

Vol. 17, n° 2

Le droit d'auteur : un facteur clé pour le développement de la société de l'information ?

Pierre Sirinelli*

INTRODUCTION	359
1. Le droit d'auteur instrument nécessaire à l'essor de la société de l'information	361
1.1 L'affirmation du caractère incitatif à la création du droit d'auteur	361
1.2 La réfutation de certains reproches adressés au droit d'auteur	363
2. La société de l'information, facteur de changement du droit d'auteur	365
2.1 Changement dans la perception du droit d'auteur . .	365
2.1.1 Le droit d'auteur apparaît moins légitime . .	365

© Pierre Sirinelli, 2005.

* Professeur aux Universités Paris I et Paris XI. Il s'agit d'un article destiné à l'origine pour les *Mélanges Nabhan*, [2004] C.P.I. Hors-série.

2.1.2	Le droit d'auteur est moins compréhensible .	367
2.2	Changement dans la teneur du droit d'auteur.	369
CONCLUSION	372

INTRODUCTION

La personne, l'ami, à qui sont destinées ces lignes ayant eu pour volonté de faire entrer une société savante, l'Association littéraire et artistique internationale, née au 19^e siècle – et créée par un autre Victor – dans le troisième millénaire, il paraissait intéressant de vouloir répondre à certaines des interrogations qui tournent autour de l'avenir du droit d'auteur. Et l'une d'entre elles est pratiquement existentielle : le droit d'auteur a-t-il encore une utilité ? Le droit d'auteur peut-il être considéré comme un facteur clé pour le développement de la société de l'information ?

Le questionnement peut rendre perplexe. Existe-t-il vraiment un doute quant à la réponse à apporter à cette interrogation ? La question a pourtant été posée officiellement par l'Union européenne en juin 2004 lors de ses journées d'études à Dublin. L'enjeu, il est vrai, est d'importance. En 2000, le département du commerce américain annonçait qu'à partir de 2006 (demain), la moitié de la force du travail du pays serait employée, directement ou indirectement, dans les technologies de l'information. L'Union Européenne, quant à elle, voit dans la société de l'information le gisement des emplois du 21^e siècle. Toutes les analyses actuelles montrent qu'un phénomène économique et social, lié aux réseaux numériques, est en train de se produire et que le taux de pénétration de ces infrastructures, de cet outil, dépasse, en rapidité, celui des autres vecteurs de communication. Ainsi, les économistes¹ se plaisent à rappeler que, s'il a fallu 38 ans pour que la radio touche cinquante millions d'auditeurs aux États-Unis, ou encore 13 ans pour que la télévision atteigne le même public, il a suffi de cinq années à l'Internet pour atteindre ce chiffre dans le même pays.

La révolution sociale et l'évolution économique sont bien là. On peut même considérer que nous assistons au passage d'une économie à une autre. À la création d'un secteur « quaternaire » même

1. En ce sens, J. FARCHY, *Internet et droit d'auteur*, CNRS Éditions, p. 18.

s'il faut bien constater l'existence sur cette planète d'une fracture numérique. Quoi qu'il en soit, ce sont davantage la production intellectuelle et le monde des idées qui vont servir de base à un nouvel essor économique, voire asseoir de nouvelles formes de pouvoir, plutôt que les classiques biens industriels.

Il va de soi que la société de l'information ne peut se résoudre à la seule présence d'infrastructures. Ces dernières tirent une grande partie de leur intérêt de ce qu'elles véhiculent. Et on imagine sans peine que l'utilisation des réseaux ou de supports interactifs ne peut se résumer à la seule consommation d'informations brutes (météos, cours de la bourse, résultat des compétitions sportives...). Ce qui est d'abord recherché, c'est naturellement la présence d'œuvres ou de prestations, appartenant au domaine des Beaux Arts ou à celui des « créations outils ». Une preuve, par l'absurde, de ce désir peut être donnée. En France, depuis que les fournisseurs d'accès à l'Internet ont centré leur publicité sur le téléchargement d'œuvres (musicales ou audiovisuelles), le nombre d'abonnements a explosé ! Une étude du Centre National de la Cinématographie démontre que plus de la moitié des internautes ont rejoint la communauté virtuelle en seulement six mois. C'est à dire, depuis la multiplication des offres à haut débit qui permettent les téléchargements d'œuvres, même « lourdes », comme les films.

Mais on conviendra qu'il s'agit là d'un désir d'œuvres. Pas nécessairement d'une envie ou d'un besoin de droit d'auteur. Le phénomène le plus intéressant de la révolution numérique est justement dans ce constat. L'adéquation entre la présence de créations et l'existence de droits de propriété intellectuelle ne paraît plus naturelle.

Les raisons en sont délicates à trouver. La rapidité des communications fait qu'aujourd'hui le désir d'accès quasi immédiat et de gratuité l'emportent sur le respect du droit d'auteur, perçu comme un frein. Il faut donc à nouveau présenter les justifications au droit d'auteur et démontrer leur maintien dans l'environnement numérique. Cela sera rapidement fait dans un premier temps. Mais si le droit d'auteur demeure indispensable, reste à savoir « quel droit d'auteur ? ». Là réside sans doute l'explication au point d'interrogation dans l'intitulé de cette étude.

1. Le droit d'auteur, instrument nécessaire à l'essor de la société de l'information

Dès lors que l'on a vu que les œuvres devaient jouer un rôle primordial dans l'essor de la société de l'information, l'analyse redevient simple. Il s'agit seulement de rappeler en quoi le droit d'auteur est indispensable pour la création d'œuvres. Le rappel peut être, ici, rapide tant les arguments sont connus et paraissent être forts. Une particularité mérite seulement d'être soulignée. Le droit d'auteur n'est plus seulement le droit des contenus, il est également, aujourd'hui, celui de certains outils de la société de l'information. Logiciels et bases de données sont nécessaires au bon fonctionnement des moyens de communication. Ils supposent de lourds investissements que des entreprises sont disposées à accomplir en raison des espoirs d'amortissement ou de retour que procurent les droits de propriété intellectuelle. Le rappel qui va suivre a donc aujourd'hui encore plus d'importance. L'impact du droit d'auteur se manifeste non seulement dans les œuvres véhiculées mais également dans certains éléments de l'infrastructure.

Légitimer la présence du droit d'auteur, même sans mettre en avant dans une logique personnaliste la récompense légitime, la plus sacrée des propriétés ou le droit naturel, paraît assez simple. Le droit d'auteur poursuit bien, au delà de l'intérêt particulier des auteurs, un objectif social, culturel et économique. Il est indiscutablement un facteur incitatif à la création. Il est tout sauf un frein à la diffusion du Savoir.

1.1 L'affirmation du caractère incitatif à la création du droit d'auteur

L'histoire du droit d'auteur montre qu'il est sans doute le mode de réponse le plus approprié à l'incitation à la création. Plus juste que l'attribution de privilèges, plus complet que le mécénat ou les subventions, moins aveugle ou contraignant que le seul droit social.

Incitatif, il l'est non seulement pour les créateurs, pour qui il est autre chose qu'une récompense *ex post* (notamment par la présence du droit moral), mais encore pour les investisseurs, présents tant au stade de la création qu'à celui de la diffusion. Pour ces derniers, il permet d'éviter les effets indésirables et dissuasifs dus à ceux que les économistes nomment les « passagers clandestins », c'est-à-dire les personnes qui s'économiseraient les « coûts d'expression ou de création », plus lourds et hasardeux, pour n'as-

sumer que les coûts de copies ou de distribution. L'absence de droit d'auteur entraînerait un double danger de ralentissement de la création et de sous-production². Pour tous, l'espoir de rémunération ou de retour sur investissement que confère le monopole permet la prise de risque.

Certes, il est souvent reproché au droit d'auteur de conduire à des sous-utilisations des biens culturels en raison des coûts élevés de transaction qu'il engendrerait. À supposer cet argument fondé – ce qui reste à démontrer –, il faut alors chercher des arguments en dehors des seules analyses économiques.

Or, il est impossible de reprocher au droit d'auteur d'accorder des monopoles qui ne viseraient à satisfaire que des seuls intérêts particuliers, ceux des ayants droit, sans souci pour l'intérêt général. Bien au contraire, il convient de rappeler que le droit d'auteur a répondu, dès son origine, au souci de trouver un équilibre entre intérêt général et intérêts particuliers (« balance des intérêts »). Le développement d'œuvres ne profite pas aux seuls créateurs. La Culture, le Savoir qu'elles apportent bénéficient à tous. La Société tire un profit général de cet enrichissement du patrimoine culturel. La constitution américaine de 1787 porte la trace de ce double objectif, elle qui proclame que « le Congrès aura le pouvoir de promouvoir le progrès de la science en assurant pendant une durée limitée aux auteurs le droit exclusif sur leurs écrits ». La première loi américaine de droit d'auteur témoigne de cette approche puisqu'elle donne comme exemples de catégorie d'œuvres protégées : « books, charts, maps », les livres, les cartes et les différents documents pouvant fournir des indications utiles. C'est une nation qui se construit, se sépare de la puissance coloniale anglaise et qui a besoin de développer ses propres connaissances, sa propre Culture. La première loi anglaise témoigne du même souci d'encourager les « hommes instruits » à développer des œuvres utiles.

Certes, le centre de gravité du système qui tente de prendre en considération ces différents intérêts a pu se déplacer en fonction des époques ou des lieux. Et le romantisme originel de la discipline a dû s'adapter aux politiques culturelles ou aux logiques économiques. Mais en dépit de ces évolutions, il est difficile de ne pas voir dans le droit d'auteur une construction incitative fondée sur un compromis social. En tous cas, nombre de reproches qui lui sont faits ne paraissent pas fondés.

2. Mais il est vrai que les économistes peuvent également présenter des arguments en sens contraire.

1.2 *La réfutation de certains reproches adressés au droit d'auteur*

À une époque où les réseaux abolissent le temps et l'espace, le droit d'auteur est présenté par certains comme un frein. Dans son effet le moins décrié, il ralentirait les échanges ; dans ses conséquences les plus vilipendées, il serait un obstacle au partage de la culture et de la Connaissance. Le contraste serait alors saisissant : alors que l'Internet a pour effet positif de rendre le Savoir théoriquement accessible à l'ensemble de la planète, le droit d'auteur créerait des barrières, érigerait des barbelés juridiques interdisant l'accès aux peuples les moins riches, les privant de cet effet bénéfique.

Le reproche est connu. Les contre-arguments également.

Il faut d'abord rappeler que les connaissances peuvent être librement échangées parce qu'elles ne sont pas couvertes par un droit privatif. Les idées contenues dans les œuvres, le savoir, sont de libre parcours. Dès lors, une chose est de dire – de façon parfaitement légitime – que le public a droit à un accès à l'information et une autre – incorrecte – est d'affirmer que cet accès doit passer par l'abolition du droit d'auteur. Les textes relatifs au droit d'auteur n'interdisent pas la réutilisation gratuite du savoir dès lors que l'emprunt à une œuvre préexistante concerne le fond et non la forme. Il est vrai que certaines constructions juridiques récentes peuvent jeter le doute dans les esprits à ce propos. Le droit *sui generis* qui a été accordé aux producteurs de bases de données par la directive communautaire de 1996 permet, en effet, à un producteur de s'opposer à l'extraction et la réutilisation non autorisées d'une partie substantielle de sa base. Mais le texte communautaire, qui au demeurant s'inscrit dans une logique justement distincte de celle du droit d'auteur, ne crée pas à proprement parler de droit *sur* l'information. Cette dernière demeure, *in natura rerum*, de libre parcours.

Il convient ensuite de faire observer que même lorsque, par souci de facilité ou de rapidité, des personnes sont tentées de reprendre à la fois le fond et la forme, il existe une possibilité de copie privée ou d'usages loyaux. Les utilisateurs de l'œuvre ne se voient alors pas opposer le monopole des auteurs. Et même lorsque la copie est destinée au public, par exemple, dans l'hypothèse d'une reproduction sur l'Internet, un certain nombre d'exceptions peuvent être sollicitées pour que certains actes de reproduction puissent être accomplis sans avoir à rechercher l'accord de l'ayant droit. La direc-

tive du 22 mai 2001, du reste, offre aux États membres un large éventail d'exceptions en « libre service ». Chaque État y puise en tentant de respecter la « balance des intérêts » et en veillant à réaliser un équilibre entre droits des auteurs et intérêt du public.

Enfin, il est utile de se rappeler qu'à chaque bond technologique, un accroissement de la diffusion de la Culture a été espéré et obtenu. Cela a été le cas lors de l'invention de l'imprimerie avec, on l'a vu, pour conséquence indirecte, la création du droit d'auteur. Mais aussi à l'occasion de l'essor du télégraphe, du phonographe, regardé originellement comme un instrument de diffusion des idées, du cinéma ou de la télévision. Aucune de ces industries n'a souffert de la présence du droit d'auteur. On peut même affirmer le contraire. Ce qui change, à propos des réseaux numériques, c'est la part de fantasmagorie engendrée par des liaisons qui paraissent plus directes. Supprimant éventuellement les intermédiaires au point de considérer les créateurs comme moins indispensables. Les utilisateurs veulent désormais tout, tout de suite et gratuitement, parce que l'acte de consommation se fait le plus souvent à leur domicile dans le cadre de ce qui leur semble être leur sphère privée.

Pour rejeter le procès en sorcellerie du droit d'auteur, on ajoutera, même si c'est politiquement incorrect, qu'il existe aujourd'hui de plus importants obstacles à la diffusion du Savoir sur l'Internet que la propriété littéraire et artistique. À l'aube du 21^e siècle, moins d'un cinquième des habitants de la planète sont équipés d'une ligne téléphonique et l'on estimait qu'un homme sur deux dans le monde n'utiliserait jamais de cette voie de communication tout au long de son existence. Quand on sait qu'une ville nord américaine peut, à elle toute seule, disposer de plus de lignes téléphoniques que toute l'Afrique subsaharienne, on mesure aisément que l'effort doit d'abord être fait du côté des équipements – électricité, lignes, ordinateurs, etc. – avant que de songer à incriminer ou sacrifier le droit d'auteur. C'est d'ailleurs, on l'a vu, l'offre d'œuvres intéressantes qui provoque les investissements pour pouvoir y accéder. La présence de contenus jouant un rôle moteur à la multiplication des contenants, il faut bien maintenir le droit qui permet d'inciter à la création.

Le droit d'auteur n'est donc pas en lui-même un frein à l'essor de la société du 21^e siècle. Il en est même un des éléments moteurs. Mais quel droit d'auteur ?

2. La société de l'information, facteur de changement du droit d'auteur

Si le droit d'auteur demeure bien indispensable, reste à savoir quel droit d'auteur. Là se trouve sans doute l'explication au point d'interrogation dans l'intitulé de cette étude. On y aborde l'important paradoxe, pratiquement en forme de quadrature du cercle, qui se présente à tous ceux qui tentent d'imaginer le droit d'auteur d'aujourd'hui et de demain. Car si les analyses objectives qui viennent d'être présentées conduisent à une défense du droit d'auteur, ce dernier n'apparaît pas, pour autant, à tous sous le même jour. Les effets indirects de la révolution numérique, on pourrait dire ses « dommages collatéraux », ont changé la perception de la propriété littéraire et artistique par le corps social. Mais les conséquences plus importantes pourraient concerner la teneur même du droit d'auteur.

2.1 Changement dans la perception du droit d'auteur

Le droit d'auteur n'apparaît plus comme « la plus sacrée des propriétés » et entre directement en concours avec d'autres aspirations sociales, voire des revendications purement individuelles. Il n'est pas dit qu'il doive céder devant ces dernières, mais le phénomène doit être compris si l'on veut en préserver l'effectivité. Un droit dont la mise en œuvre suppose une multiplication d'actions judiciaires n'a plus l'image d'un « droit naturel ». D'où vient cette crise ? Dans l'esprit des utilisateurs d'œuvres, le droit d'auteur souffre de deux défauts. D'une part, il apparaît comme moins légitime, d'autre part, il est moins compréhensible.

2.1.1 Le droit d'auteur apparaît moins légitime

Au lieu de bien-être social, le droit d'auteur paraît porteur de certains maux. Il semble créer des « sur réservations », donne le sentiment de céder le pas devant la technique aveugle et paraît d'application brutale. En bref, lui qui est né des idées les plus généreuses, est désormais accusé de porter atteinte aux libertés publiques.

Une partie de ces reproches provient de l'essor des dispositifs techniques dont sont assorties désormais certaines œuvres. En premier lieu vient la question du « traçage » des usages qui permet de pénétrer la sphère privée et de connaître, éventuellement, les pratiques des internautes. Resurgit, ici, le fantasme de « Big Brother ».

En deuxième lieu surgit le grief d'une « sur réservation », critique qui s'articule en plusieurs reproches. Celui, d'abord, d'interdire matériellement, désormais, le bénéfice de certains usages que la loi pourtant tolérait. On sait que ce grief est en partie infondé puisque le jeu de certaines exceptions doit être, suivant la directive communautaire du 22 mai 2001, garanti, mais nombre de dérapages existent.

Ainsi, les consommateurs ou utilisateurs d'œuvres ont l'impression d'avoir perdu un droit à la copie privée. La plainte et la revendication qui en résultent sont très largement excessives, voire un peu vaines, en ce que la copie privée était jusqu'à présent, dans de nombreux pays, plus une tolérance qu'un droit de l'utilisateur comme certains tribunaux viennent de le rappeler solennellement en Belgique ou en France. Mais il y a le sentiment d'un « paradis perdu » que nombre d'hommes politiques, plus à l'écoute des aspirations des grandes masses d'électeurs que friands d'analyses juridiques puisant leurs racines dans l'histoire de la discipline, ne dissipent pas.

Mais là n'est pas le plus grave. Il faut, en effet, constater que l'imperfection de certains dispositifs techniques rend parfois le bien culturel légitimement acquis impropre aux usages normalement recherchés. C'est le cas par exemple, de CD audio non lisibles sur tous les matériels. Les consommateurs s'en irritent et le droit d'auteur, associé à ces dérapages, est rejeté.

Il ne s'agit naturellement pas de légitimer ces attitudes des consommateurs mais, pour bien comprendre la crise de « perception du droit d'auteur », il faut analyser leur point de vue. D'un côté, la perte de certains usages qui étaient regardés comme des droits ; de l'autre, la reconnaissance officielle de « nouveaux droits », attribués aux ayants droit. Or ces nouvelles prérogatives ne relèvent pas du champ de la propriété littéraire et artistique à proprement parler. Il ne s'agit pas de démembrer d'un monopole juridique mais de droits sur des mesures techniques de protection. On conviendra qu'elles ont moins de noblesse et que les sujets de droit peuvent espérer que les mesures techniques restent purement et simplement au service de la règle sociale, laquelle est diversement perçue. Le rejet est d'autant plus grand que la présence de dispositifs techniques est considérée comme réinsérant de nouveaux intermédiaires là où plus de fluidité était attendue. La révolution numérique serait davantage dans les esprits que dans les faits. En tous cas, l'écart entre les attentes ou les fantasmes, d'une part, et la réalité des pratiques, d'autre part, nourrit l'incompréhension, voire le rejet. Sans compter que les difficultés d'accès aux œuvres sont attribuées à

des « tiers » dont la légitimité dans le processus de distribution des créations paraît moins grande. Les utilisations d'œuvres dépendraient de grandes compagnies, techniciennes, qui n'ont en rien contribué au processus de création ou de production du bien culturel. Le droit d'accès est alors perçu, à tort sans doute, comme un simple impôt. En bref, plus l'auteur est lointain et moins le droit est légitime. Le constat n'est pas nouveau mais le phénomène est amplifié aujourd'hui par la déception des internautes qui vivent dans des aspirations contraires d'immédiateté et de gratuité.

Le deuxième reproche est celui de perte de lisibilité.

2.1.2 Le droit d'auteur est moins compréhensible

Cette incompréhension connaît plusieurs raisons. D'abord le fait le public est en train de perdre l'organisation matérielle et commerciale qu'il connaissait. Il n'a plus les mêmes repères, les mêmes interlocuteurs dans la consommation d'œuvres. Dans une vision angélique des choses, il est même affirmé que le public, désireux de trouver des partenaires légaux, ne se voit proposer aucune solution lui permettant de rémunérer les ayants droit. Il y aurait une forte demande mais pas d'offre légale. Le reproche était peut-être fondé, mais il tend à disparaître. Reste que sa force a contribué à créer un climat négatif, long à dissiper.

La vraie perte de lisibilité est ailleurs. Elle réside dans la multiplication de textes extraordinairement complexes dont la compréhension est réservée aux seuls professionnels du droit. Et encore !

L'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 en est le plus bel exemple. Qu'on en juge :

Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions.

Les mesures techniques appliquées volontairement par les titulaires de droits, y compris celles mises en œuvre en application d'accords volontaires, et les mesures techniques mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres, jouissent de la protection juridique prévue au paragraphe 1.

Les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

On est loin de l'art législatif du Siècle des Lumières. Qu'est-ce que le sujet de droit, qui est censé ne pas « ignorer la Loi », peut comprendre à ces nouvelles normes ? Le pire est que, sans doute, les rédacteurs du texte ne sont pas à incriminer. C'est, plus profondément, la méthode qui est en cause. Faut-il, de plus en plus, entrer dans des détails techniques et brouiller définitivement l'image d'un droit. Un droit « naturel » ne devrait pas avoir besoin de dizaines de pages pour être reconnu. Il existe, point !

Mais la perte de compréhension provient aussi de ce que la famille des ayants droit est profondément divisée. Les diverses prises de position publiques relatives aux solutions à apporter aux échanges « pair à pair » (Peer to peer, P2P) en témoignent. On sait que certains économistes proposent, dans ce domaine, la substitution d'un droit à rémunération au droit exclusif. Ce thème est repris par certains titulaires de droits tandis que d'autres s'y opposent vivement. Sans rentrer, dans le cadre restreint de cette étude, dans l'examen du bien-fondé de pareille analyse, on peut simplement affirmer que ces voix discordantes brouillent, dans la situation

actuelle, la compréhension du droit d'auteur par le public. D'autant que ce dernier a le sentiment d'avoir déjà payé les œuvres en achetant un ordinateur et en s'abonnant à un fournisseur d'accès à haut débit qui a fondé sa campagne publicitaire sur la possibilité de télécharger des œuvres. Pourquoi se préoccuper, alors, du consentement des ayants droits ?

Et la répression qui suit parfois est totalement incomprise. Surtout si certains hommes politiques pensent opportun d'affirmer « impensable de répondre par une simple criminalisation de millions d'internautes à un progrès technologique »³ ou que d'autres affirment que le droit n'est pas là pour interdire mais pour évoluer en même temps que la société.

On ajoutera à cette crise de perception par le public du droit d'auteur l'attitude des organismes de régulation. Lorsque les auteurs négocient seuls avec des tiers, ils sont le plus souvent en situation de faiblesse et courent le risque d'être lésés. Lorsque, pour combattre ce danger, ils se regroupent, on les suspecte immédiatement de vouloir abuser d'une position dominante... ! Où est le juste milieu ? Il y a fort à parier que, sous l'égide du droit de la concurrence, le droit d'auteur va sensiblement évoluer et on peut se demander ce qu'il restera demain du caractère exclusif du droit. C'est incontestablement un changement de la teneur du droit d'auteur. Tel est le dernier point d'interrogation.

2.2 Changement dans la teneur du droit d'auteur

On reproche au droit d'auteur d'avoir été bâti sur des schémas qui ont fait leur temps. Né, tardivement, de l'invention de l'imprimerie, lors de la précédente révolution culturelle et sociale, le droit d'auteur a été créé pour permettre le contrôle de la diffusion des œuvres qui se faisait alors principalement par le biais d'exemplaires reproduits, les livres. C'est tellement en contemplation de ce mode d'exploitation que la propriété littéraire a été adoptée que, dans certains pays, le nom du monopole accordé aux créateurs en garde encore la trace. On parle toujours de « copyright » même lorsque aucune reproduction matérielle n'est en cause.

3. Par exemple, en France, le député, Didier Mathus, lors des journées d'études du 18 juin 2004 à Paris.

La discipline a certes, depuis lors, évolué, mais il reste que, dans l'esprit de beaucoup de personnes, cette forme ancienne de réponse à la mutation sociale et économique actuelle paraît moins adaptée, moins légitime. Pour certains, est venu le temps des remises en cause. Pourquoi conserver une réponse vieille de près de trois siècles aux défis d'aujourd'hui ? Pourquoi considérer les solutions d'autrefois comme des références privilégiées ? Les Tables de la Loi du droit d'auteur sont-elles gravées pour toute l'Éternité dans le marbre ?

Il existerait ainsi un besoin d'une nécessaire adaptation, au plan international, du droit exclusif de mise à la disposition du public. Surgit à nouveau le débat du choix entre droit exclusif et simple droit à rémunération à propos des réseaux.

Certains ayants droit, on l'a dit, souhaitent que le législateur décide la création d'une licence légale au titre du téléchargement⁴. Cette licence légale pourrait, par exemple, être prélevée auprès des fournisseurs d'accès à l'Internet afin de rémunérer l'ensemble des ayants droit. L'avantage de cette solution d'après ses défenseurs serait de sortir de la gratuité en proposant un cadre aux échanges de « pair à pair » (P2P) sauvage. Cela permettrait aux ayants droit de récupérer des sommes qui sont dues et assurerait aux consommateurs une sortie de l'insécurité juridique.

Deux questions se posent à ce propos. L'une de principe : « est-ce la bonne solution ? ». L'autre d'opportunité : « le temps est-il vraiment venu d'envisager de la mettre en œuvre ? »

Sur le premier point, indépendamment des analyses juridiques, on peut s'interroger à propos du faux parallèle qui est fait le plus souvent avec la rémunération pour copie privée, accueillie en son temps comme un bienfait pour les ayants droit. En effet, il faut bien comprendre que le mouvement est radicalement inverse. Un bref rappel historique permet de le comprendre. La copie privée était à l'origine totalement libre : pas d'autorisation, pas de compensation. Certains législateurs ont estimé que les pertes étaient trop grandes et que l'on conserverait l'exception de copie privée en l'assortissant immédiatement d'une compensation. Les solutions relatives à la copie privée ont été un progrès pour les auteurs puisque l'on passait de « rien du tout », exception totale, à une petite compensation. Il faut donc bien

4. C'est le cas de certains titulaires de droits voisins, les artistes interprètes, en France.

comprendre dans quel sens s'effectuait le mouvement. Il y avait, dans l'adoption d'une rémunération pour copie privée, un progrès.

Mais le mouvement serait inverse pour les échanges « pair à pair » (P2P). Considérer que la solution de la compensation soit une très bonne chose en matière de « pair à pair » revient en réalité à admettre une régression du droit d'auteur car, si dans le cas de la copie privée, on passe de rien à une compensation (et peut-être un jour un à droit exclusif, grâce aux verrous), dans le cas du « pair à pair », on glisserait d'un droit exclusif qu'on a du mal à mettre en œuvre à un simple droit à rémunération.

Bien sûr, les intérêts financiers des auteurs sont ainsi garantis, mais le droit d'auteur n'est pas simplement une question d'argent. La consistance du droit d'auteur réside aussi dans la possibilité de conserver le pouvoir de donner à son œuvre la carrière que l'on entendait. Le but du droit d'auteur est de permettre au créateur de conserver la maîtrise de son œuvre. Or le droit à rémunération fait perdre ce pouvoir. Le droit d'auteur ne deviendrait qu'un simple avantage économique.

Il ne s'agit naturellement pas de rejeter totalement le droit à rémunération au nom d'une orthodoxie théorique coupée des réalités mais de songer à mesurer avant cette transformation les conséquences d'un tel glissement et de se demander aussi si le moment est bien venu.

En effet, les innovations technologiques n'ont pas toujours produit les effets attendus. L'histoire regorge d'inventions qui n'ont jamais atteint les objectifs qui leur ont été assignés à leur naissance. Ainsi, chacun sait que le téléphone devait servir à transmettre à domicile des airs d'opéra ou... à appeler les domestiques. Aujourd'hui, le lien avec la musique réside surtout dans les sonneries des téléphones portables et l'on n'ose imaginer que les auteurs sont les valets du 21^e siècle ! D'aucuns considéraient que le phonographe devait servir à dicter des lettres. Il était alors envisagé comme un appareil qui pourrait remplacer les sténographes, une « machine parlante ». Ou encore comme un instrument à apprendre à lire aux aveugles, à favoriser l'apprentissage des langues étrangères, à enregistrer et corriger les discours des hommes politiques ou, encore, à conserver la voix de ceux qui vont mourir. On n'ose, une seule seconde, imaginer qu'il s'agit dans ce dernier cas d'une référence prémonitoire aux auteurs... ! Quoi qu'il en soit, on a pu s'interroger sur le point de savoir si la distraction musicale n'était pas envisagée

qu'à titre accessoire par Edison et son entourage⁵. Pour preuve, les premiers appareils vendus en 1878 pouvaient servir indifféremment à la lecture ou à l'enregistrement. Ce n'est que quelques années plus tard que cette dernière fonction fut retirée de ces appareils, en raison de son absence de succès. Les histoires d'autres inventions sont aussi éclairantes et certaines trouvailles ont mis un siècle à recevoir leur application pratique. Tel est le cas du fax, dont la création remonte au 19^e siècle.

Certes, on ne peut nier le succès de l'Internet et son usage de distribution de musique. Mais faut-il pour autant croire que la mise à la disposition légale est déjà un échec ? Et envisager pratiquement un changement de paradigme ?

Le constat un peu inquiétant qui a été dressé dans la deuxième partie de cette étude ne doit pas faire oublier les conclusions de la première partie. Le droit d'auteur a fait ses preuves et son existence ne peut être remise en cause. Sa crise est une crise de croissance. La rançon de son très grand succès avec un champ qui ne cesse de s'accroître et un créateur qui paraît moins présent. Le monopole qu'on accorde semble, aujourd'hui, moins justifié. Mais pour l'essentiel les difficultés proviennent d'une mauvaise lisibilité. Plus de pédagogie et de raisonnable dans la mise en œuvre du droit redonnerait toute sa place à la propriété littéraire et artistique. Si cet effort est accompli avec succès, on peut espérer que le droit d'auteur continuera à s'appliquer par l'autorité de la raison plutôt qu'en raison de la seule autorité.

CONCLUSION

En définitive, le droit d'auteur né au début du 18^e siècle devrait survivre à son entrée dans le 21^e siècle. Il est trop tôt pour savoir comment il devrait supporter la traversée du 3^e millénaire mais il est d'ores et déjà possible d'affirmer que le destinataire de ces lignes aura tout fait pour que l'Association littéraire et artistique internationale accompagne la propriété intellectuelle dans son périple. Quel que soit l'avenir, nous savons tous que Victor Nabhan ne ménagera ni son temps, ni ses efforts, ni ses mots, y compris – et surtout – ses calembours, pour défendre la propriété littéraire et artistique. Plus qu'une traversée du désert pour l'institution, il s'agira d'une traversée du désert.

5. Farchy, *op. cit.*, p. 17.