

## L'économie numérique m'a tué...(le droit d'auteur)

**Première version, parue sous une forme améliorée dans** Bertrand Bellon, Adel Ben Youssef, Alain Rallet (coordonné par) *La nouvelle économie en perspective*, Economica, pp.191-206

Joëlle Farchy et Fabrice Rochelandet  
ADIS, Université de Paris XI et Matisse, Université de Paris 1

Chaque grande innovation technologique dans les industries culturelles est propice à la remise en cause des droits d'auteur. L'avènement des technologies et des réseaux numériques depuis le début des années 90 n'échappe pas à la règle. L'originalité du débat actuel tient à l'intensification des critiques et à leur provenance d'horizons très divers. Certains auteurs, imprégnés de la culture non marchande des débuts de l'Internet, justifient, dans l'intérêt des utilisateurs, les pratiques accrues de copiage que permettent les nouvelles technologies. Ils mettent en avant le danger que ferait courir le droit d'auteur sur l'accès à la culture et sur la diversité des œuvres dans l'économie de l'information. D'autres analyses insistent sur l'existence d'alternatives marchandes au droit d'auteur fondées sur divers moyens indirects pour les producteurs de s'approprier la valeur des utilisations faites des contenus. Enfin, les critiques les plus nouvelles affirment que les technologies numériques, si elles remettent en cause le droit d'auteur, permettent parallèlement de lui substituer de nouvelles formes de protection des contenus basées sur un modèle contractuel et non plus réglementaire. Les limites de cette substitution apparaissent cependant rapidement. Paradoxalement, le droit d'auteur demeure le moyen institutionnel le plus à même de protéger les intérêts des utilisateurs.

### 1 – Le numérique, nouvel eldorado des consommateurs

#### 1.1 De nouveaux modes de diffusion favorables aux consommateurs

Les technologies numériques offrent la possibilité de renouveler les méthodes de distribution dans les industries culturelles.

Tout d'abord, dans un avenir proche, les réseaux numériques devraient permettre de lever les barrières à l'entrée, essentiellement présentes au niveau de la distribution, afin de mettre directement en relation auteurs/producteurs et consommateurs. On assisterait alors à une **désintermédiation** entre les producteurs "primaires" (artistes) et les utilisateurs finals. Dans ce modèle, les musiciens débutants n'ont plus besoin de recourir à l'enregistrement en studio mais produisent leurs maquette eux-mêmes grâce aux techniques d'enregistrement et de mixage numériques. De même, les écrivains entrent directement en relation avec des millions de lecteurs potentiels sur le réseau. Ce court-circuit de la distribution traditionnelle se ferait au profit des créateurs et des consommateurs qui bénéficieraient d'une diversité plus importante de l'offre et de prix réduits.

L'éventualité d'un tel schéma suscite cependant de grandes interrogations. **La notion de désintermédiation ne cesse d'alimenter les critiques.** D'abord, parce qu'il n'est pas

sûr que les outils de recherche soient encore adaptés face au nombre croissant de pages sur l'Internet (plusieurs dizaines de milliards) augmentant significativement les coûts de recherche, de tri et de signalisation de l'information pertinente. Les intermédiaires auront alors un rôle central en matière d'authentification/certification, de traçabilité et de sécurisation. Les intermédiaires traditionnels verront sans doute leur rôle remis en cause (Varian, 1998, Hugenholtz, 1995) au profit de nouveaux acteurs, mais non d'une désintermédiation complète. De surcroît, cette remise en cause risque de ne pas être systématique compte tenu de la position avantageuse dont disposent les distributeurs traditionnels (Rochelandet, 2001), de la fidélité des consommateurs aux sites sur lesquels ils ont déjà effectué leurs achats et de la réticence des auteurs/éditeurs à céder leurs droits à une multitude d'intermédiaires et à s'exposer à des risques de déréférencement de la part des distributeurs traditionnels (BIPE, 2000). Surtout, les coûts de création et de promotion des sites devraient augmenter significativement avec le développement d'une économie de l'attention nécessitant une différenciation importante. Si les barrières à l'entrée demeurent élevées à la fois pour les acteurs traditionnels (bénéficiant déjà d'une réputation dans le monde "physique") et les start-up arrivées précocement sur le marché comme Amazon.com, elles deviennent insurmontables pour les nouveaux entrants : l'atomicité de l'offre et ses conséquences positives sur le consommateur risquent de rester virtuelles...

Dans une perspective moins futuriste, le **commerce électronique des biens culturels** est déjà amorcé. Il correspond à "l'ensemble des transactions commerciales réalisées en ligne par l'Internet sur des œuvres littéraires, musicales, audiovisuelles et multimédia (champ restrictif) ou dont la réalisation induit l'usage d'un réseau numérique (champ élargi)" (Rochelandet, 2001). Par rapport à la distribution traditionnelle de biens culturels, les TIC permettent de greffer de nouvelles fonctions (telles que la promotion personnalisée, la possibilité de critiquer ou d'accéder au commentaire de telle ou telle œuvre ou la mise à disposition d'extraits) essentielles dans une économie de biens d'expérience. Là encore, la globalisation des marchés et la diminution des distances géographiques, d'une part, l'usage de logiciels ou de sites de comparaison des prix, d'autre part, devraient provoquer une baisse des prix.

Cependant, les chiffres du commerce électronique des biens culturels demeurent pour le moment dérisoires. Les ventes en ligne de biens culturels représentent moins de 1% du chiffre d'affaires des industries culturelles en 2000. Ce poids négligeable s'explique notamment par des raisons techniques (développement lent du haut débit) et par les habitudes des consommateurs. Pour l'essentiel, les sites de commerce électronique leur servent à collecter des informations. Cette situation s'explique aussi par un usage détourné de plus en plus fréquent des TIC par les amateurs de biens culturels. Qu'elle soit basée sur le modèle Napster de l'échange illicite de contenus (sous format MP3 pour la musique) ou prenne la forme plus habituelle de la copie privée via des CD gravés et échangés, **la "circulation gratuite" de biens culturels apparaît comme un mode de diffusion concurrent très sérieux pour le commerce électronique**. Les individus susceptibles d'acheter en ligne présentent un profil socioculturel similaire aux copieurs et les deux modes de diffusion des contenus empruntent les mêmes technologies (Farchy et Rochelandet, 2001).

Les TIC peuvent apparaître comme l'aboutissement d'un processus historique au cours duquel l'amélioration des technologies de reproduction a progressivement accentué les caractéristiques de non-rivalité des biens culturels et les difficultés d'exclusion des non-payeurs (Adelstein et Peretz, 1985). Plus il devient facile de reproduire un contenu, plus les comportements de "passager clandestin" se développent chez les utilisateurs.

## **1.2 Des comportements accrus de passagers clandestins**

Plusieurs facteurs expliquent cette évolution des pratiques.

Tout d'abord, les contenus sont reproductibles à l'identique et distribuables à des coûts marginaux faibles. Les TIC transforment la nature des biens culturels en facilitant leur dématérialisation et leur indépendance vis-à-vis des supports sur lesquels ils sont stockés ou via lesquels ils sont transportés. Leurs caractéristiques de non-rivalité et de non-exclusion s'accroissent étant donné des coûts marginaux de production et de distribution proches de zéro (Varian et Shapiro, 1998). Il devient très difficile pour les vendeurs d'originaux d'exclure les non-payeurs ou de les obliger à payer.

Ensuite, la répression en cas de transgression du droit d'auteur s'avère plus délicate. Selon la RIAA, le coût d'acquisition relativement bas des graveurs professionnels permet une décentralisation des sites de production d'exemplaires pirates. La répression des trafics industriels est rendue d'autant plus coûteuse que la distinction entre originaux et copies non autorisées devient difficile. La décentralisation extrême caractérisant la copie et les réseaux électroniques amplifie ce problème d'autant que les contrevenants ont la possibilité d'agir anonymement et rapidement. Même si les téléchargements illicites peuvent à terme être dissuadés à partir du territoire national, les échanges directs de contenus cryptés entre utilisateurs finals et les transferts transfrontaliers sont plus difficiles à prévenir et à réprimer<sup>1</sup>. Ceci est aggravé par le fait que les internautes sont majoritairement "non instruits" sur le droit d'auteur et font partie d'une génération habituée aux techniques de reproduction analogiques.

Enfin, il existe des liaisons technologiques entre les formats analogiques et numériques musicaux et audiovisuels. L'exemple le plus médiatisé est le format MP3 permettant l'échange décentralisé de contenus musicaux de qualité quasi identique aux originaux. L'extension de telles pratiques aux films est rendue possible via le format DivX. Des sites Internet et des logiciels (*Napster*, *Gnutella*) permettent alors les échanges illicites de contenus sonores, audiovisuels et logiciels.

Il est par conséquent indéniable que les TIC diminuent l'efficacité de la gestion traditionnelle des droits par leurs détenteurs aux niveaux du contrôle et de la gestion des flux d'information et de rémunération.

## **1.3 Du "no copyright" au copyleft : les critiques non marchandes du droit d'auteur**

Pour certains détracteurs du droit d'auteur (Barlow, 1994, 1996)<sup>2</sup>, le droit d'auteur devient techniquement inapplicable face aux possibilités offertes par l'Internet : il est qualifié de "relique" de l'âge pré-numérique. Dans la perspective du "no copyright", les

pratiques de copiage et de navigation sur l'Internet traduisent un rejet de l'idée même de propriété afin d'imposer progressivement un **modèle de la gratuité**.

Cette approche abolitionniste se réfère souvent aux travaux élaborés dans les années 60 par les chercheurs de l'intertextualité tels que Roland Barthes ou Julia Kristeva. Pour ces derniers, tout texte entretient des relations avec d'autres textes car il est la réunion d'une pluralité de textes. Cette conception réduit considérablement le poids de l'auteur : elle rend autonome la lecture de l'autorité de l'auteur, fait sortir l'œuvre d'une filiation étroite et autorise une très grande liberté d'approche du texte. Ayant établi que la notion d'auteur bride l'analyse textuelle et que cette même notion est une production économique, idéologique et sociale visant à favoriser le commerce des œuvres et la surveillance de leur contenu (Michel Foucault), il ne restait plus qu'à proclamer la "mort de l'auteur" (le titre évocateur de l'une des œuvres de Barthes)<sup>3</sup>. Cette mise à mort devait néanmoins rester théorique : confiné dans le milieu des intellectuels, ce débat n'a pas eu d'incidence juridique ou sociale. Comme le note Antoine Compagnon<sup>4</sup>, ces théoriciens n'envisageaient pas la production artistique et la notion d'auteur dans leur relation avec un dispositif précis (l'imprimé à propos du texte littéraire).

En revanche, l'apparition d'un nouveau dispositif, le contenu électronique, échangeable et transformable à volonté, bouleverse notre conception traditionnelle de l'œuvre et de son auteur. D'une part, ce nouveau dispositif est apparemment associé à un flou juridique au détriment des auteurs dépossédés soudainement et temporairement de leur droits pécuniaires et moraux. D'autre part, le statut même de l'œuvre est en train de changer, investi de nouvelles pratiques de consommation et de création. Tout à chacun peut mettre en ligne ses créations sans avoir recours à la sélection d'un éditeur : la notion d'auteur perd ici un peu de ce qui faisait sa valeur. Une fois le contenu mis en ligne, l'auteur s'expose volontairement à une série d'atteintes à son droit moral : il sait que le texte va être reproduit, copié, transformé, réutilisé à l'infini, partout et ce, sans qu'il ne soit jamais consulté. "Le texte électronique devient inmanquablement un hypertexte."<sup>5</sup> Il se constitue d'une épaisseur de relations avec d'autres œuvres, avec des ajouts, des modifications effectuées par l'auteur ou par des tiers qui font qu'une œuvre électronique est virtuellement non finie : l'activité éditoriale n'est plus là pour lui donner une forme. Peut-on légitimement être l'auteur d'une œuvre "infinie" et réclamer un droit de regard sur le devenir du texte lorsque l'on sait pertinemment que cela est matériellement impossible dès qu'il est mis sur le réseau ? Ce n'est finalement pas un quelconque flou juridique qui remet le plus en cause le droit d'auteur. **Les nouvelles utilisations créatrices des œuvres numérisées s'avèrent bien plus déstabilisantes pour la notion d'auteur que le mythe du vide juridique.**

Si la conception du "no copyright" peut convenir à un certain type d'œuvres (essentiellement, l'écrit, voire l'image fixe et certains genres musicaux), elle s'avère cependant moins pertinente dans d'autres cas. Comment en effet réunir des fonds suffisants pour produire des contenus à coûts fixes importants ? D'autres solutions alternatives ont alors été proposées autour du partage et des communautés virtuelles (Soon, 1999). Un projet comme Xanadu est une banque de données regroupant des éléments "précréés" et mis à disposition en ligne gratuitement (logique du don/contre don) ou contre paiement. L'idée de droit moral (traduction juridique de la conception de l'auteur) se dissout alors pour laisser la place à la notion de *création collective*.

L'utilisateur d'une banque de donnée peut être à la fois consommateur (téléchargeant un extrait musical ou des personnages contre rémunération ou non selon les modalités d'adhésion) et fournisseur (enregistrant ses contenus dans la banque de données en les proposant contre paiement ou gratuitement en fonction de ses coûts fixes par exemple). Chaque contenu se crée ainsi en modifiant des contenus antérieurs et est lui-même modifié. **L'œuvre devient processus permanent de création et ses frontières se diluent : sans objet, le droit d'auteur disparaît.** Néanmoins, ce type d'expériences, apparues depuis quelques années déjà, demeurent très marginales.

Face aux partisans du "**no copyright**", d'autres analyses réunies sous le terme de "**copyleft**" proposent une perspective différente, ne rejetant pas les principes fondant le droit d'auteur mais envisageant de lui faire subir quelques modifications. L'expression "copyleft" est un glissement terminologique dû à Richard Stallman, fondateur de la *Free Software Foundation*. Il s'agit de prendre le droit d'auteur à l'envers : le détenteur d'un droit d'auteur dispose d'un monopole juridique, mais rien ne l'empêche de *ne pas l'exercer* en le signalant explicitement. Les licences "libres" (dont la plus connue est la licence GNU) dans le domaine du logiciel reprennent en partie cette idée. Les concepteurs d'un logiciel "libre" cèdent gratuitement leurs droits sur les utilisations ultérieures de leurs créations en dévoilant leur code source. Ils renoncent ainsi contractuellement à exiger des rémunérations sur les utilisations, les adaptations et les exploitations commerciales ou non des nouvelles versions obtenues à partir de l'original. En contrepartie, l'utilisateur d'un logiciel distribué sous licence "libre" doit accepter lui-même de céder ses droits sur le logiciel dérivé dans les mêmes conditions. Tout au long de la chaîne des transformations, les licences "libres" s'appliquent aux logiciels en reconnaissant à chaque étape l'apport de chaque concepteur successif (apport mentionné à chaque nouvelle licence). Pour des mouvements comme "Copyleft Attitude", ce modèle est transposable aux œuvres littéraires et artistiques issues d'un processus de création collective et diffusées sur les réseaux numériques. Il est ainsi proposé par l'association "Copyleft Attitude" une licence dite "art libre" reprenant les principes de la licence "logiciel libre".

**Dans l'ensemble, ces diverses perspectives non marchandes, en se plaçant du point de vue des utilisateurs** ne montrent pas clairement comment des œuvres nécessitant des coûts fixes très élevés (longs métrages, jeux vidéo, enregistrements de musique avec orchestre) et une promotion importante pourraient être produites en économie de marché. Seul un changement complet du système de financement des œuvres tel que le versement d'un revenu aux créateurs et de subventions à la production permettrait de maintenir une offre gratuite.

## **2- L'appropriabilité indirecte au secours des producteurs de biens culturels**

D'autres alternatives au droit d'auteur sont proposées visant justement à définir des méthodes utilisables par les producteurs de biens culturels pour couvrir leurs coûts fixes de production et dégager un profit suffisant pour entreprendre d'autres projets. Le droit d'auteur est rendu inutile par le fait que les producteurs peuvent s'appropriier indirectement la valeur des utilisations faites des contenus.

### **2.1 Les formes d'appropriabilité indirecte**

Pour nombre d'auteurs actuels (Varian et Shapiro, 1998, Stefik, 1997), **il existe des alternatives marchandes au droit d'auteur, des moyens indirects** pour capturer la valeur des utilisations des biens culturels sur les réseaux. Ces arguments ne sont pourtant pas inédits et se retrouvent chez des économistes comme Plant (1934, 1954), Breyer (1970) ou Demsetz (1972).

L'offreur de contenus dispose de différents moyens pour s'appropriier indirectement la valeur des copies cédés à prix nuls et couvrir ses coûts fixes. **La vente de produits complémentaires** est le mécanisme le plus cité. L'idée que les ventes liées permettent une production privée optimale de biens collectifs en présence de coûts d'exclusion prohibitifs a été initialement formulée par Demsetz (1970, p.306). Les producteurs ont la possibilité de subventionner de façon croisée leurs coûts de création (Schlachter, 1997). En revanche, lorsque la subvention croisée permet de rentabiliser les coûts fixes pour une catégorie de contenus, les producteurs persistant dans le recours au droit d'auteur subissent des pressions concurrentielles très fortes. La subvention croisée appliquée aux contenus mis en ligne répond alors à la logique commerciale classique de "donner pour mieux vendre" (Shapiro et Varian, 1999).

L'exemple le plus illustratif est le financement publicitaire et le *sponsoring* à l'instar du modèle télévisuel mais avec, sur l'Internet, une possibilité de ciblage *a priori* nettement plus fin. Il existe d'autres produits complémentaires comme l'exploitation commerciale de données personnelles, la méthode de l'essai avant achat, la vente de mises à niveau (pratique habituelle pour les logiciels utilitaires) et la vente de biens matériels ou de services. De plus, les réseaux numériques permettent la formation de communautés liées par des intérêts communs. Les fournisseurs de services en ligne ont alors de multiples opportunités de tirer de la valeur de ces interrelations<sup>6</sup>.

Dans une perspective différente, Takeyama (1994) reprenant une idée de Liebowitz (1985) montre que la circulation "gratuite" des contenus crée des **effets de réseaux** : la banalisation des technologies de copie accroît la dissémination des œuvres et donc la probabilité d'achat d'originaux. Si les copies cédées à prix nul ne génèrent pas de revenus à court terme, elles contribuent à ancrer les habitudes de consommation et à diffuser le produit. L'effet est *in fine* positif sur les revenus des producteurs, puisque, même en l'absence de droit d'auteur, les profits peuvent augmenter avec la taille du réseau au-delà du niveau qu'ils auraient atteint sans copiage<sup>7</sup>.

Liebowitz (repris par Besen et Kirby, 1989) ajoute à cette forme d'appropriabilité indirecte l'**effet de multi-usages** : les producteurs peuvent s'approprier tout ou partie des revenus correspondant aux copies non autorisées en augmentant les prix des originaux acquis par les acheteurs à partir desquels les copies sont faites. Dans ce cas, **la discrimination par les prix** prend une forme particulière : l'acheteur initial d'un original accepte de payer un prix plus élevé, car il intègre dans son calcul les recettes qu'il retirera de la "vente" de copies à des utilisateurs secondaires. Liebowitz analyse la photocopie d'articles dans les bibliothèques aux Etats-Unis : les éditeurs de revues ont augmenté les prix des abonnements souscrits par les bibliothèques dans une proportion plus forte que ceux des abonnements individuels. La copie peut alors être profitable aux

producteurs s'ils s'approprient indirectement la valeur correspondant aux copies non autorisées ou pour lesquelles un contrôle est impraticable.

Si la portée de cette analyse reste limitée (la photocopie d'articles en bibliothèque est un exemple très spécifique de discrimination par les prix praticable en matière de biens culturels), elle peut néanmoins s'avérer pertinente en matière de réseaux électroniques, avec le développement des technologies numériques de codage, d'identification et de traçabilité (Meurer, 1997, Bell, 1998). **L'appropriabilité devient alors essentiellement directe**, car tout utilisateur acquitte un prix fixé en fonction de sa supposée disposition à payer et ne peut revendre le contenu. Mais contrairement à la discrimination par les prix préconisée par Liebowitz (1985) et Takeyama (1994), **l'appropriabilité s'appuyant sur les technologies anti-copie ne repose pas sur des effets de réseaux** (voir 3.2).

## 2.2 Les limites de l'appropriabilité indirecte dans les industries culturelles

Les possibilités d'appropriabilité indirecte permettraient de conclure à l'inutilité du droit d'auteur si ce droit était réduit à une protection des investissements des producteurs et si elles existaient réellement dans les industries culturelles.

### *Un cadre institutionnel réducteur*

Tout d'abord, le cadre institutionnel sous-tendu est réducteur. **La production de biens culturels donne en effet naissance à des droits multiples**, ceux des auteurs, des éditeurs et des artistes-interprètes de l'œuvre originale et souvent des œuvres premières ayant servi à sa création (roman adapté au cinéma). Ainsi, le fait qu'un éditeur d'œuvres musicales puisse subventionner ses contenus mis à la disposition gratuite des utilisateurs finals sur Internet ne le dégage en rien de ses obligations vis-à-vis des auteurs pour les reproductions et les représentations en ligne. Ces derniers ont d'autant plus intérêt à se prévaloir et à faire appliquer leurs prérogatives que les nouvelles technologies devraient permettre des relevés précis permettant une rémunération proportionnelle des différents protagonistes à la création de l'œuvre<sup>8</sup>.

De plus, **ces arguments reposent sur le modèle d'une économie désintermédiée**. Les utilisateurs sont à la limite tous des consommateurs finals, qui ne recherchent pas de profit en réutilisant les contenus. Or, il est fort probable que les contenus circulant sur Internet ne soient pas valorisés uniquement par leurs producteurs initiaux (auteurs ou éditeurs). Il est difficile de soutenir que la spécialisation disparaîtra : généralement, un auteur crée, un éditeur "fabrique" le bien culturel (financement, tirage d'exemplaires, promotion), un diffuseur met à disposition les contenus, une société d'auteurs négocie et perçoit certains droits. Parfois, une seule personne intègre plusieurs fonctions à la fois, mais il est rare qu'elle les intègre toutes<sup>9</sup> et cette spécialisation induit de nombreuses négociations de droits. Le producteur originel du contenu ne pouvant maîtriser seul toutes les formes de valorisation, il est fort probable qu'il désirera discriminer entre les utilisateurs de contenus. Or, la disposition à payer des utilisateurs intermédiaires est *a priori* nettement plus forte que celles des utilisateurs finals. Pour opérer cette discrimination, le producteur doit mettre en avant ses droits de propriété sur l'œuvre ou développer des technologies de protection électronique empêchant toute utilisation

spécifique en l'absence de paiement. En tout état de cause, il ne peut se contenter de financements indirects génériques.

Par ailleurs, d'autres catégories d'utilisateurs intermédiaires apparaissent qui cherchent à utiliser les contenus sans s'acquitter de droits auprès des "fournisseurs" de contenus, ni participer au financement indirect. Certains pirates permettent ainsi aux utilisateurs finals de **contourner les méthodes d'appropriation indirecte** en éliminant la publicité, en permettant la consultation anonyme de sites ou l'utilisation des contenus sur des appareils non dédiés. Leurs "services" annulent ainsi les sources de financement indirect des producteurs originels de contenus.

Enfin, dans les modèles d'appropriabilité indirecte, **les biens culturels ne risquent-ils pas d'être conçus pour attirer les faveurs des publicitaires et autres sponsors ?** L'objectif serait alors principalement de vendre les produits dérivés servant à financer les biens informationnels au risque d'aboutir à une "instrumentalisation" de la production des contenus. Sans préjuger de la qualité des biens culturels issus d'un tel modèle de financement (le cinéma n'est-il pas financé en grande partie par la télévision ?), les productions moins chanceuses, plus expérimentales ou basées sur une notoriété moindre disposeront-elles de financements suffisants ? La diversité culturelle pourrait en faire les frais. Des modèles comme Varian et Shapiro (1999) négligent les stratégies des éditeurs visant à différencier et à augmenter la qualité perçue des biens culturels : un bien offert gratuitement, s'il ne réunit pas les moyens promotionnels d'un bien protégé et non gratuit, ne peut espérer concurrencer ce dernier. Paradoxalement, ces auteurs insistent sur la surabondance d'offre de biens informationnels par rapport à la demande : les consommateurs sont alors confrontés à des coûts de surdiversité et ont besoin de mécanismes pour discerner les biens informationnels de valeur de ceux qui n'en ont pas. Or, cette fonction de "tri" en économie de la culture est assurée depuis longtemps par les éditeurs *petits, moyens ou gros* : leurs stratégies de catalogue et de différenciation supposent un recours à *toute forme d'appropriabilité* afin de réunir des moyens financiers suffisants.

#### *Les limites inhérentes à l'appropriabilité indirecte*

Si l'appropriabilité indirecte est envisageable dans certaines industries de contenus comme le logiciel ou le jeu vidéo, ses effets sont beaucoup plus limités dans d'autres activités. Tout d'abord, les effets de réseaux sont peu nombreux dans les industries culturelles. Des groupes connus - qui sont les plus copiés - comme les Rolling Stones n'ont pas besoin de créer une base installée de "fans", mais de s'approprier les revenus à court terme de leur activité. Leur objectif est donc de maximiser la rente tirée de leur notoriété. **Contrairement aux logiciels, la concurrence entre les œuvres culturelles ne s'assimile guère à une guerre de standards.**

Concernant l'argument des ventes liées, il ne se révèle pertinent que lorsque les éditeurs de contenu sont également producteurs de matériels de lecture ou opérateurs en réseaux. Et même lorsque les majors du disque font partie de groupes produisant du matériel d'enregistrement (comme Sony) ou exerçant des activités en réseaux, rien ne garantit que des transferts entre filiales aient lieu. De surcroît, les éditeurs indépendants sont exclus de ces modes de financement et risquent alors d'être rachetés. En revanche, les

consoles de jeux constituent une bonne application de ce modèle, puisque Sony ou Nintendo sont à la fois fabricants de consoles et éditeurs de jeux.

**Le fait que l'appropriation puisse se faire par d'autres biais que l'application systématique du droit d'auteur ne présume en rien de son inefficacité.** La littérature ne peut en effet s'appuyer sur un seul secteur – en l'occurrence, l'informatique – pour montrer *a priori* l'affaiblissement du droit d'auteur. Au contraire, l'histoire économique met en évidence la complémentarité des formes d'appropriation et les délais requis pour la mise en place de technologies d'*enforcement* performantes<sup>10</sup>.

### **3 - Les solutions contractuelles, alternatives au droit d'auteur ?**

Aux limites de l'appropriabilité indirecte répondent d'autres alternatives au droit d'auteur basées sur une **appropriabilité directe et des arrangements contractuels privés**. Des systèmes technologiques garantiraient l'effectivité de ces arrangements en faisant appliquer les clauses et en contrôlant les comportements des cocontractants. Ces technologies ne seraient alors plus **tant des technologies de mise en œuvre des droits d'auteur que des technologies de protection des contenus et des investissements des producteurs** (Dam, 1999, Schlachter, 1997). De manière générale, pour de nombreux analystes, les TIC induisent une baisse importante des coûts de transaction. Le mode de coordination marchand tendrait donc à s'imposer progressivement face à la hiérarchie et à l'intermédiation (Malone et al., 1997). Pour des auteurs comme Friedman (1996), un monde de contrat remplacera à terme la réglementation du droit d'auteur sur les réseaux électroniques. Les offreurs de contenus négocieront avec les utilisateurs et n'auront plus besoin d'une réglementation protectrice qui s'avérera en fait un obstacle à la liberté contractuelle. **Le "tout contrat" s'impose face à la réglementation.**

#### **3.1 Les technologies de protection au secours des producteurs de contenus**

Si elles favorisent la piraterie et le copiage illicite, les TIC permettent également d'améliorer considérablement la protection des biens culturels numérisés. Deux types de technologies se distinguent, selon que la volonté de leurs promoteurs est d'empêcher la reproduction du contenu ou qu'elle vise à contrôler les utilisations du contenu protégé et à détecter les éventuelles violations de droits.

Dans le premier cas, le contenu est "enveloppé" dans un système de cryptage et associé à une application logicielle nécessaire à son utilisation. Ainsi une musique peut être écoutée sans qu'il soit possible de l'enregistrer sur un disque dur. Pour pouvoir le faire, l'utilisateur doit obtenir une clé ou une application spécifique, ce qui permet à l'offreur du contenu de rendre nécessaires la négociation et l'acquisition des *droits d'utilisation* : le transfert de ces droits a lieu *contractuellement* lors de l'utilisation de l'œuvre. Le Cryptolope d'IBM est un exemple de technologies de cryptage. Aucune collaboration entre les adopteurs de ces technologies n'est alors nécessaire. Cependant, **ces systèmes décentralisés** présentent des inconvénients : risque d'incompatibilité (coûts pour l'utilisateur), possibilité de décryptage et d'enregistrement en cours de lecture, échange *a posteriori* de contenus entre les acheteurs formant ainsi des clubs de copieurs.

Le deuxième type de technologies correspond aux systèmes de contrôle des utilisations faites des contenus. Ce sont des solutions plus étendues permettant non seulement la protection des contenus, mais leur identification, authentification, traçabilité et sécurisation (Rochelandet, 2000, Gervais, 1998). **Ces systèmes sont centralisés autour de bases de données.** Les contenus sont "tatoués" grâce à des techniques numériques d'insertion d'identifiants "muets"<sup>11</sup> permettant à l'utilisateur d'identifier l'offreur et le cas échéant, de négocier les conditions d'utilisation. Ces technologies présentent un certain nombre d'avantages comme l'indépendance du système d'identification par rapport au format du contenu. Mais elles nécessitent l'intervention d'une série d'intermédiaires (tiers certificateurs,...). Ces systèmes concernent actuellement principalement la gestion des droits d'auteur, à l'image de projets européens tels qu'IMPRIMATUR (Farchy et Rochelandet, 1999).

Les partisans d'une désintermédiation électronique sont nettement plus favorables aux technologies de protection directe des contenus. De leur point de vue, lorsqu'elles sont efficaces, c'est-à-dire invulnérables à chaque maillon de la chaîne de valorisation, elles permettent une appropriabilité parfaite de la valeur des utilisations. De plus, **cette gestion électronique désintermédiée présentent des avantages concurrentiels certains.** Des négociations moins coûteuses et plus concurrentielles ont lieu entre les utilisateurs et les offreurs de contenus. Les cocontractants potentiels s'identifient mutuellement au moindre coût et, le cas échéant, passent contrat grâce à une uniformisation des méthodes de gestion et des instruments contractuels. L'avantage de telles négociations concurrentielles est d'éliminer au maximum les ententes entre "fournisseurs" de contenus sous la forme d'organisations collectives et donc de transférer une partie du surplus des producteurs de contenus vers les utilisateurs.

Pour Friedman (1996), ces technologies ne doivent pas renforcer la mise en œuvre du droit d'auteur, mais s'y substituer. Leur généralisation éliminerait les "privilèges" du droit d'auteur tout en permettant aux offreurs d'exercer un contrôle plus efficace des utilisations de leurs contenus en minimisant ainsi les coûts de transaction *ex post*.

### **3.2 Le droit d'auteur supplanté par la discrimination "contractuelle" par les prix ?**

D'une manière générale, la gestion électronique permet, selon ses partisans, une meilleure stratégie de valorisation des contenus par une discrimination par les prix (DP). L'offreur attribue un prix différent pour chaque catégorie d'utilisateurs et d'utilisations, maximisant ainsi ses recettes. Dans une perspective microéconomique, **les quantités offertes et demandées tendent alors vers l'équilibre de concurrence parfaite.**

Reprenant l'idée de Demsetz (1970), un certain nombre d'économistes (Meurer, 1997, Fisher, 1998 et Bell, 1998) ont mis en avant la solution de la DP qui permet de surmonter la défaillance du marché générée par la non-rivalité et la difficile excluabilité caractérisant les biens culturels mis en ligne. A l'heure des technologies numériques d'exclusion, ce mode de tarification devient praticable et **le droit d'auteur s'avère au mieux inutile, au pire nuisible pour la mise en place d'une telle stratégie tarifaire.** Il maintient en effet des contraintes tels que l'épuisement du droit après la première mise en vente (la possibilité pour quiconque de commercialiser des exemplaires de l'œuvre à la condition de rémunérer les ayants droit) qui entrent en contradiction évidente avec

l'une des conditions à l'efficacité de la DP : l'impossibilité pour les consommateurs de se revendre mutuellement le bien.

Pour Meurer (1997), le modèle de la DP contractuelle remplit plus efficacement que le droit d'auteur les deux objectifs assignés à ce dernier. D'une part, la quantité d'œuvres produites est supérieure car le producteur s'approprie une partie plus importante du surplus des consommateurs et, d'autre part, l'accès du public aux œuvres est élargi puisqu'une frange d'utilisateurs à disposition maximale à payer inférieure au prix de monopole a accès aux œuvres.

Pour autant, **les modèles de DP omettent certains éléments importants**. Les utilisateurs sont également souvent des producteurs de contenus et diminuer leur "surplus" équivaut à diminuer leurs profits et la possibilité de financer leurs propres œuvres. De plus, réduire le surplus des consommateurs revient à réduire la part de leur budget affectée à l'achat d'autres œuvres ; cela revient aussi à réduire l'accès à la diversité culturelle non seulement pour le public mais également pour un ensemble de créateurs amateurs alimentant traditionnellement le vivier des industries culturelles (Cohen, 2000).

Pour résumer, si la DP élargit la diffusion de certaines œuvres (en général, produites par les éditeurs qui ont les moyens financiers d'une telle stratégie tarifaire), elle est une menace à la fois pour la diversité culturelle et pour l'accès des individus à celle-ci. Dans cette perspective, le droit d'auteur sous sa forme traditionnelle apparaît comme un garant plus approprié de cette diversité.

### **Conclusion : le droit d'auteur, une garantie pour les producteurs et les utilisateurs**

Les alternatives au droit d'auteur que sont les subventions croisées ou la généralisation des contrats semblent dans la réalité plus difficiles à mettre en œuvre que ne le pressentent leurs partisans. D'un autre côté, le droit devra sans doute s'adapter à une nouvelle conception de l'auteur et de son œuvre et à l'existence de processus permanents de créations collectives. Il existe finalement un double arbitrage à opérer entre droit de propriété et contrat d'une part, et entre droit d'auteur et droit de l'utilisateur, d'autre part. Le droit d'auteur, si souvent remis en cause au nom des utilisateurs, s'avère paradoxalement plus favorable à leurs intérêts que des solutions purement technologiques. D'abord parce que le droit d'auteur autorise des exceptions comme la copie privée ou la parodie des œuvres que les technologies éliminent ; ensuite, parce que la durée et le champ de la protection par le droit d'auteur sont juridiquement limités, contrairement aux technologies qui entament le domaine public ; enfin, parce que les institutions privées chargées de mettre en œuvre le droit d'auteur atténuent souvent les effets économiques du droit exclusif et réduisent les coûts informationnels entre producteurs et utilisateurs (Rochelandet, 2000). Dans cette perspective, les dispositions anti-contournement du *Digital Millennium Copyright Act* américain et de la directive européenne sur le droit d'auteur (adoptée en 2001) visant à empêcher la neutralisation des systèmes de protection pourraient bien constituer une menace pour la diversité de l'offre culturelle et un renforcement sans précédent des intérêts des offreurs de biens culturels.

## Références bibliographiques

- ADELSTEIN, R.P. et PERETZ, S.I. (1985) "The competition of technologies in markets for ideas : copyright and fair use in evolutionary perspective.", *International Review of Law and Economics*, n°5, pp.217-218.
- BARLOW, J.P. (1994) "Selling Wine Without Bottles: the Economy of Mind on the Global Net", *WIRED*, , [www.hotwired.com/wired/2.03/features/economy.ideas.html](http://www.hotwired.com/wired/2.03/features/economy.ideas.html)
- BELL, T.W. (1998) "Fair use vs. fared use: the impact of automated rights management on copyright's fair use doctrine", *N.C. Law Review*, vol.76, pp.557-620.
- BREYER, S. (1970) "The uneasy case for copyright : a study of copyright in books, photocopies and computer programs.", *Harvard Law Review*, vol.84, n°2, pp.281-351.
- BROUSSEAU, E. (1992) "Coûts de transaction et impact organisationnel des technologies d'information et de communication", *Réseaux*, n°54, pp.31-55.
- CLARK, C. (1996) "The answer to the machine is in the machine", in Hugenholtz P.B. (dir.), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer Law Intenational, La Hague, Londres, Boston, pp.139-145.
- COHEN, J.E. (1997) "Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them.", *Berkeley Technological Law Journal*, vol.12, n°1, document en ligne : <http://www.law.berkeley.edu/journal/btlj/12-1/cohen.html>.
- DAM, K.W. (1999) "Self-help in the digital jungle", *Journal of Legal Studies*, vol.28, n°2, juin, pp.393-412.
- DAVID, P.A. (1993) "Intellectual property and the Panda's thumb : patents, copyrights and trade secrets in economic theory and history.", in Wallerstein M.B. et al. (sous la direction de) *Global dimension of intellectual property rights in science and technology*, National Academic Press, Whashington DC, pp.19-61.
- DEMSETZ, H. (1970) "The private production of public goods", *Journal of Law and Economics*, vol.13, n°2, pp.293-306.
- DOMMERING, E. J. (1996) "Copyright being washed away through the electronic sieve. Some thoughts on the impending copyright crisis", in Hugenholtz P.B. (dir.), *The future of copyright in a digital environment*, Kluwer Law Intenational, La Hague, Londres, Boston, pp.1-12.
- EGGERTSSON, T. (1990) *Economic behavior and institutions*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FARCHY, J. et ROCHELANDET, F. (2001) "La copie privée numérique, un danger pour la diffusion commerciale des oeuvres culturelles ? » *Réseaux*, mai
- FARCHY, J. et ROCHELANDET, F. (2001) "The copyright management in the digital age: the evolving forms of cooperation", in Plunket, A., Voisin, C. et Bellon, B. (coordonné par) *The dynamics of inter-firm cooperation: a diversity of theories and empirical approaches*, Londres, Edward Elgar (à paraître).
- FARCHY, J. et ROCHELANDET, F. (2000) "Protection of authors and dissemination of works in the digital universe. The case of the French film industry", *Communications&Stratégies*, n°39, pp.37-58.
- FISHER III, W.W. (1998) "Property and contract on the Internet", *Chicago-Kent Law Review*, vol.73, pp.1203.
- FLICHY, P. (1991), *Une histoire de la communication moderne – Espace public et vie privée*, La Découverte, Paris.
- FRIEDMAN, D. (1996) "A World of Strong Privacy: Promises and Perils of Encryption", *Social Philosophy And Policy*, vol. 13 n°2.
- GERVAIS, D.J. (1998) *Gestion électronique des droits et systèmes d'identificateurs numériques*, Comité consultatif sur la gestion du droit d'auteur et des droits connexes dans le cadre des réseaux mondiaux d'information, OMPI, 14 et 15 décembre.

HOEREN, T. (1995) "Aspects juridiques du multimédia. Solutions à long terme", contribution au colloque *Aspects juridiques du multimédia et des SIG*, 27/28 octobre 1994, traduit de l'anglais : [www2.echo.lu/search97cgi](http://www2.echo.lu/search97cgi).

HUGENHOLTZ, P.B. (1995) "Droits de licence dans un environnement multimédia digital", *La société de l'information : droit d'auteur et multimédia*, LAB, Commission Européenne, pp.57-62.

KOSKINEN-OLSSON, T. et GERVAIS, D.J. (1999) *Commerce électronique et droit d'auteur : un rôle clé pour l'OMPI*, Comité consultatif sur la gestion du droit d'auteur et des droits connexes dans le cadre des réseaux mondiaux d'information, OMPI, 8 et 9 décembre.

LIEBOWITZ, S.J. (1986) "Copyright Law, photocopying, and price discrimination", *Research in Law and Economics*, vol.8, pp.181-200.

MALONE, T, YATES, J. et BENJAMIN, B. (1997) "Electronic market and electronic hierarchies", *Communication of the ACM*, vol.30, n°6, traduit dans *Réseaux*, n°84, pp.23-45.

MERGES, R.P. (1997) "The end of friction ? Property rights and contract in the "newtonian" world of on-line commerce", *Berkeley Technological Law Journal*, vol.12, pp.115-136.

MERGES, R.P. (1996) "Contracting into liability rules: intellectual property rights and collective rights organizations", *California Law Review*, vol.84, n°5, pp.1293-1393.

MEURER, M.J. (1997) "Price Discrimination, Personal Use, and Piracy: Copyright Protection of Digital Works", *Buffalo Law Review*, vol.45, pp.845-889.

ORLEANS, A. (1994) "Sur le rôle de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand", *Revue du MAUSS*, n°4, 2ème semestre, pp.17-36

PLANT, A. (1953) *The new commerce in ideas and intellectual property*, The Athlone Press.

ROCHELANDET, F. (2001) "Le commerce électronique des biens culturels", document de travail.

ROCHELANDET, F. (2000) *Propriété intellectuelle et changement technologique. La mise en œuvre du droit d'auteur dans les industries culturelles*, thèse de doctorat, Université de Paris 1.

SAMUELSON, P. (1997) "Legally speaking : embedding technical self-help in licensed software", *Communications of the ACM*, vol. 40, pp.10-13.

SCHLACHTER, E. (1997) "The intellectual property Renaissance in cyberspace : why copyright law could be unimportant on the Internet", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 12, n°1, document en ligne : <http://www.law.berkeley.edu/journal/btlj/12-1/schkachter.html>.

SHAVELL, S. et YPERSELE, T. van (1999) "Rewards versus intellectual property rights", NBER working paper, n°6956.

STEFIK, M. (1997) "Shifting the possible : how trusted systems and digital property rights challenge us to rethink digital publishing", *Berkeley Technological Law Review*, Vol. 12, n°1, document en ligne : [www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12-1/stefik.html](http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12-1/stefik.html).

STROWEL, A et DUSOLLIER, S. (1999) "La protection légale des systèmes techniques", *Atelier sur la mise en œuvre des Traités OMPI de 1996*, 6-7 décembre.

VARIAN, H. et SHAPIRO C. (1998) *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Cambridge, Londres.

---

<sup>1</sup> Pour Varian et Shapiro (1998), ces éléments doivent être relativisés : les pirates opérant sur les réseaux doivent se faire connaître des clients pour étendre leurs activités. Or, plus ils cherchent à accroître leurs recettes, plus le risque d'être détectés augmente : étant donné l'universalité d'Internet, la surveillance analogique serait suffisante pour limiter la piraterie en ligne. Pourtant, la dimension à la fois internationale et hautement technologique de l'Internet remet largement en cause un tel constat. Repérer un site diffusant des exemplaires pirates n'est pas suffisant si ces sites sont situés de "paradis numériques" La seule parade juridique est la responsabilité des intermédiaires.

<sup>2</sup> Voir également le site de la *Free Music Philosophy* : [www.ram.org/ramblings/philosophy](http://www.ram.org/ramblings/philosophy)

<sup>3</sup> Le lecteur et l'activité productive de la lecture sont du même coup valorisés en donnant du sens au texte.

<sup>4</sup> "Un monde sans auteurs ?", *Où va le livre ?*, La Dispute, Paris, p.232.

<sup>5</sup> A. Compagnon, *ibid*, p.243.

---

<sup>6</sup> Ainsi, selon le thème du forum, l'opérateur peut vendre des produits connexes : un site dédié à la pêche peut vendre du matériel, mais également organiser des compétitions.

<sup>7</sup> Takeyama prend le cas des logiciels, où la concurrence est une guerre de standards. En cas de victoire, l'éditeur peut espérer des profits à moyen terme grâce aux réactualisations de ses logiciels et aux services de maintenance. Pour un éditeur débutant, la copie privée est perçue comme un moyen de créer d'importantes "bases installées" d'utilisateurs.

<sup>8</sup> Par rapport à cette perspective, les adversaires modérés du droit d'auteur mettent en avant la nécessité de généraliser le principe du salariat des auteurs et les licences légales. Ainsi, appliquer ces deux régimes éliminerait la nécessité de mesurer et de négocier les droits de chacun. Le droit d'auteur serait vidé de sa substance économique, puisque les détenteurs de droits n'auraient plus besoin de leurs prérogatives, incités par d'autres mécanismes d'appropriation. Cependant, si le législateur retient une justification en terme d'équité ou s'il est admis que le droit d'auteur est une donnée sociale difficilement réversible, alors ces perspectives de réformes n'ont que peu de chances d'aboutir.

<sup>9</sup> Les quelques exemples d'artistes (The Artist, Peter Gabriel,...) ne permettent pas d'affirmer d'ores et déjà que tout compositeur-interprète pourra demain être à la fois créateur, éditeur et opérateur en réseaux : le succès de ces sites provient de la notoriété de ces artistes, fabriquée par leurs éditeurs et leur permettant d'avoir accès aux capitaux nécessaires à une large promotion de leur site. Si un auteur à succès moyen ou débutant lance son site, aura-t-il les moyens de le promouvoir, sans que recourir à d'autres agents spécialisés dans ce type d'activités ?

<sup>10</sup> Il a fallu plus de 12 ans aux producteurs de films pour mettre au point des mécanismes d'appropriation des recettes auprès des exploitants en salles

<sup>11</sup> Par opposition aux identifiants "intelligents" qui retracent des informations relatives à l'offreur, mais qui ne sont pas évolutifs.