

Vol. 27, n° 3

La rémunération des auteurs et artistes à l'ère du *streaming*

Daniel Gervais*

Introduction	1087
1. Première partie : un bref rappel historique	1087
1.1 Les premiers ajustements au numérique	1087
1.2 L'adaptation de la Loi canadienne au numérique.	1089
1.3 L'émergence de la Cour suprême du Canada comme joueur clé.	1090
2. Deuxième partie : principaux changements causés par Internet	1092
2.1 Changements du modèle d'intermédiation	1092
2.2 Le rôle des algorithmes de recherche	1096
3. Troisième partie : les auteurs et Internet	1099
3.1 Le fractionnement de la notion d'auteur	1100

© Daniel Gervais, 2015.

* Professeur de droit, Université Vanderbilt.

3.2 Les auteurs doivent-ils être rémunérés pour leur travail ?	1102
3.3 Une réforme pour tous les auteurs	1103
Conclusion	1107

Introduction

L'histoire des auteurs sur Internet comporte déjà quelques chapitres, écrits en un peu plus de vingt ans à peine, soit depuis la diffusion du premier navigateur (*Mosaic*) à la fin de 1993 qui marqua la naissance du *World Wide Web* pour le grand public¹. Dans cet article, je passe en revue les adaptations du droit d'auteur à l'Internet mises en place jusqu'à maintenant par les tribunaux et le législateur, puis les changements induits par Internet dans la notion d'auteur et leur rapport avec les modèles d'intermédiation. Je propose en terminant quelques réformes pour que le droit d'auteur fonctionne pour tous les types d'auteur à l'ère du *streaming*².

1. Première partie : un bref rappel historique

1.1 Les premiers ajustements au numérique

Les premiers bouleversements dans le domaine du droit d'auteur causés par Internet ne se sont pas fait attendre. Déjà, à la fin 1996, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) adoptait deux traités, le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*³. La guerre venait de commencer. Une série de batailles allaient être livrées, tentatives souvent infructueuses d'encadrer l'utilisation des « contenus »⁴, mais qui allaient permettre de déterminer la responsabilité des différents acteurs. Ces batailles avaient aussi pour but de modifier le comportement des internautes considérés comme « pirates » par les industries du disque et du cinéma, mais qui étaient pour la plupart simplement ravis de pouvoir accéder, modifier et retransmettre à coût pratiquement nul (pour eux, du

1. En ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/NCSA_Mosaic>.

2. Diffusion en continu ou diffusion en flux.

3. Du 20 décembre 1996. Voir en ligne : <<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/>> et <<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/>>.

4. J'utilise ce terme honni, mais qui est aujourd'hui omniprésent.

moins) des contenus créés par des auteurs amateurs et professionnels⁵.

En 1998, les États-Unis adoptèrent dans la foulée une législation controversée, le *Digital Millennium Copyright Act*, et son fameux système de « notice-and-take-down »⁶. Trois ans plus tard, l'Union européenne adopta la fameuse *Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information*⁷. Ces deux instruments interdisaient notamment le contournement des mesures techniques de protection du droit d'auteur. Il s'agissait pour l'essentiel de tentatives de maintenir la déclinaison traditionnelle du droit d'auteur en droits relatifs à des utilisations « techniques » des œuvres, en particulier la reproduction et la communication au public d'œuvres protégées⁸.

Le Canada ne s'est pas croisé les bras, même s'il a bien tardé à ratifier les traités OMPI⁹. La phase I des réformes de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après la « Loi ») en 1998 comportait déjà quelques mesures qui ont eu un impact sur l'utilisation numérique des œuvres dont

- la protection des programmes d'ordinateur,
- l'abolition de la licence obligatoire pour l'enregistrement d'œuvres musicales,
- la création d'un droit moral plus ou moins compatible avec les exigences de Berne,
- sans oublier la réforme de la Commission du droit d'auteur qui joue un rôle de premier plan depuis 20 ans dans la politique du droit d'auteur au Canada¹⁰.

5. À mi-chemin pendant cette période de 20 ans, j'avais publié ce qui prend aujourd'hui les allures d'un rapport de correspondant de guerre. Voir Daniel Gervais, « The Price of Social Norms : Towards a Liability Regime for File-Sharing », (2004) 12 *Journal of Intellectual Property Law* 39-74 et Daniel Gervais, « The Tangled Web of User-Generated Content », (2009) 11:4 *Vanderbilt Journal of Technology and Entertainment Law* 841.

6. Pub L 105-304 (1998).

7. *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, JO n° L 167 du 22/06/2001 aux pp 0010-0019.

8. La mise à disposition sur Internet, qu'on la considère ou non comme un droit distinct, nécessite au moins une reproduction sur un serveur et une autorisation de communication au public.

9. Ratifiés par le Canada le 13 août 2014.

10. Le projet de loi C-60 déposé à la Chambre des communes en mai 1987 a reçu la sanction royale le 8 juin 1988. LRC 1985, c 10 (4^e supp), para 1(2) et art 2 et 5. Sur

La phase II, adoptée en 1997, a vu le jour le 25 avril 1996, donc la même année que les traités de l'OMPI, lorsque le projet de loi C-32 a été déposé à la Chambre des communes¹¹. On se souviendra surtout de cette phase pour la protection des droits voisins, mais sans oublier au passage les modifications apportées en 1993 à la définition d'« œuvre musicale » et obligeant tous les diffuseurs à payer des redevances¹². Il faut ajouter à cette liste de nouveautés les mesures destinées à mettre en vigueur *l'Accord de libre-échange nord-américain* entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994¹³ et *l'Accord sur les ADPIC*¹⁴. Ghislain Roussel avait, en octobre 1997, parlé d'une « décade épuisante, mais combien exaltante »¹⁵ dans les *Cahiers de propriété intellectuelle*. Nous venons d'en vivre deux pour le droit d'auteur et il n'y a pas de répit en vue.

1.2 L'adaptation de la Loi canadienne au numérique

Le 22 juin 2001, les deux ministères fédéraux responsables de la politique du droit d'auteur, Industrie Canada et Patrimoine canadien, lancèrent conjointement une consultation publique sur la réforme du droit d'auteur, initiant ainsi une troisième phase de réforme du droit d'auteur. Ce processus a conduit à l'adoption assez récente de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, aussi connue comme projet de loi C-11, en 2012¹⁶. Cette réforme majeure de la Loi a ajouté des droits ou clarifié leur portée dans une tentative avouée d'adapter la politique du droit d'auteur à l'ère d'Internet. Cette réforme comprenait des dispositions visant la responsabilité des intermédiaires, une procédure de notification (*notice and notice*) et la création d'une cause d'action pour violation secondaire du droit d'auteur pour les services en ligne destinés principalement à enfreindre la loi. La loi de 2012 a également

- modifié le régime juridique de photographies,

la Commission, voir le chapitre de Mario Bouchard intitulé « Canada », dans Daniel Gervais (dir), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3^e éd (Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016).

11. LC 1997, c 24.

12. LC 1993, c 23.

13. LC 1993, c 44.

14. LC 1994, c 47.

15. Ghislain Roussel, « Les Cahiers, d'hier à l'après-demain – Regards sur une décade épuisante, mais combien exaltante » (1997) 10:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 7-17.

16. LC 2012, c 20.

- élargi l'utilisation équitable pour inclure expressément l'éducation, la parodie et la satire,
- introduit une exception pour le contenu généré par l'utilisateur et l'écoute ou le visionnement en différé (*time-shifting*) ainsi que
- protégé les systèmes de gestion des droits numériques (DRM) et les informations relatives à la gestion des droits, y compris des règles contre le contournement des mesures techniques de protection (MTP).

Au cours de cette troisième phase, mais avant l'adoption du projet de loi C-11, un certain nombre de petites modifications ont été apportées à la politique du droit d'auteur sans être introduites dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Par exemple, en juin 2007, le Parlement a rapidement adopté le projet de loi C-59 pour ajouter l'article 432 au *Code criminel* destiné à résoudre le problème de l'enregistrement de films dans les cinémas¹⁷. Parmi les autres changements notables, une notion de « retransmetteur de nouveaux médias » a été ajoutée à l'article 31 de la Loi en 2002.

Même après le projet de loi C-11, les changements se sont poursuivis. En 2014, des modifications ont été faites à la Loi pour créer des droits d'actions civiles en ce qui concerne les activités commerciales relatives aux exemplaires illicites et aux marchandises contrefaites. On a aussi adopté dans la foulée de nouvelles mesures aux frontières permettant aux douaniers de retenir les marchandises qu'ils soupçonnent enfreindre le droit d'auteur.

1.3 L'émergence de la Cour suprême du Canada comme joueur clé

Les tribunaux ajoutent souvent leur contribution au débat politique. Dans le domaine du droit d'auteur, toutefois, la Cour suprême du Canada, au cours des dernières années, a fait bien plus que de simples interventions ponctuelles. Elle a joué un rôle clé dans la définition de la politique du droit d'auteur sur plusieurs points essentiels. Dans une approche inspirée d'Hollywood, elle a d'abord rendu une trilogie de décisions, *Théberge c Galerie d'Art du Petit Champlain inc*¹⁸ (« Théberge »), *CCH Canadienne Ltée c Barreau du Haut-Canada*¹⁹ (« CCH ») et *Société des auteurs, compositeurs et*

17. LC 2002, c 26, art 2.

18. 2002 CSC 34.

19. 2004 CSC 45.

*éditeurs de musique c Association des fournisseurs Internet*²⁰ (« SOCAN »), suivie d'une pentalogie de décisions toutes rendues le 12 juillet 2012²¹.

Théberge donna le ton en traitant de l'utilisation équitable comme d'un droit des utilisateurs et de la nécessité de maintenir un « juste équilibre » entre auteurs et utilisateurs²². Je ne referai pas ici l'historique complet de l'évolution de la jurisprudence provenant de l'immeuble créé par Ernest Cormier sur la rue Wellington à Ottawa²³, mais il est clair qu'en augmentant de façon aussi importante qu'inattendue (pour certains d'entre nous du moins) la portée de l'utilisation équitable²⁴, la Cour suprême a modifié les variables de base de l'équation du droit d'auteur. On peut le constater dans une récente décision de la Commission :

En dernier lieu, il ne semble pas y avoir de raison pour laquelle la « recherche » devrait être interprétée de manière large et libérale afin de faire en sorte que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment limités, alors que les autres buts, comme la communication de nouvelles ou l'étude privée, ne seraient pas assujettis à la même considération. La Cour suprême a énoncé que l'utilisation équitable est un droit de l'utilisateur, et non que seulement l'utilisation équitable aux fins de recherche est un droit de l'utilisateur. Par conséquent, toutes les fins

20. 2004 CSC 13. Voir à ce sujet Daniel Gervais, « Canadian Copyright Law Post CCH » (2004), 18:2 *Intellectual Property Journal* 131.

21. *Entertainment Software Association c SOCAN*, 2012 CSC 34 ; *Rogers c SOCAN*, 2012 CSC 35 ; *SOCAN c Bell Canada*, 2012 CSC 36 ; *Alberta (Éducation) c Access Copyright*, 2012 CSC 37 ; *Ré :Sonne c Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2012 CSC 38.

22. *Théberge*, *supra* note 18 aux para 30-32. On peut se demander ce que le terme « utilisateurs » englobe. On peut penser à l'internaute lambda devant son écran, Google, la Grande Bibliothèque du Québec, les entreprises qui scannent ou photocopient des centaines d'articles des revues d'affaires ou scientifiques pour leurs employés ou clients, les chercheurs universitaires, les enseignants, et j'en passe.

23. Les *Cahiers de propriété intellectuelle* avaient eu la gentillesse il y a quelques années de publier une allocution présentée dans l'édifice de la Cour suprême. Voir Daniel Gervais, « Trente ans de droit d'auteur à la Cour suprême du Canada », (2009) 21:2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 419.

24. Voir Daniel Gervais, « The Internet Taxi: Collective Management of Copyright and the Making Available Right, After the Pentalogy », dans Michael M. Geist (dir), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013) 373-401.

prévues aux articles 29 à 29.2 de la *Loi* doivent être interprétées de manière large et libérale.²⁵

Bien évidemment, les choses vont continuer d'évoluer. La question qu'il faut se poser et à laquelle je vais maintenant tenter de répondre est de savoir quel avenir l'Internet réserve aux auteurs.

2. Deuxième partie : principaux changements causés par Internet

Il est indéniable que l'Internet donne accès à une incroyable variété et diversité de produits culturels du monde entier. Puisque cette publication est dédiée à Ghislain Roussel, peut-on comparer Internet à une Grande Bibliothèque virtuelle, disponible à votre café du coin de la rue et partout ailleurs ? Il rend les produits culturels non seulement plus faciles d'accès, mais permet aussi leur modification et leur diffusion par des auteurs et utilisateurs non professionnels. Parce que Internet permet un accès immédiat et une réutilisation facile, il rend possible un cycle d'accès aux œuvres existantes, qui sont ensuite copiées, souvent modifiées, ne serait-ce que par l'addition de commentaires sur les médias sociaux, puis rediffusées. Ce cycle se répète sans cesse dans des directions différentes et sans limite géographique précise. L'Internet offre ainsi de grands avantages pour les auteurs, les utilisateurs et les nouveaux intermédiaires, mais présente aussi un inconvénient dont je traiterai ci-dessous.

2.1 Changements du modèle d'intermédiation

Les bénéficiaires de modèles d'intermédiation fondés sur le contrôle du nombre d'exemplaires – et aujourd'hui presque obsolètes – voient les choses un peu différemment des nouveaux intermédiaires et autres commentateurs *techno-happy*. Ces distributeurs professionnels traditionnels tels que les éditeurs de livres et de musique et d'autres, dont le travail est de trouver et de filtrer les productions culturelles en identifiant les plus prometteuses, ne sont guère en mesure de contenir le flot ininterrompu de « contenus » non filtré : livres auto-publiés, chansons et enregistrements sonores produits en utilisant des logiciels de base et sans studio d'enregistrement mis

25. *Tarif des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction, au Canada, d'œuvres de son répertoire [Gouvernements provinciaux et territoriaux – 2005-2014]* au para 240 (22 mai 2015), en ligne : <<http://cb-cda.gc.ca/decisions/2015/DEC-2015-03-22.pdf>>.

à disposition du public sur YouTube, etc.²⁶. Les filtres existent toujours, mais ils ont maintenant tendance à prendre des formes différentes : soit des marques d'éditeurs célèbres auxquelles les distributeurs peuvent se fier, comme celles des revues *Nature*, *Science*, ou celles de grandes maisons d'édition, ou les diverses formes d'évaluations fournies par des internautes et regroupées sous forme d'étoiles, de notes et de commentaires sur les médias sociaux ou ailleurs.

Les distributeurs de contenu traditionnel ont émergé dans un environnement non-numérique dans lequel les produits culturels étaient généralement distribués sous forme d'exemplaires physiques comme des livres, DVD et CD par un nombre limité de diffuseurs professionnels tels que les libraires, les magasins de disque, les salles de cinémas, les réseaux de télévision ou autres diffuseurs autorisés, par exemple par le CRTC, à opérer en tant que tels. Souvent, les distributeurs professionnels avaient pour pratique d'acquiescer en amont le droit d'auteur sur une œuvre auprès de l'auteur et d'ensuite utiliser leur statut d'ayant droit dans leurs relations avec les diffuseurs. Avant la révolution numérique, ces ayants droit décidaient notamment des dates de parution ou de sortie en salles, ce qu'on appelle généralement la « chronologie des médias »²⁷. Il est pratiquement impossible aujourd'hui, même pour un studio de Hollywood, d'essayer de maintenir une chronologie quelle qu'elle soit car les utilisateurs s'attendent à ce que les nouvelles œuvres soient disponibles en ligne le même jour que la sortie en salles²⁸. Si elles ne le sont pas légalement, elles le seront illégalement.

Les nouveaux modèles d'intermédiation sont bien différents. Ils sont généralement mis en œuvre par des entités non propriétaires de droits. Google n'a pas acheté les droits des livres ou œuvres d'art qu'elle a numérisés sans l'autorisation des auteurs. Ces entités – les moteurs de recherche, par exemple – ont un modèle d'affaires simple mais essentiel. Elles « connectent » les internautes aux informations ou contenus qu'ils recherchent. La différence essentielle

26. Voir Maureen A. O'Rourke, « A Brief History of Author – Publisher Relations and the Outlook for the 21st Century », (2003) 50 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 425 à la p 462 et Gabe Bloch, « Transformation in Publishing : Modeling the Effect of New Media », (2005) 20 *Berkeley Technology Law Journal* 647 à la p 669.

27. Voir Séverine Dusollier et Caroline Colin, « Peer-to-Peer File Sharing and Copyright: What Could Be the Role of Collective Management? », (2011) 34 *Columbia Journal of Law & the Arts* 809 à la p 834.

28. Voir Urs Gasser, « Regulating Search Engines : Taking Stock and Looking Ahead », (2006) 8 *Yale Journal of Law & Technology* 201.

entre les intermédiaires traditionnels et ces nouveaux venus est que les contenus ne sont pas au cœur du métier de la plupart des intermédiaires qui ont vu le jour après la création d'Internet. Les contenus ne sont à leurs yeux que des outils pour générer plus d'utilisations de leurs services, qui à leur tour génèrent des revenus publicitaires.

Les intermédiaires traditionnels – dont le modèle économique dépend de la diffusion payante de contenus, soit par la vente d'exemplaires ou par un accès limité au contenu – doivent donc désormais rivaliser avec des intermédiaires dont les revenus proviennent de publicités liées au visionnement de contenus. Que ceux-ci soient filtrés ou non par un professionnel importe peu. En fait, les nouveaux contenus sont souvent produits par des amateurs et semi-amateurs ou même par des professionnels « non affiliés » à des distributeurs traditionnels.

Un article du *New York Times* résume bien l'esprit qui anime la plupart des nouveaux intermédiaires, et en quoi celui-ci diffère des modèles de distribution traditionnels :

The first principle is to be a middleman – or in tech lingo, a platform – connecting the people who post on YouTube with those who watch their videos, or the people who need a ride with people who will drive them. As platforms, the thinking goes, they are just connectors, with no responsibility for what happens there. For websites, this is codified in law – they are not legally responsible for what their users publish, according to the Communications Decency Act, perhaps the most influential law in the development of the web. 'These folks grew up in a world where platforms are not responsible, and then when they go do stuff in the real world, they expect that to be the case,' said Ryan Calo, an assistant professor at the University of Washington law school who studies cyber law. [...] Regulators are little more than roadblocks standing in the way of innovation.²⁹

On peut ajouter un corollaire à ceci, soit que ces nouveaux intermédiaires trouvent non seulement normal mais nécessaire que les changements technologiques induisent des changements dans les valeurs fondamentales de la société. Comme l'écrivait le *New York Times Magazine*, « in Silicon Valley, the notion that technology

29. Claire Cain-Miller, « When Uber and Airbnb Meet the Real World », [2014-10-17] *New York Times*, en ligne : <nyti.ms/1wrf624>.

spreads values is part of the corporate culture », sorte de néo-impérialisme numérique³⁰. Il semblerait donc qu'il faille que la politique, du droit d'auteur ou autre, s'adapte à eux et non l'inverse. En d'autres mots, on peut y voir ce qui à mon sens est davantage un déterminisme qu'un impérialisme technologique (l'un induit peut-être l'autre) selon lequel il faut accueillir les changements techniques car ils sont une forme de progrès entraînant un « déterminisme normatif » selon lequel il faut laisser les techniques évoluer sans les réglementer. On peut, entre autres, le voir dans le cas de la plateforme Uber pour l'industrie du taxi. Devrait-on envisager de laisser des analystes politiques robotisés chez Google écrire une nouvelle version de la Loi ?

Un groupe d'universitaires français a publié une lettre ouverte dans le journal *Libération* pour que les chercheurs universitaires sortent de leur torpeur dans l'analyse du phénomène, notant au passage que la « réflexion critique sur ces mutations reste pauvre » et que les « intellectuels semblent plongés dans une hypnose collective et béate »³¹.

Quoi qu'il en soit, il est clair qu'une approche commerciale dans laquelle la publicité sans rapport avec la vente de contenu est le cœur du métier de l'intermédiaire *affecte la nature même de l'opération d'intermédiation*. L'intermédiaire dicte les choix offerts à l'utilisateur, ou du moins l'ordre dans lequel les résultats de la recherche apparaissent³². Cela est important. On y a même attribué par le passé un impact décisif sur des résultats électoraux³³. Les utilisateurs ont souvent tendance à suivre les utilisateurs précédents et à se limiter aux premiers résultats de recherche. Ils décident ce qu'ils veulent écouter, regarder ou lire en tenant compte des commentaires laissés par les utilisateurs, mais souvent seulement parmi les meilleurs choix offerts par l'outil de recherche.

30. Bill Wasik, « Welcome to the Age of Digital Imperialism », [2015-06-07] *New York Times Magazine* 16 à la p 18.

31. Thomas Bouchet et al., « À l'université, l'illusion numérique », [2015-06-15] *Libération*, 15 à la p 21, en ligne : <http://www.liberation.fr/societe/2015/06/14/a-l-universite-l-illusion-numerique_1329517>.

32. Voir Rolfe Winkler, « Google Pushes Its Own Content – As More Users Move to Smartphones, the Search Game Is Changing in Novel Ways », [2014-08-19] *Wall Street Journal* B.1.

33. Voir Craig Timberg, « Research in India suggests Google search results can influence an election, [2014-05-12] *The Washington Post*, en ligne : <wapo.st/1t9cmqn>.

Dans ce nouvel environnement, il n'y a pas de pénurie physique d'exemplaires. Il y a une pénurie de « connexions ». La rareté physique a été remplacée par ce que je qualifierais de rareté de temps en ligne. Or, la capacité de l'intermédiaire de dicter ou du moins d'influencer les préférences des utilisateurs est devenue l'une des clés principales de la création de connexions et, par conséquent, de la valeur qu'aura une œuvre en ligne. Autrement dit, le temps disponible et les préférences des utilisateurs sont les principaux filtres de création de valeur pour les contenus culturels sur Internet et ce temps est modulé en grande partie par les nouveaux intermédiaires³⁴. La « loi » du nouvel environnement peut être formulée ainsi : la valeur d'un objet informationnel sur Internet ne provient pas de sa rareté mais plutôt du fait que ceux qui y attribueront le plus de valeur le trouvent, l'utilisent et en parlent.

2.2 Le rôle des algorithmes de recherche

Les algorithmes de préférence utilisés par les nouveaux intermédiaires sont calibrés pour maximiser leurs revenus publicitaires, qui sont sans rapport avec une quelconque valeur intrinsèque des contenus. Ces contenus ne sont que de simples vecteurs publicitaires. Ces algorithmes supposent généralement que l'utilisateur va apprécier davantage ce qu'il a valorisé dans le passé. Les algorithmes cherchent à garder cet utilisateur en ligne en le maintenant dans ce qu'on pourrait appeler sa « zone de valeur », donc sans le bousculer³⁵. Cette zone est celle dans laquelle il trouvera d'autres contenus auxquels il attribuera de la valeur – et passera donc plus de temps à les consulter. Dans un monde où presque tout est dans le *Cloud*, la valeur d'un artefact culturel peut ainsi être définie comme l'amalgame créé par le nombre d'utilisateurs connectés à ce contenu qui le valorisent individuellement et vont le partager avec d'autres. Ce partage crée des effets de réseau qui, à leur tour, créent plus de valeur. Or, il faut le rappeler, ce sont les nouveaux intermédiaires, y compris les médias sociaux, qui fournissent et contrôlent cette nouvelle infrastructure de création de valeur.

Ce changement dans les modèles d'intermédiation peut-il être vu autrement que comme une forme de progrès pour les auteurs ?

34. J'ai abordé cette question plus en détail dans l'article suivant : Daniel Gervais « Individual and Collective Management of Rights Online », dans Johan Axhamn (dir), *Copyright In A Borderless Online Environment* (Stockholm, Norstedts Juridik, 2012) 89 à la p 98.

35. Voir Lisa Larrimore Ouellette, « The Google Shortcut to Trademark Law », (2014) 102 *California Law Review* 351 à la p 401.

L'hypothèse selon laquelle les changements dans la façon dont les produits culturels sont créés et diffusés se traduisent toujours en progrès pour l'humanité sous-tend notre régime de droit d'auteur. Et, effectivement, il y a eu des progrès importants. L'Internet a montré qu'il peut percer le bouclier de la censure³⁶. L'enseignement à distance fournit un moyen peu coûteux d'envoyer les dernières informations aux confins de la planète. Les utilisateurs non-voyants ont accès à plus de livres que jamais. Les outils de partage de l'information ont permis des révolutions et l'organisation de grandes manifestations. Cela dit, il ne faut pas en conclure que ce meilleur accès à l'information et à son partage est une forme de progrès pour les auteurs. Certes les utilisateurs trouveront, puis voudront accéder, à un plus large éventail d'informations et de produits culturels. Mais, comme je l'ai mentionné ci-dessus, la culture en ligne est établie par des modèles d'intermédiation qui alimentent les choix des utilisateurs en se fondant sur des informations et des produits culturels qui pour eux sont déjà en territoire familier. Pour beaucoup, Internet sera donc *more of the same*. Les utilisateurs accèdent à beaucoup de contenus, mais ils accèdent à ce qui leur est recommandé par des intermédiaires ou par leurs pairs. Cela peut conduire à une réduction sensible de choix réels et n'est pas une garantie de qualité ou de diversité. Si la diversité est plus « possible » que jamais auparavant, cette possibilité sera-t-elle bien exploitée ? On peut en douter.

Cela a des conséquences à d'autres niveaux. L'internaute cherche souvent des informations auprès de sources qui vont le « conforter » plutôt que de lui présenter des idées nouvelles qui le feront cliquer pour revenir vers l'arrière et vers sa zone de valeur. Cela est visible sur les chaînes d'information spécialisées, peut-être plus aux États-Unis qu'ailleurs. Sur Internet, cela est vrai partout et non seulement dans le monde des médias états-uniens.

Selon le philosophe pragmatiste américain John Dewey, démocratie et éducation sont sœurs. Pour réaliser la démocratie idéale, ou au moins la rendre opérationnelle, les citoyens, surtout les plus jeunes, doivent acquérir le meilleur du passé et avoir la possibilité de continuer à construire sur celui-ci. Comme il l'explique :

36. Voir Paul R. Williams et Colleen (Betsy) Popken, « U.S. Foreign Policy and the Arab Spring : Ten Short-Term Lessons Learned », (2012) 41 *Denver Journal of International Law & Policy* 47 à la p 59.

[S]ocial efficiency as an educational purpose should mean cultivation of power to join freely and fully in shared or common activities. This is impossible without culture, [...] and there is perhaps no better definition of culture than that it is the capacity for constantly expanding the range and accuracy of one's perception of meanings.³⁷

Or, les biens informationnels et les produits culturels sont les vecteurs les plus importants dans ce contexte. Pour remplir son office, la culture a besoin qu'on ait accès à des livres, des films, de la musique et de l'art de « qualité », soit des œuvres qui portent en elles le pouvoir d'élargir le sens du passé et du présent et d'ouvrir des horizons différents. La culture croît et devient plus riche quand le citoyen-internaute a accès – on pourrait dire quand il est confronté – à de nouvelles formes de création de haute qualité. Les grands travaux et produits culturels font en effet partie des outils intellectuels les plus importants car cet ensemble d'outils fournit des façons de comprendre, d'analyser et de critiquer l'information et le monde. Il semble donc juste de se demander si Internet, constitué d'abord et avant tout par les outils de mise en forme de préférences de l'utilisateur décrits ci-dessus, se révélera être aussi bénéfique pour la production culturelle et la démocratie qu'on le dit parfois.

Le rétrécissement du rôle des diffuseurs, et donc des filtres, professionnels signifie que les flux informationnels et culturels sont immenses et beaucoup trop grands pour un esprit humain quel qu'il soit. Cela signifie que les utilisateurs *doivent* recourir à d'autres filtres comme des portails, des outils de recherche et des robots. Or, ces filtres ne sont pas neutres. Tout d'abord, les filtres sont influencés par ceux qui paient pour les annonces et le « placement » des résultats sur les pages qui affichent les résultats de recherche. Deuxièmement, dans une tentative de rendre les contenus plus « pertinents » aux utilisateurs, c'est-à-dire plus familiers, tel qu'entendu par la zone de valeur décrite précédemment, les filtres donnent aux gens ce qu'ils veulent en se basant sur ce qu'ils ont déjà. Cela peut sembler une bonne chose, mais c'est précisément là que se situe le risque. Les moteurs de recherche ou les médias sociaux empêchent souvent de voir d'autres cultures, d'être exposés à des contenus et des points de vue « indésirables » (qui, si affichés, seront déformés). Internet est donc une arme à double tranchant : il augmente grandement l'accès et la disponibilité des informations et des productions culturelles et

37. John Dewey, *Democracy and Education : An Introduction to the Philosophy of Education* (New York, Macmillan, 1922) aux pp 144-145.

met à disposition des outils simples et peu coûteux pour promouvoir la culture, la coopération, la concertation et le consensus, mais il cause du même souffle une surabondance d'information et de culture qui nécessite l'utilisation de filtres qui opèrent un rétrécissement du champ informationnel et culturel.

3. Troisième partie : les auteurs et Internet

Les dernières années ont pu faire penser, pour ceux qui comprendront cette haute référence culturelle, à une version revue et corrigée des *Belles Histoires des Pays d'en Haut*. Les auteurs doivent, nous dit-on, apprendre à vivre dans la misère. Les grandes multinationales de l'Internet, version géante de Séraphin Poudrier, celles qui permettent de trouver les contenus et qui sont donc devenues des intermédiaires incontournables, ont en grande partie réussi à utiliser l'argument du plus grand accès « gratuit » pour tous (sans autre forme de paiement que le visionnement de publicités) pour faire valoir que les auteurs doivent accepter leur notoriété éventuelle comme seule forme de paiement³⁸. Comme certains auteurs professionnels me l'ont confié en chinois, « fame doesn't pay my bills ».

Or, en 2015, on peut douter tant de la véracité technique de cette affirmation que de son aspect normatif. S'agissant de ce dernier, je pense que Ghislain Roussel serait d'accord pour affirmer que, si le droit d'auteur ne fonctionne pas pour les créateurs (auteurs et artistes), il ne fonctionne pas, point final. Au niveau de la technique, des réponses différentes, mais tout aussi convaincantes à mes yeux, existent.

Pour commencer l'analyse, je m'empresse de souligner une erreur politique (au sens de *policy*) fréquente, soit de penser que tout type de réforme du droit d'auteur doit coller à la prémisse d'une taille unique, un droit d'auteur *one-size-fits-all*. Je considère qu'il s'agit là d'une erreur épistémologique à la racine même des analyses concernant le fonctionnement (et les dysfonctionnements) du système du droit d'auteur.

38. Les exemples sont nombreux mais on peut penser au projet « Google Books », encensé par les juges états-uniens comme la forme ultime, presque l'aboutissement normatif, du *fair use*, et qui ont permis à Google de numériser tous les contenus sans obligation d'obtenir un consentement ou de payer quoi que ce soit à qui que ce soit.

3.1 *Le fractionnement de la notion d'auteur*

Le terme « auteur » (ou « créateur » qui, à mes yeux, inclut les artistes-interprètes) peut faire référence à des réalités bien différentes sur Internet. Bien que différentes taxonomies des différentes catégories d'auteurs soient certainement possibles, je propose ici une catégorisation simple composée de quatre types d'auteurs différents aux fins d'identifier les failles et les améliorations possibles du système du droit d'auteur.

Les auteurs de la première catégorie sont ceux qui ne veulent que « partager » et qui n'ont pas la possibilité de générer un revenu important de la vente de leur travail. On pense aux travaux dont le but est seulement de diffuser des idées ou des opinions, par exemple des blogues. Contrairement aux savants et aux autres auteurs de deuxième catégorie, les auteurs dans cette catégorie ne sont pas *a priori* susceptibles de vouloir soutenir les flux financiers de maisons d'édition.

Ce qui nous mène à la deuxième catégorie. Celle-ci est constituée de savants et de chercheurs mais aussi d'auteurs qui bénéficient de diffusion commerciale mais dont les revenus sont nuls ou peu importants, par exemple en poésie. Ils sont souvent payés à la fois pour enseigner et pour ajouter à l'ensemble des connaissances dans leur domaine, mais touchent rarement des revenus substantiels de la vente d'exemplaires de leurs œuvres. Ils veulent être lus et reconnus. En d'autres termes, leur revenu est bien peu lié au potentiel commercial, le cas échéant, de leurs recherches et publications. La publication de leurs œuvres est avant tout destinée à maximiser leur « visibilité ». La reconnaissance de leur qualité d'auteur est essentielle. Certains chercheurs et auteurs de cette catégorie peuvent avoir un intérêt au moins indirect à ce que soient maintenus des flux financiers pour les éditeurs spécialisés, par exemple ceux qui fournissent un service essentiel d'examen par les pairs. En outre, les chercheurs peuvent vouloir bénéficier de la notoriété d'être publiés par les éditeurs les plus connus.

La troisième catégorie d'auteurs se compose de créateurs qui croient qu'ils peuvent réussir sur le plan commercial mais n'ont pas (encore) obtenu le soutien d'un distributeur professionnel. Ils sont dans une phase que je qualifierais de quête promotionnelle. Le souhait premier des auteurs à ce stade est logiquement de maximiser le nombre d'utilisateurs potentiels de leur travail. Leur premier défi est de créer des connexions et une valeur sur Internet, c'est-à-dire

d'émerger aux yeux d'utilisateurs qui attribueront une valeur à leur travail dans un océan de nouvelles productions culturelles. Leur second défi est de passer ensuite à la vitesse commerciale afin de générer une rémunération adéquate leur permettant de continuer leur travail. Ces auteurs ont besoin du droit d'attribution mais sont souvent prêts à accepter des utilisations peu ou pas payées de leurs œuvres en échange d'une plus grande visibilité.

La quatrième et dernière catégorie est celle des créateurs professionnels ou « de carrière » dont les revenus dépendent des utilisations payantes à leur travail par la vente d'exemplaires, l'accès en ligne, etc. Cette catégorie comporte des romanciers professionnels, compositeurs, réalisateurs, scénaristes, etc. Une partie importante de leurs revenus dépend de la vente d'exemplaires ou d'accès à leurs œuvres. Elle comprend aussi les auteurs d'œuvres vendues en galerie. Le dénominateur commun des auteurs de cette catégorie est qu'ils ont besoin d'exercer un certain degré de contrôle sur les formes d'exploitation de leur travail qui sont importantes d'un point de vue commercial. Ces auteurs font face à différentes contraintes industrielles selon le type de distributeur professionnel avec lequel ils travaillent, mais en général ils cherchent à monétiser leur travail dans toute la mesure du possible, c'est-à-dire à protéger leur droit d'attribution. Ils ont généralement accès à des professionnels pour négocier certaines utilisations plus particulières de leurs œuvres (par exemple l'utilisation de musique en publicité télévisuelle ou dans un film).

En somme, l'environnement Internet a mené à un changement de paradigme et à un fractionnement beaucoup plus évident qu'auparavant dans l'analyse de la notion d'auteur. Comme l'a écrit Marshall McLuhan, « to treat [new media] as humble servants of our established conventions would be as fatal as to use an x-ray unit as a space heater »³⁹. À mon sens, ce changement de paradigme est mal compris. Il a aujourd'hui dépassé les arguments enracinés dans le post-modernisme jugeant inévitable la mort de l'auteur et l'émergence de la création post-humaine, « whatever that may be »⁴⁰. Je serais bien incapable de prédire pendant combien de temps les auteurs (humains) vont survivre comme source importante de production culturelle. À court terme, une question moins métaphysique,

39. Marshall McLuhan, *Electronic Revolution* (1959), cité par Adalaide Morris et Thomas Swiss (dir), « New Media Poetics » (Cambridge, MA, MIT Press, 2006) à la p. v.

40. Voir Jane C. Ginsburg, « The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law », (2003) 52 *DePaul Law Review* 1063 aux pp 1064-1065.

certes, mais beaucoup plus structurante, est de savoir si les auteurs (humains) *doivent* être payés.

3.2 Les auteurs doivent-ils être rémunérés pour leur travail ?

L'argumentaire utilisé pour faire valoir que les auteurs, même professionnels, ne devraient *pas* être rémunérés pour leur travail – ou du moins pas en raison d'un quelconque droit d'exploitation de leurs œuvres – comporte deux volets.

Le premier volet se fonde sur une affirmation *a priori* inattaquable, soit que de nombreux auteurs de contenu disponible sur Internet (peut-être même la plupart) ne veulent pas être payés ou ne pensent pas être en mesure de recevoir une compensation pécuniaire substantielle. Ce sont les auteurs appartenant aux trois premières catégories mentionnées ci-dessus. Il s'ensuit selon certains qu'aucun auteur n'a besoin de la composante patrimoniale du droit d'auteur. En gros, l'argument se résume donc à ceci : puisque certains auteurs ne veulent pas être payés, il n'est plus nécessaire de payer quelque auteur que ce soit. On évacue tout simplement la quatrième catégorie d'auteurs. Or, ce sont ces auteurs qui produisent la majorité des œuvres qui vont rester et contribuer au développement du patrimoine culturel. Les grandes œuvres du passé – celles dont on se souvient aujourd'hui – sont le plus souvent le fruit du travail d'auteurs *professionnels* et non de créations fortuites d'amateurs. Fellini a encore la cote par rapport aux vidéos de petits chatons trop *cute* sur YouTube.

Que certains auteurs utilisent le droit d'auteur pour obtenir un paiement des utilisateurs pour l'accès ou l'utilisation de matériel protégé par droit d'auteur ne restreint en rien la liberté des autres auteurs de ne rien réclamer ou de ne pas utiliser ou exercer leurs droits. Ces auteurs peuvent « donner » leur travail sans paiement à l'aide de *Creative Commons* par exemple. Les auteurs de contenus audiovisuels ou musicaux peuvent téléverser ou *uploader*, comme on dit en France, sur YouTube, où ces contenus pourront être consultés gratuitement par les utilisateurs. Les chercheurs et auteurs universitaires peuvent rendre leur matériel disponible gratuitement sur des sites spécialisés, mais tout cela n'exclut pas la possibilité – j'oserais dire l'obligation politique – de trouver une formule qui fonctionne aussi pour les auteurs professionnels qui dépendent de la création de flux financiers viables.

Une version de ce premier volet de l'argumentaire « anti-rémunération » est de dire que les auteurs professionnels ou de carrière ne pensent pas aux incitatifs financiers *pendant qu'ils écrivent ou travaillent à la création de nouvelles œuvres*. Cet argument tombe dès lors qu'on l'analyse d'un point de vue temporel. La réponse à l'argument est précisément que les auteurs professionnels ont besoin d'un flux de revenus pour avoir le *temps* de créer. Ce qui leur passe par l'esprit au moment où ils créent, pour autant qu'on puisse le savoir, n'est tout simplement pas pertinent. Les auteurs ont besoin de temps pour parfaire leur art ou leur technique et pour créer de nouvelles œuvres de qualité.

Un deuxième volet de l'argumentaire « anti-rémunération » pour les auteurs est que beaucoup de nouvelles créations sont maintenant basées sur la réutilisation de contenu préexistant comme le *fanfiction* ou l'art d'appropriation. La réponse doctrinale appropriée à cet argument n'est pas d'éliminer le droit d'auteur ou le paiement pour les auteurs d'œuvres réutilisées, mais plutôt d'épouser une doctrine d'utilisation équitable appropriée et adéquate. L'ajout de l'article 29.21 à la Loi est un autre exemple d'adaptation du droit.

3.3 Une réforme pour tous les auteurs

Comment procéder pour arrimer droit d'auteur et « auteurs en ligne » ? Je propose comme point de départ normatif que le système doit pouvoir accueillir toutes les catégories d'auteurs, soit les quatre catégories ci-dessus. Une meilleure capacité à moduler les règles du droit d'auteur et leur application pour chaque catégorie d'auteurs est susceptible de rendre le droit d'auteur plus compréhensible et plus facilement accepté et, de ce fait, de réduire l'écart entre la norme juridique et les normes sociales. Dans les mots du juge en chef de la Haute Cour d'Australie, « une base normative compréhensible pour une propriété intellectuelle est nécessaire pour sa clarté morale »⁴¹.

Afin de déterminer si la politique du droit d'auteur actuelle peut accueillir toutes les catégories d'auteurs, il faut, à mon sens, envisager la question sous trois aspects différents.

Le premier aspect est celui de la réutilisation massive des œuvres existantes comme nouveau paradigme de création. Si « créer » veut aujourd'hui dire transformer non plus seulement les

41. Robert French, « A Public Law Perspective on Intellectual Property », (2014) 17 *Journal of World Intellectual Property* 61 à la p 65 [traduction libre de l'auteur].

idées mais bien l'expression d'autrui, l'utilisation équitable doit être soigneusement recalibrée en conséquence. Des systèmes de licences préétablies pour les réalisations qui dépassent le cadre de l'utilisation équitable, par exemple pour l'échantillonnage musical systématique (ce que la professeure Ginsburg nomme « permitted but paid »⁴²) sont aussi envisageables. Parce que la réutilisation via des outils numériques prend souvent des allures de « copier-coller », elle est en effet devenue une source majeure de tension pour un système de réglementation comme le droit d'auteur, qui a historiquement permis la réutilisation des idées mais a été plus avare en ce qui a trait à la réutilisation non autorisée de l'expression d'autrui, qui nécessite en théorie une autorisation à la pièce. Or, à cette échelle, les transactions individuelles sont souvent soit impossibles, soit trop onéreuses.

Au-delà de ces autorisations préétablies, et encore plus en leur absence, la doctrine d'utilisation équitable de transformation doit sans doute être étendue, mais à quel point ? La détermination de cette limite devra probablement être laissée aux tribunaux au cas par cas et être éclairée par le choix du législateur canadien de prévoir une exception précise dans la Loi (article 29.21) avec des conditions bien précises⁴³.

Le deuxième aspect est lié à la nécessité de réexaminer attentivement l'évolution de la jurisprudence sur l'accès pur ou « consommateur » gratuit (c'est-à-dire pas dans un but de création ou de transformation) en tant qu'utilisation équitable. Les tribunaux américains, à l'instar de la Cour suprême canadienne, ont tenté de reformuler l'utilisation équitable pour répondre aux besoins des utilisateurs. Ils ont ainsi jugé que le simple fait de fournir un accès numérique aux œuvres – même si ces œuvres étaient déjà disponibles en format numérique et déjà sur Internet – était une fonction « transformatrice », et donc équitable, parce que les contenus étaient plus faciles à trouver⁴⁴. Plus récemment, un tribunal d'appel fédéral situé à New York a jugé que la fourniture de la capacité de recherche en scannant le contenu de millions de livres était également « transformatrice » et, par conséquent, une forme d'utilisation équitable⁴⁵.

42. Jane C. Ginsburg, « Fair Use for Free, or Permitted-but-Paid ? », (2014) 29 :3 *Berkeley Technology Law Journal* 1383.

43. Je ne le ferai pas ici mais il faudrait aussi aborder dans ce contexte la question de l'application du droit d'adaptation. Voir Daniel Gervais, « The Derivative Right, or Why Copyright Protects Foxes Better than Hedgehogs », (2013) 15:4 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 785 aux pp 848-50.

44. *Perfect 10, Inc v Amazon.com, Inc*, 508 F3d 1146 (9^e Cir 2007).

45. *Authors Guild, Inc v Google Inc*, 16 octobre 2015 (2^e cir).

Je ne conteste pas la valeur de ces initiatives, mais je doute qu'un outil unique, à savoir l'utilisation équitable, puisse répondre à toutes les questions de réutilisation, que ce soit la recherche, l'accès aux œuvres sur Internet ou autres. Le manque est d'autant plus criant que la bataille a été livrée entre deux types d'intermédiaires (les distributeurs traditionnels et les nouveaux intermédiaires mentionnés dans la première partie de cet article) portant de façon pas toujours convaincante les couleurs des auteurs et des utilisateurs, car au final, s'agissant des auteurs, ils sont les grands laissés pour compte dans ce débat entre les titans d'Internet. Qui plus est, en poussant tout le débat sous le chapiteau normatif de l'utilisation équitable, on risque de diluer la notion elle-même. Elle navigue à présent loin de ses amarres normatives traditionnelles aux États-Unis, mais probablement aussi au Canada⁴⁶.

Troisième et dernier aspect, il faut corriger sans délai une injustice criante dans certains domaines de la distribution numérique. La musique semble de loin le plus grand coupable ici. Aux États-Unis, cela est dû à un problème de réglementation. Alors que les deux principales organisations de gestion collective qui représentent les auteurs et les éditeurs sont soumises à des décrets *antitrust* qui leur lient les mains, les maisons de disques jouissent de droits exclusifs complets en matière de transmissions numériques interactives d'enregistrements sonores⁴⁷. Cela a permis aux entreprises de disques de déplacer les flux financiers pour la musique numérique, de sorte que le ratio actuel de paiements aux auteurs-compositeurs par rapport aux compagnies de disques est intenable, de l'ordre de 98/2⁴⁸.

Ce n'est pas beaucoup mieux au Canada. Selon une analyse faite par l'économiste Pierre-É. Lalonde pour le compte de l'Association des auteurs-compositeurs canadiens, ces services « versent 60 à 70 % des revenus bruts aux titulaires de droits selon une répartition d'environ 94/6 en faveur des labels »⁴⁹. Apple Music, le

46. La Cour d'appel du septième circuit (Chicago) a d'ailleurs noté récemment le « brouillard normatif » dans lequel baigne l'utilisation équitable en droit états-unien. Voir *Kienitz v Sconnie Nation LLC*, 766 F3d 756, 758 (7^e Cir 2014).

47. Voir Daniel Gervais, « The Landscape of Collective Management », (2011) 24:4 *Columbia Journal of Law & the Arts* 423, aux pp 435-26.

48. Voir Eddie Schwartz, « Coda : Fair Trade Music: Letting the light shine in », dans Daniel Gervais et Susy Frankel (dir), *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) 312.

49. Pierre-É. Lalonde, *Résumé analytique – Étude rémunération équitable*, CIAM14-1172, Conseil International des Créateurs de Musique 23 octobre 2014, en ligne : <<http://bit.ly/1JtxyNX>>.

nouveau service de *streaming*, paiera même apparemment un peu plus, soit entre 71 et 73 % de ses revenus en redevances pour l'utilisation des droits d'auteur et des droits voisins⁵⁰.

Le problème principal n'est pas la somme totale disponible, car le paiement de 60 à 70 % des revenus n'est pas *a priori* ridicule. Le ridicule, qui ici peut « tuer » (les auteurs professionnels), est dans la répartition des sommes entre auteurs et ayants droit. Une intervention réglementaire semble indispensable pour corriger le tir. Il est vrai que le passage du téléchargement au *streaming* entraîne une modification des flux financiers mais, à terme, on peut espérer que la majorité des utilisateurs paiera un forfait pour l'accès aux œuvres de certaines catégories. Il faut que le droit d'auteur soit un terrain fertile pour la création professionnelle plutôt que de lancer quelques miettes aux auteurs, comme c'est le cas actuellement.

De façon plus technique, on peut évoquer, sans que je puisse les développer en détail ici, plusieurs moyens de réorchestrer les normes du droit d'auteur. S'agissant de l'utilisation équitable, je propose de traiter l'accès équitable et gratuit et la réutilisation à des fins de création comme des objets d'analyse distincts. On peut entrevoir des critères qui reflètent la portion congrue que représente aujourd'hui le droit d'interdire en droit d'auteur, mais sans pour autant éliminer d'emblée la rémunération des auteurs professionnels. Les licences d'accès offertes aux entreprises, gouvernements et institutions d'enseignement devraient ainsi être repensées et permettre, avec des balises appropriées, l'utilisation à des fins de recherche, d'étude privée et d'enseignement, mais aussi la modification et la réutilisation. Dans tous les cas, le droit d'attribution doit être reconnu, à moins que les circonstances rendent cela impossible car les auteurs de toutes les catégories y tiennent en principe⁵¹.

Il faut aussi réadapter le régime de responsabilité limitée pour les moteurs de recherche. Les nouveaux intermédiaires ne sont plus de simples tuyaux. Or, il s'agissait de la justification principale pour

50. Voir Lucy England, « An Apple exec just revealed how much Apple Music is really going to pay record labels », [2015-06-16] *Business Insider*, en ligne : <<http://www.businessinsider.com/revenue-split-for-apple-music-2015-6#ixzz3dETFgRIK>>.

51. Même les auteurs de la première catégorie, qui y attachent peu d'importance, seront vraisemblablement peu enclins à militer contre le droit d'attribution. Libre bien sûr à un auteur de créer à titre pseudonyme ou anonyme. Il ne s'agit là en fait que d'une application parmi d'autres du droit d'attribution. Voir André Lucas, Henri-Jacques Lucas et Agnès Lucas-Schloetter, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd (Paris, LexisNexis, 2014).

leur absence pratiquement complète de responsabilité dans la manipulation des contenus. Les algorithmes de recherche ne sont plus bénins, ni d'ailleurs leur rôle dans la diffusion des contenus culturels, comme ils le disent eux-mêmes :

YouTube was founded in February 2005 above a pizzeria in San Mateo, California. The concept was born of necessity, as Hurley and Chen recognized the need for an efficient way to share personal videos with friends. They developed the site as a 'consumer media company' in order to allow people across the globe to upload and share videos.⁷ However, it has evolved into much more than a simple conduit through which to pass information. As the site itself acknowledges, YouTube has 'grown into an entertainment destination'.⁵² [note de bas de page omise.]

Enfin, et surtout, les modèles d'affaires fondés sur l'accès illimité en échange du visionnement ou de l'écoute de publicités doivent faire l'objet d'un partage équitable des revenus. Ce n'est pas le cas actuellement. Il faut, d'une part, que les titulaires de droit d'auteur puissent se partager une part raisonnable des revenus et, d'autre part, qu'entre auteurs et autres ayants droit la répartition soit équitable. Le système échoue actuellement dans l'atteinte de l'un et l'autre de ces objectifs pourtant essentiels. Ce ne sont que les *majors* qui touchent des revenus aujourd'hui, qui plus est, sans transparence réelle⁵³.

Conclusion

Le sort des créateurs professionnels est un enjeu culturel majeur. Les règles de droits d'auteur spécifiques sont évidemment contingentes et doivent être adaptées aux nouvelles réalités de la distribution en ligne et de la réutilisation avec des outils numériques. Cela dit, l'application de ces règles modifiées par le législateur et les tribunaux depuis quelques années est une histoire bien peu réjouissante pour les auteurs.

Il faut que le droit d'auteur fonctionne pour tous les auteurs. J'ai proposé dans ces pages une taxonomie de la notion d'auteur

52. Lauren Brittain Patten, « From Safe Harbor to Choppy Waters : YouTube, the Digital Millennium Copyright Act, and A Much Needed Change of Course », (2007), 10 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 179 à la p 181.

53. Christina Scelsi, « You Tube the World of Viral Video », (2006) 24:3 *Entertainment & Sports Law* 10, aux pp 10-11.

sur Internet en quatre catégories. Il faut, pour que le système du droit d'auteur fonctionne pour chacune d'entre elles, réaffirmer le droit d'attribution, permettre l'accès et la réutilisation en combinant l'exception d'utilisation équitable et des régimes d'autorisation ouverts (avec rémunération dans les cas appropriés) ainsi qu'exiger plus de transparence et d'équité dans la perception et la répartition des revenus générés par l'utilisation massive des œuvres en ligne, notamment par *streaming*. Nous avons impérativement besoin de flux financiers sains pour permettre aux auteurs professionnels de gagner un revenu qui reflète adéquatement l'importance de leurs œuvres dans le marché. Cela exige l'abandon du droit d'auteur *one-size-fits-all* et nécessite donc un changement de l'ensemble de la politique au profit d'une seule catégorie d'auteurs ou d'utilisateurs au détriment de tous les autres.