nouveaux objets. Il est alors essentiel que le droit d'auteur tienne compte de cette différence entre les consommateurs afin de ne pas entraver la création par recombinaison. On pourrait ainsi parfaitement envisager que les consommateurs passifs aient toujours à payer le prix fort afin d'accéder aux créations (après tout, il n'y a pas de raison de ne pas rémunérer les auteurs et investisseurs) mais que les consommateurs actifs puissent y accéder à des conditions préférentielles, voire gratuitement. Dans tous les cas, il est essentiel pour optimiser le processus cumulatif de création que les titulaires de droits

d'auteurs ne puissent pas s'opposer à la réutilisation de leurs œuvres à des fins de création (sauf à invoquer leur droit moral bien entendu, mais c'est alors une autre affaire). Un système de licence obligatoire pourrait ainsi parfaitement permettre d'assurer l'accès (éventuellement payant) aux œuvres passées à des fins de création.

## Obliger les créateurs à demander un droit d'auteur

Le droit d'auteur apparaît par l'acte même de créer et diffuser ses créations. Contrairement aux brevets ou aux marques, il n'y a pas d'obligation d'enregistrer un droit d'auteur.

Il n'y a donc pas non plus de base de données complète, recensant l'ensemble des droits d'auteurs valides sur un territoire, dans laquelle des créateurs pourraient vérifier si telle ou telle œuvre est libre de droit et donc utilisable. Cela rend les études de liberté d'exploitation particulièrement délicates et contribue à accroître l'incertitude et les risques de tragédie des anticommons. Cette situation est, bien entendu, peu propice aux investissements. Obliger les créateurs à s'enregistrer pour bénéficier de leur droit patrimonial (le droit moral restant lié à l'acte de créer) permettrait ainsi de réduire la prolifération des droits d'auteur et serait sûrement bénéfique à l'activité créatrice.

## > bibliographie

- ARROW K. J., « *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention* », *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton university Press, 1962, p. 609-625.
- BACH L., COHENDET P., PÉNIN J., SIMON L., « *Creative industries and the IPR dilemma between appropriation and creation: some insights from the videogame and music industries* », *Management International*, vol. 14, n° 3, 2010, p. 59-72.
- HARDIN G., « *The tragedy of the Commons* », *Science*, n° 162, 1968, p. 1243-1248.
- HELLER M., *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, Basic books ed., 2008.
- HURT R., SCHUCHMAN R., « *The economic rationale of copyright* », *The American Economic Review*, vol. 56, n° 1/2, 1966, p. 421-432.
- LANDES W., POSNER R., « *An economic analysis of copyright Law* », *The Journal of Legal studies*, vol. 18, n° 2, 1989, p. 325-363.
- LESSIG L., *The Future of Ideas*, Vintage Books, New York, 2001.
- LESSIG L., *Free Culture: The Nature and Future of Creativity*, Penguin books, 2004.
- LESSIG L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Penguin Press HC, 2008.
- LÉVÊQUE F., MÉNIÈRE Y., *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, éd. La Découverte, coll. « Repères », 2003.
- PLANT A., « *The economic aspects of copyright in books* », *Economica*, vol. 1, n° 2, 1934, p. 167-195.
- RAUSTIALA K., SPRIGMAN C., *The knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford University Press, 2012.

## Instaurer un système d'annuité

De manière similaire, en complément à notre troisième proposition, il serait possible d'introduire un système d'annuité (comme pour le brevet), qui ferait en sorte que l'obtention d'un droit patrimonial soit payante au-delà d'une certaine durée (l'obtention du droit moral restant naturellement gratuite). Par exemple, l'enregistrement d'un droit d'auteur pourrait être gratuit et la protection durer cinq années, au-delà desquelles toute année de protection supplémentaire serait payante (jusqu'aux 20 ans à partir desquels la protection s'arrête). À nouveau, une telle modification permettrait de réduire la prolifération des droits d'auteur sans pour autant nuire aux auteurs et investisseurs (tant que le montant des annuités reste raisonnable). ●