

Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture

Le droit d'auteur contesté par le numérique ?

Le numérique n'invalide pas les fondements théoriques du droit d'auteur, qui encourage les productions intellectuelles ou artistiques en assurant la rémunération de leurs créateurs et des divers acteurs de la chaîne de production. Toutefois, par ses caractéristiques techniques et les modèles de consommation qu'elle suscite, la révolution numérique exerce une pression très forte en faveur d'un accès gratuit aux œuvres. L'Internet a notamment pour effet de dissocier l'œuvre de son support, de brouiller parfois la notion d'auteur, et il requiert l'invention de nouveaux modèles pour que la rémunération des ayants droit ne nécessite pas des coûts d'application prohibitifs. Alors que s'opposent adeptes du libre partage et partisans d'un renforcement du respect du droit d'auteur, un projet de loi a été déposé en 2008 pour mieux défendre la protection de la création sur Internet. Plutôt qu'une course-poursuite entre la législation et ses contrevenants, Françoise Benhamou espère l'instauration à terme d'un droit d'auteur raisonnable et efficace, et, partant, diminué quant à sa durée.

C. F.

C'est un peu la revanche de l'économie sur le droit, la technique se tenant en embuscade. Du droit d'auteur, l'économiste s'attelle à démontrer qu'il est certes légitime, mais qu'il doit servir un objectif d'incitation au-delà duquel il gagne à demeurer limité dans son périmètre comme dans son champ d'application. Or, ce droit s'est étendu de sorte qu'il couvre un champ devenu de plus en plus vaste, et sur une durée qui n'aura cessé de s'allonger.

On entend souvent que le numérique, s'il ne porte pas l'estocade au droit d'auteur, le met en péril. On peut arguer à l'inverse que la migration des industries culturelles vers le numérique, certes en désordre et à des rythmes différents, constitue une étape de l'ascendant de ce droit sur l'organisation des filières des industries culturelles. Mais il s'agit alors d'un droit d'auteur revisité en quelque sorte, dont les fondamentaux (la proportionnalité de la rémunération aux ventes effectives, d'abord, mais aussi le concept d'originalité) sont plus que bousculés.

Du réel au virtuel. Des fondements théoriques intacts

Pour l'économiste, les biens informationnels sont des biens publics, non divisibles et non sujets à exclusion par le prix (Arrow, 1962). La non divisibilité signifie que la consommation des uns n'empêche pas que d'autres consomment le même bien en même temps et dans la même quantité. La non exclusion renvoie au fait que le bien, une fois produit, peut être l'objet d'une appropriation par d'autres sans qu'il soit possible d'imposer l'acquiescement d'un prix. Le bien culturel immatériel possède cette double caractéristique. Le texte une fois écrit peut être lu et relu par plusieurs au même moment, et sa circulation non payante ne peut être bridée que par le Droit. En introduisant un monopole sur l'usage de l'œuvre, en faveur de l'auteur (ou de ses ayants droit), le Droit réinjecte en quelque sorte le bien culturel dans la sphère privée marchande (Benhamou et Farchy, 2009).

Du point de vue économique, l'argument assez fruste mais en même temps difficile à réfuter est l'incitation. Le droit d'auteur est destiné à inciter le créateur à innover et, indirectement, le producteur à financer le créateur dès lors qu'il bénéficie, de la part de ce dernier, d'un contrat de cession de droits. En effet, les biens culturels, dans leur dimension immatérielle, sont, en l'absence de droit d'auteur, appropriables par quiconque le souhaite ; il devient alors difficile – si ce n'est impossible – de rémunérer la création et d'assurer l'amortissement des investissements effectués tout au long de la chaîne de la production. Imaginons un instant ce qui se passerait si le bien n'était pas protégé. Un producteur quelconque pourrait exploiter commercialement une création, en sélectionnant directement une œuvre dont le processus de sélection, de création et de production aurait été assumé par d'autres. Il pourrait reproduire des biens, des titres déjà promis au

Les
politiques
culturelles
Cahiers français
n° 348

Les
politiques publiques
face aux mutations
de l'économie
de la culture

succès, et se retrouverait alors en situation d'engranger une rente sans avoir subi ni les coûts de prospection, élevés dans des industries qui produisent des biens prototypiques, ni les coûts de production de la première unité, toujours plus élevés que les coûts de reproduction, ni les aléas du risque industriel.

La fonction du droit d'auteur est d'empêcher ces comportements de « passagers clandestins » par la création d'un monopole de l'auteur (ou des ayants droit) sur sa création. Mais cette fonction d'incitation à la création, à l'innovation, à la prise de risque, a un revers : le droit d'auteur limite la diffusion. Le mode de résolution de cette tension entre incitation et diffusion réside dans le caractère temporaire du droit conféré.

On peut avancer que ce raisonnement, construit dans le cadre d'un univers réel, qui fut tout d'abord celui du livre, avant de s'étendre à toutes les filières culturelles, vaut plus encore dans le cadre du numérique. La question de la rémunération du créateur se pose de la même manière ; celle de la tension entre diffusion et création est amplifiée ; elle ne disparaît pas pour autant.

Des changements d'échelle aux bouleversements des modèles économiques

D'une certaine manière, rien ne change. Si on se réfère aux trois dimensions du droit d'auteur relevées par Hal Varian (2000), sa longueur (sa durée), sa largeur (son champ d'application), et sa hauteur (le degré d'innovation qu'il suppose), elles demeurent toutes les trois. La durée de soixante-dix années après la mort de l'auteur ne souffre guère du passage au numérique ; le champ d'application aux œuvres de l'esprit est le même. L'indispensable innovation reste à la source de la distinction entre ce qui a vocation à être protégé et ce qui ne l'a pas. Pourtant, le numérique induit tout à la fois un raccourcissement des distances et des délais de diffusion, une massification des pratiques de consommation qui renvoient à la gratuité, une fluidité des échanges et une révision des clivages traditionnels entre production, prescription et consommation qui affectent les conditions d'application, et sans doute même la reconnaissance du droit d'auteur.

Un raccourcissement des distances et des délais de diffusion

Le développement du numérique amplifie les externalités de réseaux. L'information circule vite, elle se développe selon une arborescence inédite. L'information produite par les uns profite à d'autres ; de la même manière, la circulation de plus en plus rapide des biens culturels sur Internet consolide les situations de « *winner take all* » ou de star-system (Hand, 2001, Benhamou, 2002). Les titres musicaux les plus écoutés sur Internet ne semblent pas en

effet échapper à des distributions de consommations que l'on qualifie de paretiennes : tandis qu'une multitude de titres ne sont pas ou presque pas écoutés, quelques-uns seulement sont « surconsommés ». On peut même avancer l'hypothèse que le raccourcissement des délais de diffusion favorise ces engouements collectifs.

À cela se superpose une sorte d'abolition des distances induite par le virtuel. On pourrait – même si son auteur ne le fait pas – associer à ce phénomène l'hypothèse dite de la « longue traîne » (Anderson, 2006). Anderson avance qu'Internet permet la résurrection des titres délaissés mais qui auraient mérité une meilleure audience, et une vraie vie pour les petits tirages, dont le public existe, est assez important pour que les produits s'avèrent rentables, mais est trop épars pour qu'aucun détaillant ne puisse les proposer durablement. Internet permet en effet de « rassembler » des publics dispersés géographiquement et d'atteindre ainsi des niveaux de ventes suffisants afin d'amortir les petits tirages. L'idée de cette proximité des publics – certes virtuelle – est séduisante ; il est pourtant frappant de voir qu'elle induit peu de changement dans la distribution des biens consommés (Benghozi et Benhamou, 2008). Cela signifie qu'Internet, en changeant les modèles d'affaires mais en n'affectant les structures de consommation qu'à la marge, n'ouvre pas *a priori* de fenêtre qui permettrait de nouvelles formes de rémunération des auteurs. Le Droit reste-t-il alors un outil de la défense de l'auteur et de sa rémunération *via* la défense de son œuvre ?

Une fluidité des échanges et une révision des clivages traditionnels entre production, prescription et consommation

Cette question de la défense de l'auteur et de l'œuvre prend une coloration particulière lorsque l'on reconnaît qu'un des bouleversements majeurs de l'Internet est de conduire au développement massif de pratiques jusqu'alors réservées à des cercles plutôt fermés : se sont presque naturellement créées les conditions de la naissance de communautés d'échange, de dialogue, de création. C'est à un mouvement sans précédent de désintermédiation que l'on assiste (Brousseau et Penard, 2007), où le consommateur envoie ses jugements et ses prescriptions à d'autres consommateurs. Cette désintermédiation fragilise le système du droit d'auteur qui, s'il liait le créateur à ses propres productions, construisait la mise en œuvre de cette continuité au travers de l'organisation très structurée de filières au sein desquelles l'auteur ne semblait pas pouvoir se passer des mécanismes de prescription maîtrisés par son producteur/financeur ou éditeur.

Une massification des pratiques de consommation qui renvoient à la gratuité

Internet démultiplie les capacités de diffusion des œuvres et crée une capacité nouvelle de copier et de réutiliser les

œuvres, quelle qu'en soit la nature ; la reproduction est aisée, elle devient parfaite. Internet, ange et démon pour le créateur, s'ancre dans cette double perspective contradictoire.

Au plan économique, dans les filières culturelles, tandis que les coûts de production initiaux fixes sont élevés, les coûts variables de reproduction sont quasi nuls. Du point de vue de l'économiste, le prix devant s'aligner sur le coût marginal de production, la gratuité devrait s'imposer. Mais se pose le problème de l'amortissement des coûts initiaux, s'il n'est pas possible d'en faire peser le poids sur les consommations. Le Droit d'auteur est une condition (nécessaire, non suffisante) de l'établissement d'un prix, là où pourrait régner la gratuité ou la quasi-gratuité. On retrouve les fondements initiaux du droit d'auteur, lorsque le premier projet de loi présenté par Le Chapelier en 1791 qualifie ainsi la propriété des œuvres de l'esprit : « La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain ». On notera que déjà à l'époque, et tout comme aujourd'hui, il est question de borner cette propriété afin que, passé un délai (dix années à l'époque !), « tout le monde [puisse] imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain ».

Les frontières entre le gratuit et le payant d'un côté, entre le domaine public et le domaine sous protection de l'autre côté, qui ne se superposent pas nécessairement, ne cesseront ainsi d'être questionnées. Elles seront d'autant plus à l'ordre du jour que l'immatériel rendra la circulation des œuvres aisée et coûteuse : le Droit s'en trouve comme sommé de réaffirmer sa légitimité, il lui faut reconquérir son espace, réviser ses modalités d'application.

De l'applicabilité du droit d'auteur dans l'univers numérique

Si le principe est intact, l'application du droit pose des questions nouvelles ; rapports et mesures se succèdent au risque de donner le sentiment d'une course-poursuite entre la loi et ses pourfendeurs, dans un jeu où personne n'est dupe du caractère nécessairement temporaire des solutions trouvées. Celles-ci, dans l'univers numérique, ne se stabiliseront qu'à la faveur de la construction d'offres attractives susceptibles de coïncider avec le consentement à payer des utilisateurs.

L'auteur et la fin des supports

Quelle que soit la manière dont on tourne et retourne le droit d'auteur, il semble indifférent à une logique de support, à laquelle pourtant il renvoie. En effet, il suppose la matérialisation de l'œuvre : l'idée n'est pas un objet de droit. La première entorse à la conception traditionnelle du droit d'auteur apparaît ici : le monde de l'immatériel s'oppose à la vision d'une œuvre indissociable de son

support. Toutes les industries culturelles opèrent une migration, certes en ordre dispersé et à des rythmes propres, vers le numérique, débarrassant les « contenus » de leur enveloppe. La première d'entre elles, l'édition, arrive bonne dernière dans cette marche forcée, et semble dessiner en tâtonnant les prémisses d'un double marché du numérique et du papier, tandis qu'à l'opposé le monde de la musique est en voie d'achever son processus de dématérialisation.

La fin des supports se conjugue avec des déplacements de la notion d'auteur. On a vu plus haut que la prescription change de visage ; le bouleversement est plus grand lorsqu'il affecte le statut du créateur et celui de la création, devenue collective, hybride, se nourrissant des pratiques qu'elle suscite chez ceux-là mêmes qui la consomment. Comment concevoir clairement un droit qui s'applique à des auteurs dont le travail se fond dans celui d'autres acteurs ? Ce n'est pas le droit d'auteur qui fait question, c'est la personne de l'auteur qui échappe aux schémas antérieurs. Le photojournalisme en donne une vue saisissante. Les nouvelles technologies autorisent tout un chacun à s'improviser reporter, grignotant à ses marges le champ de compétence du photographe professionnel. C'est ainsi que la profession de journaliste photographe se trouve prise en étau entre la concurrence du tout-venant d'un côté et la crise plus générale de la presse de l'autre côté, une presse qui rechigne à reconnaître les droits et à payer des rémunérations pour les versions numériques des journaux papier. Lucien Febvre rappelait que le métier d'auteur, au sens moderne, est lié à l'imprimerie et né grâce à elle, alors que le droit de l'auteur apparaît plus tardivement (*in de Broglie, 2001*). Le numérique écorne la fonction de l'auteur, il trouble les clivages les plus ancrés jusqu'alors.

La question de la remontée des droits

Plus généralement, Internet requiert l'invention de nouveaux modèles de remontée des droits, qui ne soient pas générateurs de coûts d'application excessifs. Dans une note sur le passage de cinquante à soixante-dix années pour le droit d'auteur aux États-Unis, dix-sept économistes de premier plan mentionnaient ce problème du coût social d'un allongement de la durée de ce droit, qui créerait des coûts de transaction et d'application supérieurs à ses effets bénéfiques. Les coûts de transaction incluent la recherche des ayants droit, la négociation des autorisations et la remontée des paiements. Le numérique, parce qu'il donne prise au piratage de masse d'une part, et parce qu'il suscite le développement de pratiques de consommation par *packages*, abonnements, etc., amplifie ces coûts transactionnels. Selon le rapport annuel de la Cour des comptes sur les sociétés de gestion collective, les coûts de fonctionnement de ces sociétés sont déjà de l'ordre de 20 % des sommes récoltées.

Internet développe des modèles économiques proches de celui de la radiodiffusion, qui se prêtent imparfaitement à des rémunérations basées sur l'identification précise des

consommations (1). Or un des principes fondamentaux du droit d'auteur est la proportionnalité (des rémunérations aux ventes). Lors du débat sur la licence globale (rémunération forfaitaire assise sur les revenus des fournisseurs d'accès) en France en 2005, une des questions posées portait sur les modalités de répartition des sommes prélevées. Le système impliquait une collecte de données sur les pratiques de téléchargement, suivies soit par sondages, soit par relevé réel, ce qui était envisageable, mais dont il convenait que le coût soit confronté aux avantages retirés.

Souvent pensée sous l'angle des dangers induits par le piratage, la question du droit d'auteur doit être vue dans sa philosophie, comme à la lumière de ses aspects économiques. Les évolutions de la politique culturelle, en mettant en évidence les avantages attendus d'un système pénal renforcé, comme le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, déposé le 18 juin 2008, s'y engage, créent une focalisation du débat sur un aspect, certes non négligeable, des enjeux du droit d'auteur. La loi met en effet en place tout un dispositif d'avertissements et de sanctions reposant en large partie sur le rôle des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), sous la supervision d'une haute autorité indépendante (baptisée Hadopi [Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet]). Mais ce n'est guère *via* un renforcement d'un droit au fond inchangé mais coûteux et peu réaliste que l'on répondra aux doutes et aux questions liées à l'avènement de pratiques résolument nouvelles, qui affectent l'écriture, les modes de pensée, les figures traditionnelles de l'auteur, du lecteur, du compositeur de musique, etc. C'est sans doute sur les sites de socialisation du Web.2 que se donne le mieux à voir cette *Grande transformation*. On voit se développer toute une production qui puise dans des œuvres préexistantes, contrevenant au droit d'auteur sans même s'embarrasser de prétexter un hypothétique droit à l'exception. Pourtant, ces sites de tous les excès et de tous les emprunts donnent lieu à des valorisations boursières et à des transactions folles.

Que l'Internet doive flirter encore longtemps avec l'illicite semble aller de soi. Les modèles qui permettront de rompre avec le cercle infernal du viol et / ou du vol de la propriété sur des œuvres de l'esprit ne sont pas encore inventés, et l'on oscille manifestement entre deux mouvements polaires : d'un côté, le libre partage, au sens du don (2), et d'un autre côté le renforcement d'un droit qui se fissure ailleurs que là où l'on en colmate les brèches. La véritable guerre de tranchées qui a opposé et oppose encore d'un côté le projet fomenté par Google de constituer une gigantesque bibliothèque numérique qui s'affranchit du droit d'auteur, puis tente de n'en respecter que certains des aspects (comme s'il était possible de faire son marché dans le Droit !), et, d'un autre côté, des éditeurs plus qu'inquiets de voir leurs fonds préemptés et exploités sans qu'ils en profitent, illustre cette course infernale qu'Internet aura initiée.

*

**

La création sans le droit d'auteur ? Il faut remonter à bien longtemps pour concevoir un tel scénario. Soyons plus

raisonnables : ni le droit moral (3) et ni les droits patrimoniaux ne sont incompatibles avec le numérique. En revanche, on assiste à une situation pour le moins paradoxale aux termes de laquelle d'un côté les œuvres disparaissent de plus en plus vite, le nombre des créations entravant les chances de se faire connaître dans un contexte de rareté des espaces de présentation et de promotion, en particulier pour les nouveaux auteurs, tandis que d'un autre côté la durée des droits n'a cessé de se renforcer (70 années après la mort de l'auteur, soit, pour une femme écrivain ayant une espérance de vie de 84 ans et écrivant à 35 ans, un droit courant sur... 119 années).

Si le monopole sur l'œuvre risque d'en brider la diffusion et de soustraire l'œuvre protégée au libre usage qui permet qu'à partir d'une création s'élaborent des œuvres nouvelles (c'est ce que l'on désigne par l'expression « tragédie des anti-communaux ») (4), l'absence de monopole conduit l'auteur à subir le risque de ne pouvoir être rémunéré ; entre ces deux situations, se pose encore la question du dispositif juridique le plus à même de concourir au bien-être collectif. Sur ce point, des évolutions sont à souhaiter qui ne se résument pas à une course-poursuite entre une extension du droit d'auteur et son application de plus en plus délicate. La mise en œuvre d'un droit d'auteur raisonnable et efficace constitue une condition du développement de la création et de la diffusion des œuvres, dans un contexte de dématérialisation et de mondialisation où la circulation des contenus peut aussi bien tendre vers une sur-sélection rapide de sous-ensembles de titres sur la base de critères peu satisfaisants, qu'à une meilleure défense de la diversité culturelle.

Françoise Benhamou,
Professeur à l'Université de Paris 13
et chercheur au CEPN
(Centre d'économie de Paris Nord)

(1) Les œuvres radiodiffusées sont sujettes à des licences légales de radiodiffusion (article 12 de la Convention de Rome de 1961, et article L. 214-1 du code de la propriété intellectuelle).

(2) Parmi les nombreux mouvements qui s'inscrivent dans cette veine, il faut mentionner celui initié par l'Américain Lawrence Lessig en 2001, avec sa licence « Creative Commons » destinée à organiser le libre partage des œuvres, mises à disposition de la collectivité, et que chacun peut utiliser, déformer, améliorer, etc., à la condition de s'engager à mettre à son tour l'œuvre transformée à la disposition des autres.

(3) Le droit moral est transmissible aux héritiers, et sa durée est illimitée, du moins en France. Il revêt quatre dimensions : droit de divulgation, droit de paternité, droit de repentir, et droit au respect de l'intégrité de l'œuvre.

(4) Par « tragédie des communaux », on désigne la destruction progressive des ressources lorsqu'elles sont librement à disposition de tous et qu'aucun droit exclusif ne leur est associé (Hardin, 1968) ; symétriquement, la tragédie des anti-communaux se rapporte à la perte que représente l'impossibilité de l'accès à des ressources qui auraient dû être à la disposition de tous (Heller et Eisenberg, 1998).

Pour en savoir plus

Arrow K., « Economic welfare and the allocation of resources for invention », in Nelson R. (ed), *The Rate and Direction of Inventive Activity : Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press, 1962, pp. 609-626.

Akerlof G.A. et al. :

- *Brief, Supreme Court of the United States*, Eric Eldred et al. vs. John D. Ashcroft, 20 mai 2002, Ashcroft, Supreme Court, 20 mai 2002 ;

- *Brief for the Supreme Court of the United States*, Eric Eldred et al. vs. John D. Anderson C., *The Long Tail. Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York, Hyperion, 2006.

Benghozi P.-J. et Benhamou F., « Longue traîne : mythe ou réalité d'une diversité culturelle numérique ? », avec Benghozi P.-J., Culture/prospective, Production, Offre, Marchés, septembre 2008.

Benhamou F., *L'économie du star system*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2002.

Benhamou F. et Farchy J., *Droit d'auteur et copyright*, Paris, La Découverte, 2007, 2009.

de Broglie G., *Le droit d'auteur et l'internet*, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, juillet 2000.

Brousseau E. et Penard T., « The Economics of Digital Business Models : A Framework for Analyzing the Economics of Platforms », *Review of Network Economics*, 6 (2), juin 2007.

Chantepie P., *État des lieux des analyses relatives à l'allongement de la durée de protection des droits voisins*, Inspection générale de l'administration des Affaires culturelles, 24 avril 2003.

Cohen D. et Verdier T., *La mondialisation immatérielle*, Conseil d'analyse économique, Rapport (76), Paris, La Documentation française, 2008.

Hand J.R.M., « Evidence on the Winner-takes-all Business Model : The Profitability Returns-to-scale of Expenditures on Intangibles Made by U.S. Internet Firms, 1995-2001 », Working Paper, University of North Carolina, 2001.

Hardin G., « The Tragedy of the Commons », *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248.

Heller M. et Eisenberg R.S., « Can Patents Deter Innovation ? The Anti-commons », *Science*, 280 (5364), mai, pp. 698-701, 1998.

Lessig L., *Free culture*, New York, The Penguin Press, 2004.

Varian H., « Market Structure in the Network Age », in E. Brynjolfsson and B. Kahin (ed.), *Understanding the Digital Economy*, Cambridge, MIT Press, 2000.

Les politiques culturelles
Cahiers français
n° 348

Les politiques publiques face aux mutations de l'économie de la culture