



HAL
open science

De la culture papier à la culture numérique : l'évolution du droit face aux médias

Primavera de Filippi, Benjamin Jean

► To cite this version:

Primavera de Filippi, Benjamin Jean. De la culture papier à la culture numérique : l'évolution du droit face aux médias. Implications philosophiques, 2012, pp.18. hal-00746063

HAL Id: hal-00746063

<https://hal.science/hal-00746063v1>

Submitted on 5 Nov 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

De la culture papier à la culture numérique :
L'évolution du droit face aux médias

Primavera De Filippi
Benjamin Jean

Introduction

L'évolution des techniques affecte incidemment la nature des médias.

De la tradition orale à la tradition écrite, de l'invention de l'imprimerie à l'introduction du numérique, l'évolution de la technique a permis le développement de nouvelles modalités de production, de diffusion et de réutilisation de « contenus culturels » (terme regroupant pour cette étude toutes les réalisations intellectuelles d'une société donnée)¹. De progrès en progrès, ces nouveaux médias (supports utilisés pour la communication directe – représentation – et indirecte – reproduction – de contenus en tout genre) encouragent le partage et facilitent la diffusion de ces contenus, avec d'importantes implications de nature politique, économique, juridique et sociale.

Au motif de sauvegarder les intérêts des auteurs ou des ayants droit, le droit s'est à de nombreuses reprises adapté afin de faire face aux défis soulevés par les technologies émergentes tout en respectant les nouveaux besoins des utilisateurs.

Ainsi, l'évolution des techniques influence non seulement l'évolution des médias, mais aussi l'évolution du droit.

Une analyse approfondie du droit d'auteur dans une perspective historique permet d'identifier trois étapes fondamentales, chacune rattachée à l'introduction de nouvelles technologies² et chacune mettant l'accent sur un droit particulier. L'histoire du droit d'auteur commence avec l'introduction de l'imprimerie³ qui a notamment emporté l'établissement de monopoles sur la publication des œuvres littéraires (A). La

¹ Étant donné les difficultés à définir de manière appropriée la portée des « contenus culturels », nous limiterons dans cet article à une terminologie intentionnellement vague, regroupant tout contenu résultant du travail créatif des individus et des industries culturelles et incorporés dans des biens ou des services de caractère culturel. Notons néanmoins l'existence de nombreuses thèses en faveur d'une « élévation » du critère d'originalité donnant accès à la protection par le droit d'auteur, tel le Professeur Pierre-Yves Gautier qui propose « en l'état du droit positif, de définir "œuvre" tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle qui peut tendre vers un but pratique, mais qui doit comporter un minimum d'effet esthétique ou culturel, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des beaux-arts », voir Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, ed. PUF Droit, 6e ed, n° 52, p.72

² Pour une présentation complète de l'histoire du droit d'auteur, voir L. Pfister, *L'auteur propriétaire de son œuvre, la formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la Loi de 1957*, Thèse Strasbourg III, 1999, t.1, p.36.

³ Avant ça, les auteurs étaient très souvent anonymes et ne revendiquaient aucun droit sur leur production.

seconde phase est celle d'une domination de l'industrie culturelle, comme symbole du passage d'une société industrielle à une société post-industrielle qui concentre la valeur sur les biens incorporels. C'est la naissance du droit d'auteur en Europe et du copyright dans les pays anglo-saxons (B). Enfin, l'arrivée des technologies numériques a radicalement bouleversé les modalités de production et de consommation de l'information sur Internet, permettant de nouveaux modèles économiques susceptibles de remettre en cause le paradigme établi par le droit d'auteur (C).

A. L'impression et le droit de publication

En rupture totale avec le système antérieur, l'invention de l'imprimerie a modifié la donne en permettant la multiplication des supports à moindre coût. Pour contrôler la diffusion de cette littérature, un monopole spécial a été créé : un droit sur la publication.

1. L'arrivée de l'imprimerie

Avant l'arrivée de l'imprimerie, les moines étaient responsables de la transcription des livres et documents de l'Église. Cela était un procédé long et cher qui ne pouvait pas satisfaire la demande croissante de manuscrits engendrée par l'expansion du christianisme. Parallèlement, le développement du système universitaire a fortement contribué à créer une demande importante pour les livres profanes et les publications scientifiques (généralement produits en interne par des artisans employés directement par les universités).

L'expansion de la demande a encouragé la recherche d'alternatives technologiques plus performantes. L'arrivée du papier comme nouveau support plus économique et plus facile à fabriquer était la première étape vers le développement de l'imprimerie.

En 1440, un premier procédé de typographie fut mis au point par Gutenberg, basé sur la possibilité de réorganiser des caractères amovibles sur une plaque qui serait ensuite utilisée pour produire autant de copies que nécessaire de manière quasi instantanée⁴. L'arrivée de l'imprimerie a permis la production de masse des œuvres littéraires, au coût encore diminué grâce aux économies d'échelle et aux avancées technologiques de la presse écrite. Le livre devient ainsi une marchandise, un produit industriel fongible dont la demande s'accélère avec le développement de la « société des lumières » qui encourage la circulation des savoirs et des connaissances.

Le procédé typographique inventé par Gutenberg ne peut cependant être réalisé qu'avec des investissements importants en capital. Seuls des entrepreneurs avec une forte capacité financière pouvaient se permettre d'acheter les machines et les matériaux nécessaires à imprimer (presse et métaux), ainsi que de payer les ouvriers spécialisés dans l'impression de livres et de documents. Une logique d'investissement s'instaure, provoquant l'établissement d'une industrie de la presse à caractère

⁴ Quelques années plus tard, en 1454, une Bible (la Bible à 42 lignes ou "B42") est produite à Mayence par Johannes Gutenberg en utilisant ce procédé. Pour plus de détails, Adof Wild (1997), *La typographie de la Bible de Gutenberg*, Communication et langages, Vol 114, pp. 85-95

capitaliste avec un nombre limité d'éditeurs contrôlant la publication de tout matériel imprimé⁵.

Avec le développement du marché international et l'arrivée de nouveaux enjeux économiques, il devient nécessaire pour l'État de réglementer le commerce d'œuvres littéraires. Un système de monopole légal⁶ est donc créé avec pour double finalité de protéger le marché de la concurrence étrangère pour encourager la croissance de l'industrie locale, et de contrôler la publication des œuvres dans une logique de censure⁷. Les « artisans créateurs » (on ne parle pas encore d'auteur) ne bénéficient pas de ces dispositifs qui maintiennent leur dépendance vis-à-vis du mécénat ou des commandes en provenance des libraires.

2. introduction d'un droit exclusif de publication

Terre d'accueil des imprimeurs dès le XVe siècle, Venise fut le premier État à introduire le système des privilèges étatiques pour réglementer l'industrie de la presse – le Doge de Venise ayant accordé en 1469 (et pour cinq ans) aux frères Jean et Wendelin de Spire le privilège exclusif d'impression dans toute la République de Venise⁸.

En France, les premiers monopoles de ce type apparaissent peu de temps après sous la forme de privilèges accordés par le pouvoir royal au travers de lettres patentes⁹. Ce mouvement a été initié par les auteurs qui souhaitaient s'assurer de l'attribution et du contrôle de l'exploitation de leurs œuvres, mais les libraires et imprimeurs ont très rapidement obtenu l'oreille du Roi afin de récupérer le seul bénéfice de ce monopole.

Ce monopole était, à l'époque, octroyé par le Roi de manière totalement discrétionnaire, arbitraire et individuelle. Il conférait à son bénéficiaire un droit exclusif d'imprimer, faire imprimer, vendre et débiter les ouvrages : un *droit de publication*. Une institution de censure déterminait au cas par cas son degré de protection variable au regard – non pas des bonnes mœurs ou de l'ordre public – des coûts de production, de la qualité et de l'originalité de l'œuvre, ainsi que de l'intérêt que l'œuvre présentait pour le public¹⁰.

⁵ Dominique Guellec, *Gutenberg Revisited: Une analyse économique de l'invention de l'imprimerie*, Dalloz, Revue d'économie politique, 2004/2 - Vol. 114, pp. 169-199

⁶ La première forme connue de propriété intellectuelle est attribuée à la ville grecque Sybaris qui reconnaissait, au VIe siècle avant J.-C., un monopole temporaire à tout inventeur d'une nouvelle recette de cuisine

⁷ L. R. Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, 1968

⁸ Pour une description plus détaillée du système de privilèges étatiques de la République de Venise, voir [Jaime Stapleton](#), *Art, Intellectual Property and the Knowledge Economy*, Goldsmiths College, University of London, 2002. Chapitre 2: Intellectual Property and Creative Labour in Renaissance Venice: The Rhetorical Model.

⁹ Une lettre patente est un texte promulgué par le roi qui introduit un droit ou un privilège opposable aux tiers. Il s'agit à l'époque de la France d'Ancien Régime de ce que l'on appelle aujourd'hui un décret du Conseil d'État.

¹⁰ Louis XIV voulait de la sorte « *encourager (...) les Éditions de Livres Utiles au Public pour l'avancement des Sciences et des belles Lettres (...)* ». Voir Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2009.

Tirant profit des premières tensions économiques (les conflits étaient très forts entre les libraires parisiens et lyonnais qui se battaient pour le bénéfice de ce monopole) et de l'apport des grands philosophes des lumières (au premier lieu Denis Diderot), les auteurs ont enfin réussi à faire évoluer leur situation dans les années précédant la Révolution française. Le Roi a ainsi progressivement admis le principe de privilèges accordés prioritairement aux auteurs et accessoirement aux éditeurs¹¹ jusqu'à consacrer, quelques années plus tard, une distinction entre le privilège temporaire des libraires (d'une portée limitée) et la « propriété » perpétuelle des auteurs.

Ces systèmes de privilèges ont ensuite été abrogés pour laisser place au régime des droits d'auteur que l'on connaît aujourd'hui.

B. La prédominance de la copie et le droit de reproduction

Par opposition au régime antérieur, le législateur révolutionnaire a consacré un véritable droit de propriété « inviolable et sacré » aux profits des auteurs, dorénavant seuls maîtres de leurs créations¹² : qu'il s'agisse d'en tirer les fruits (financiers) ou d'éviter leur dénaturation¹³.

Alors que ce dispositif avait pour dessein de protéger les intérêts des auteurs, les potentiels économiques liés à l'appropriation des œuvres de l'esprit a rapidement attiré de nouveaux acteurs qui se sont positionnés comme intermédiaires. Cela a conduit à l'apparition d'une industrie culturelle cherchant à maximiser ses rendements, quitte à dévoyer le monopole consenti par le législateur.

1. l'apparition d'une industrie culturelle

Propriété de plus en plus « marchandisée » par les progrès de la technique qui permettent leur reproduction fidèle, « les contenus culturels » deviennent une source croissante d'intérêts pour le monde industriel. Corollaire à cette entrée progressive dans le marché, on a ensuite assisté à une concentration des moyens de production et de diffusion des contenus culturels, formant ce qu'il est convenu d'appeler l'*industrie culturelle*¹⁴.

Dans leur recherche de rendement, les industries ont précipité l'émergence de nouvelles technologies – telles que la photocopie, la photographie, la reprographie, la phonographie, la vidéographie ou la cinématographie – afin de faciliter la production,

¹¹ Arrêt de Louis XVI de 1777 et 1778 – voir Jean Aulagnier, *le droit d'auteur*, LGDJ, 1934, t.I, pp. 96 et 104

¹² Il est une réaction directe aux effets pervers de la « propriété publique », nom donné alors au droit d'auteur, telle que défendue par les « pirates littéraires » que constituent les directeurs de théâtres. Voir Benjamin Jean et Sébastien Canevet, « L'évolution du droit d'auteur à l'ère du numérique », dans *La Bataille HADOPI*, Paris, In Libro Veritas, 2009.

¹³ Voir sur l'histoire du droit d'auteur : LATOURNERIE (Anne), « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », dans *Multitudes*, n°5, 2001, p. 37-62.

¹⁴ Aussi appelé « séquenceur collectif de création » au regard de la production qu'ils génèrent. Voir le colloque sur les industries culturelles organisé à Mons (Belgique) le 14 décembre 2006. L'apparition de la propriété intellectuelle n'est sans doute pas étrangère à ce phénomène de concentration.

la reproduction et la diffusion d'œuvres de nature différente. Ces technologies ont induit l'adoption de nouveaux médias – tels que les tourne-disques, les magnétoscopes, les récepteurs et les émetteurs radio, la télévision, les caméras, les appareils photographiques ou électroniques – qui permettent l'enregistrement, la reproduction et la redistribution de contenus culturels, tout en encourageant des nouvelles modalités de consommation et de réutilisation des contenus.

L'adoption en masse de ces nouveaux dispositifs a induit le développement de différents modèles économiques qui favorisent la production et la distribution de biens matériels (supports ou contenants) dont la valeur¹⁵ découle essentiellement de leur composante immatérielle (contenus ou œuvres¹⁶) : livres, CD, DVD ou Blu-Ray, émissions de radio ou de télévision, films cinématographiques, jeux vidéos, etc.

Que ce soit par la vente, la location ou la distribution de copies en échange d'une rétribution plus ou moins importante, la plupart de ces modèles économiques repose sur une production de masse des produits culturels qui – par leur valeur de marché – iront rémunérer les auteurs et financer les producteurs de contenus¹⁷. Ce modèle est généralement perçu comme inexorablement rattaché à la production de ces œuvres, mais il pose néanmoins la délicate question de la monétisation d'une ressource qui possède les caractéristiques d'un bien public et dont la consommation est à la fois non rivale¹⁸ et non exclusive¹⁹ – d'où la nécessité d'en contrôler la diffusion via des mécanismes de nature techniques ou légaux.

Étant donnés les investissements préalables à la production et à la reproduction des supports, les industries culturelles ont conservé, durant de nombreuses années, un monopole de fait pour produire et répliquer à l'infini (et pour un coût marginal) les supports dont ils assuraient la distribution.

Ce modèle économique est cependant mis en danger à l'apparition de chaque nouvelle innovation susceptible de faire perdre aux industries culturelles leur avantage technique (telle que la banalisation des outils numériques qui permettent à tout individu de produire un nombre illimité de copies d'œuvres sans aucune perte de

¹⁵ Il ne s'agit pas ici de valeur financière – c'est-à-dire le prix que le public est disposé à payer – mais plutôt d'un jugement de valeur - la valeur du contenu étant perçue comme étant plus importante que la valeur du contenant.

¹⁶ Cette différence entre œuvre et support est fondamentale dans la compréhension des droits de Propriété intellectuelle et se trouve déjà dans les récits grecs de l'Antiquité : tels les Épidauriens qui, ayant sculpté des statues dans le bois d'olivier en provenance d'Athènes, refusent ensuite de reconnaître aux Athéniens un quelconque droit de propriété sur leurs créations. Voir notamment Guillaume T.-F. Raynal, Histoire universelle, depuis le commencement du monde jusqu'à présent, Volume 13, Amsterdam et Leipzig, Arkstée et Merkus, 1752.

¹⁷ Il convient néanmoins de relever le travers de cette économie : les producteurs ayant tout intérêt à augmenter le nombre de copies sur un nombre limité de contenus de sorte à maximiser les économies d'échelles – et cela en ce qui concerne la conception, la production, la communication, le marketing, etc. –, ce qui est préjudiciable *in fine* à la diversité culturelle.

¹⁸ En sciences économiques, un bien est considéré non-rival lorsque sa consommation par un individu n'a pas d'effet sur la quantité de bien disponible pour les autres individus.

¹⁹ Un bien non-exclusif est un bien pour lequel il est difficile, voire impossible d'empêcher des individus d'en bénéficier après qu'il ait été produit.

qualité et à un coût marginal). Ainsi, dès lors qu'ils estiment leurs intérêts menacés ou qu'ils reconnaissent de nouvelles opportunités économiques non exploitées, les acteurs de l'industrie culturelle militent en faveur d'un élargissement des droits dont ils jouissent.

L'industrie culturelle, pour se développer, repose en effet sur la nécessité d'un droit d'auteur fort qui encadre un maximum d'utilisations des œuvres – un besoin qui génère de fréquentes tensions avec le public, les utilisateurs et les industries innovantes qui cherchent à tirer profit de l'utilisation de ces œuvres²⁰. Cette industrie, à qui il est souvent reproché de dénaturer le droit d'auteur, a donc eu (et maintenu) un rôle central dans l'évolution du droit d'auteur et du *copyright*²¹.

2. La matérialisation du droit d'auteur (copyright) autour de la notion de reproduction

Le *Statute of Anne*, adopté au Royaume-Uni en 1709, est considéré comme la première loi fondatrice du droit d'auteur dans la mesure où elle donne à l'auteur – et non plus à l'éditeur – un droit exclusif sur l'exploitation de ses œuvres²². Cette loi reconnaît aussi le besoin de limiter la portée des droits qu'elle confère au minimum nécessaire pour inciter les auteurs à créer et à diffuser leurs œuvres.

En France, tous les privilèges accordés par le Roi furent abolis lors de la révolution de 1789. Dans le nouveau régime, les droits des auteurs furent reconnus, tout d'abord, avec les décrets-lois du 13-19 janvier et du 19-24 juillet 1791²³ qui accordaient aux auteurs d'œuvres dramatiques et musicales un droit exclusif sur la représentation de leurs œuvres, qui perdurait pour toute la durée de leur vie et jusqu'à 5 ans après leur mort. Avec la loi du 19 juillet 1793,²⁴ la portée de ce droit fut étendue à tous les auteurs et la durée de protection fut allongée jusqu'à 10 ans après leur mort. Enfin, la loi du 14 juillet 1866 rallongea la durée de ce droit jusqu'à 50 ans après la mort de l'auteur. En parallèle de cette évolution législative et pour se protéger contre la pression financière de l'industrie culturelle, les auteurs se sont regroupés au sein de sociétés de gestion collective (appelées Société de Perception et de Redistribution des Droits) telles que la SACEM²⁵ ou la SACD²⁶. Un regroupement qui renforça leur

²⁰ Sur ce sujet, voir SIBAUD (Benoît), « Industries contre utilisateurs — la genèse de la guerre », dans La Bataille Hadopi, Paris, ILV, p. 31-36.

²¹ « Ainsi, quand la finalité du droit d'auteur appelle un raisonnement en termes de marché et d'intérêt public plutôt qu'en termes de sphère publique et d'intérêt général, la conséquence, selon Habermas, est la disparition de la sphère publique, le corolaire de l'intérêt général et de la raison, laissant la place à une société de consommation, qui vise à assurer la prospérité économique du marché des “ produits culturels”. » Suhail HADDADIN, ESSAI SUR UNE THEORIE GENERALE EN DROIT D'AUTEUR, Thèse réalisée sous la direction du Professeur Philippe GAUDRAT, 2008, p89

²² Dans son titre, cette loi fait explicitement allusion à l'objectif d'encourager l'apprentissage: An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.

²³ Décrets-lois du 13-19 janvier 1791 et du 19-24 juillet 1791, relatives aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales.

²⁴ Loi du 19 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique.

²⁵ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

²⁶ Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (première société de gestion collective créée en 1777 par Beaumarchais).

pouvoir de négociation, mais qui consolida aussi l'industrialisation croissante du droit d'auteur.

Ces lois sont restées en vigueur jusqu'en 1957, lorsqu'elles ont été remplacées par la loi du 11 mars 1957²⁷ qui reconnaît à tous les auteurs des droits moraux et des droits patrimoniaux. Les droits moraux sont directement liés à l'auteur et ne peuvent donc pas être transférés (ils sont perpétuels, inaliénables et imprescriptibles). Ils représentent le rattachement de l'auteur à son œuvre, sur laquelle il maintient un droit de regard même après que celle-ci ait été cédée à des tiers²⁸. Les droits patrimoniaux, composés essentiellement des droits de reproduction (communication indirecte au public) et de représentation (communication directe), ont eux pour but d'encourager la production artistique en accordant aux auteurs un monopole sur l'exploitation de leurs œuvres sous la forme de droits exclusifs qui peuvent être transférés à des tiers, souvent en échange d'une rémunération. Enfin, avec la loi du 27 mars 1997, la durée de protection des droits patrimoniaux sera allongée de 50 ans à 70 ans après la mort de l'auteur²⁹.

Enfin, avec le développement du commerce international et les nouvelles tendances vers la mondialisation, un processus d'harmonisation du droit d'auteur a vu le jour³⁰. Plusieurs conventions et traités internationaux ont ainsi été signés en parallèle, telle, notamment, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886³¹ (dont la plupart des dispositions ont été ensuite incorporées par référence dans l'Accord sur les ADPIC). La puissance économique des États-Unis n'est pas non plus étrangère à cette *américanisation*³² du système.

Cette présentation dépeint donc le glissement d'un régime de droit d'auteur très personnaliste, traduisant une perception romantique de l'auteur, qui s'est progressivement rapproché du système de *copyright* des pays de *common law* (économique par essence)³³ – en dépit de certains verrous légaux qui empêchent de

²⁷ Loi n. 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique

²⁸ Le droit moral est le « lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fût-elle entrée dans le circuit économique ». Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, Litec, 3ème édition, 1999, n.119.

²⁹ Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des Communautés européennes n° s 93/83 du 27 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993

³⁰ Voir Véronique Dahan et Charles Bouffier, *Arrêt Painer du 1er décembre 2011 : la CJUE poursuit son œuvre d'harmonisation du droit d'auteur*, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2012, n°80

³¹ La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 est un traité diplomatique qui établit les dispositions de base qui doivent être accordées par tous les pays signataires afin d'assurer la protection des œuvres littéraires et artistiques au niveau international. Ces dispositions établissent le principe de « traitement national » qui permet aux œuvres étrangères de bénéficier de la même protection accordée aux œuvres nationales, et précisent que cette protection ne soit pas subordonnée à l'accomplissement d'aucune formalité. Ce traité est géré par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) qui regroupe actuellement 184 États.

³² Silke Von Lewinski; *Américanisation de la propriété intellectuelle*, propriétés intellectuelles, 2004, n°10

³³ Koelman, Kamiel J., *Copyright Law & Economics in the Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passe?*. International Review of Intellectual Property and Competition Law, pp. 603-638, 2004.

détacher l'auteur de son œuvre, aussi bien d'un point de vue intellectuel (par l'existence des droits moraux) ou financier (avec, notamment, le principe de rémunération proportionnelle à l'exploitation).

Le droit d'auteur est aujourd'hui un système de droits exclusifs efficace qui permet de contrôler la reproduction, la distribution et la réutilisation d'œuvres de nature littéraire, dramatique, musicale ou artistique, mais qui s'étend aussi à de nouvelles formes d'œuvres, telles que le cinéma ou les œuvres multimédias. Cela au point où toute entreprise recherche aujourd'hui – avec un succès variable, mais non négligeable – cette protection sur ses créations (quelles qu'elles soient : simples bases de données, boulons, étagères, chaises ou tables, etc.). Pour répondre aux besoins des acteurs économiques, des droits voisins furent créés afin que soient protégés non seulement les auteurs d'œuvres de l'esprit, mais aussi les intérêts des personnes physiques ou morales « auxiliaires de la création » concourant à la création et à l'exploitation des œuvres sur le marché³⁴.

Dans une société industrielle, dont l'économie est fondée sur la production et la distribution de biens marchands, y compris culturels, la copie représente l'élément fondamental d'exploitation économique. C'est ce qui explique qu'en dépit des autres droits exclusifs, le droit de reproduction ait été le plus apte à assurer une rémunération économique aux ayants droit³⁵ – à l'instar du régime du copyright, qui se traduit de l'anglais par “droit de copie” ou droit de reproduction. C'est donc sans surprise que ce droit est celui qui a été le plus renforcé ces dernières années (avec quelques situations paradoxales comme en matière de copie privée³⁶).

Les problèmes se manifestent lorsque l'on se déplace vers l'environnement numérique, qui permet le partage et la diffusion des savoirs sur une échelle globale et de manière pratiquement instantanée. Dans un contexte où non seulement l'information, mais aussi le médium sont des ressources de nature immatérielle, il faut donc se demander si le concept même de rareté ne doit pas être remis en cause. Cela impose une réflexion approfondie sur les finalités du droit d'auteur³⁷ afin de savoir si,

³⁴ Les droits voisins accordés aux artistes-interprètes, aux producteurs et aux entreprises de communication sont introduits avec la loi du 3 juillet 1985 (qui introduit aussi le régime particulier des programmes d'ordinateur). Les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes bénéficient ainsi du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction – directe ou indirecte – de leur support d'enregistrement, ainsi que d'en contrôler toute redistribution, vente, location ou communication au public.

³⁵ Jane C. Ginsburg (1990), *Creation and Commercial Value: Copyright Protection of Works of Information*, 90 Columbia Law Review, p. 1865

³⁶ On assiste en effet à deux tendances directement opposées : une réduction du bénéfice de la copie privée (notamment par l'introduction des Mesures Techniques de Protection) et même temps qu'une extension de l'assiette de la rémunération pour copie privée.

³⁷ « L'objectif du droit d'auteur est de servir l'intérêt général en incitant à la création d'œuvres nouvelles et à leur diffusion auprès du public ». Ce qui justifie la recherche d'un équilibre entre auteurs et cessionnaires (« les limitations et les exceptions sont presque toujours un obstacle à la maximisation des profits provenant des investissements des cessionnaires alors qu'elles peuvent dans certaines circonstances favoriser les intérêts des créateurs ») et une recherche de l'intérêt général. Voir “Declaration on a balanced interpretation of the Three-Step Test in Copyright Law”/ Déclaration en

dans un monde où l'information est passée d'une situation de rareté à une situation de surproduction, le droit d'auteur ne devrait pas jouer un rôle radicalement différent³⁸.

C. Le numérique, Internet et le droit de réutilisation

La démocratisation des technologies numériques et le développement d'un réseau Internet mondial ont ouvert de nouveaux horizons – encourageant ainsi de nouvelles pratiques de création et de partage des contenus qui sont susceptibles d'intéresser la société dans son ensemble.

L'avènement d'une société de la connaissance et de l'information³⁹ entraîne par une divergence de comportements entre les réformes proposées par l'industrie culturelle et les usages constatés au sein de la société civile – ce qui justifie notre réflexion en faveur d'une nouvelle conception du droit d'auteur.

1. La naissance d'une société de l'information

Les années 1970 marquent le passage d'une société industrielle à une société post-industrielle (tertiaire) orientée vers la production et la diffusion des connaissances, dont l'économie est fondée principalement sur la production, la distribution et la réutilisation des contenus⁴⁰. Ce développement est accéléré par l'arrivée des technologies numériques, qui marquent la transition entre une économie basée sur la production de biens matériels et une économie basée principalement sur la production de biens immatériels ou numériques. Ce phénomène concerne les principaux secteurs de notre industrie (télécommunication, médias, constructeurs, etc.) qui se préparent, tant bien que mal, à ce qu'ils nomment la « convergence du numérique⁴¹. »

Combinés, Internet et les technologies numériques favorisent non seulement la reproduction et la distribution, mais surtout la réutilisation des œuvres de l'esprit – accessibles instantanément, immédiatement et à tout point du monde. Par ailleurs, l'interconnexion des réseaux publiques et privés a multiplié la quantité d'information qui est aujourd'hui disponible sur Internet, dont les contenus sont désormais produits

vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur (with R.M. Hilty, J. Griffiths) in: IIC 2008, 707 ; 2008 EIPR 489 and 2009 Auteurs-, Media- & Informatierecht (AMI) 8; in French: 2008 Propriétés intellectuelles (Propr. intell.) 399, and in: 2008 Auteurs et Médias 516;

³⁸ Voir notamment ce que prédisait déjà le Professeur Michel Vivant en 2000 : « Demain, les hologrammes « physiquement » mêlés à notre univers, les ordinateurs quantiques, les « puces moléculaires », les œuvres inscrites dans le vivant nous contraindront inévitablement à sortir de nos certitudes tranquilles et à créer d'autres modèles. », in Michel Vivant, Propriété intellectuelle et nouvelles technologies. A la recherche d'un nouveau paradigme, Conférence donnée dans le cadre de l'Université de Tous les Savoirs (UTLS), CNAM, 16 sept. 2000 ; publié dans Qu'est-ce que les technologies ? chez Odile Jacob, 2001, p. 201.

³⁹ Voir le Livre Vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance : COMMISSION EUROPÉENNE, Livre Vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, 2008

⁴⁰ Armand Mattelart, *Histoire de la société de l'information*, La Découverte - Repères, 2003

⁴¹ Conseil d'État, « Convergence numérique, convergence juridique », 2007 ou encore : Christian Hoceped, « La politique européenne de la concurrence face à la convergence », dans *Concurrence et consommation*, 117, 2000, p. 28 -30

non seulement par des professionnels, mais aussi par de simples amateurs (*user generated content*)⁴².

Cela comporte, notamment, une évolution radicale du rôle de l'utilisateur. D'un consommateur passif d'informations proposées par les médias de masse, l'utilisateur devient un consommateur de plus en plus actif grâce à l'interactivité fournie par les nouvelles technologies⁴³ – pour enfin devenir producteur d'information avec l'apparition des technologies du Web 2.0, le développement des médias sociaux⁴⁴ et l'acquisition de nouvelles pratiques. On passe ainsi d'une situation de rareté à une situation d'abondance⁴⁵ où tout le monde pourrait bénéficier d'un nombre croissant d'œuvres numériques qui – en raison de leur caractère exclusivement immatériel – ne seront pas touchées par la « tragédie des biens communs⁴⁶ ». Mais encore faudrait-il le souhaiter.

Face à une situation d'abondance culturelle, le problème fondamental n'est donc plus celui (pour le public) d'acquérir de nouveaux contenus, mais plutôt celui (pour les auteurs) de trouver un public intéressé par les contenus proposés – dont il est souvent difficile d'en juger la qualité et la fiabilité⁴⁷.

Se substituant toujours plus au monde physique, Internet devient aujourd'hui le marché central – au point où d'aucuns affirmeraient qu'un bien n'existe économiquement que s'il existe sur Internet⁴⁸ (un changement de telle ampleur qu'il ne serait pas concevable que le droit l'ignore). Or, le régime actuel des droits d'auteur – censé promouvoir les intérêts des auteurs et de la société civile – ne tient pas suffisamment compte des spécificités de l'environnement numérique dans la mesure

⁴² Pour une analyse quantitative des différents types d'information produite par les utilisateurs de services Web 2.0, voir Xavier Ochoa, Erik Duval (2008), *Quantitative analysis of user-generated content on the web*, Proceedings of Webevolve 2008: Web Science Workshop at WWW 2008.

⁴³ Grâce aux nouvelles technologies, les utilisateurs peuvent désormais choisir eux-mêmes ce qui les intéresse, une tâche qui était auparavant dévolue aux médias de masses. Voir, Michel Cartier (1997), *Le Nouveau Monde des Infostructures*; Ghislain Deslandes, Laurent Fonnet, Antoine Godbert (2009), *Éthique des médias sociaux et économie de la participation: Vers une nouvelle approche éditoriale? Une étude comparative*, Global Media Journal, Volume 2, Issue 1, pp.41-61

⁴⁴ Serge Proulx, Florcence Millerand, Julien Rueff (2010), *Web Social: Mutation de la Communication*, Presses de l'Université de Québec.

⁴⁵ Alors que dans l'environnement physique, la matérialité du médium et les coûts de production élevés de l'information induisaient une disponibilité limitée d'information, une situation se présente inverse dans l'environnement numérique où l'immatérialité du médium et les moindres coûts de production et de distribution des contenus numériques sont tels à permettre une disponibilité croissante d'information.

⁴⁶ La tragédie des biens communs décrit une situation caractérisée par un conflit entre intérêt individuel et intérêt commun qui mène à la surexploitation (et donc à l'épuisement) d'une ressource commune limitée, au dépit de tous. Garrett Hardin (1968), *The Tragedy of the Commons*, Science, Vol. 162, pp. 1243-1248

⁴⁷ Pauline Melgoza, Pamela A. Mennel, Suzanne D. Gyeszly, (2002) *Information overload*, Collection Building, Vol. 21 Iss: 1, pp.32 - 43

⁴⁸ Alan E. Wiseman (2000), *Economic perspectives on the Internet*, Bureau of Economics, Federal Trade Commission. Alicia Aldridge, Karen Forcht, Joan Pierson, (1997) *"Get linked or get lost: marketing strategy for the Internet"*, Internet Research, Vol. 7 Iss: 3, pp.161 - 169

où il est établi un cadre normatif qui limite l'accès, le partage et la réutilisation des contenus⁴⁹.

2. Réformes législatives

De nombreuses réformes législatives ont été entreprises pour faire face aux défis soulevés par Internet et les technologies numériques.

La plupart traduisent un effort d'harmonisation sur le plan international⁵⁰, non sans susciter de nombreuses critiques de la part de l'opinion publique. On peut ainsi citer en France : la Loi DADVSI⁵¹, interdisant le contournement des mesures technologiques de protection ; la Loi Création et Internet⁵², instituant la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet (HADOPI)⁵³ ; et encore d'autres (la Loi HADOPI 2, LOPPSI, LOPPSI 2) et plus récemment – dans un contexte international – le projet d'Accord Commercial Anti-Contrefaçon (ACTA).

Le droit d'auteur a ainsi évolué dans le but de préserver le *statu quo* préexistant⁵⁴ – renforçant ainsi la portée de protection accordée aux ayants droit en dépit des libertés garanties aux utilisateurs, de façon à faire obstacles aux nouvelles opportunités offertes à ces derniers par les technologies numériques. Malgré cet empilement législatif, le législateur n'est pas parvenu à adapter le droit d'auteur au contexte numérique – s'efforçant au contraire à façonner le numérique à l'image du droit : avec des mesures ayant pour objectif de réduire le potentiel offert par Internet et les technologies numériques, au point de multiplier les sanctions pénales contre le partage de contenus numériques, de responsabiliser les fournisseurs de services en

⁴⁹ Citons ainsi le Professeur Michel Vivant qui met en garde contre le risque qu'« à vouloir “coller” à des réalités d'abord économiques, on récrive subrepticement un droit d'auteur (ou un autre droit de propriété intellectuelle) tout autrement qu'il n'a été voulu. » et de conclure que « [l]e flexible droit n'est pas un droit qu'on peut plier comme on l'entend. Il est celui où l'esprit l'emporte sur la lettre et où donc tout est recherche d'équilibre. » Michel Vivant, *Procès (d'importance) autour de la finalité des droits. Ou des équilibres en procès...*, Propriétés intellectuelles, Juillet 2004 / N° 12, p. 834-837

⁵⁰ Notamment les Traités de l'OMPI concernant les droits d'auteurs et les droits voisins, transposés aux États-Unis par le Digital Millennium Copyright Act de 1999 et dans la Communauté européenne par la Directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

⁵¹ Loi no. 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

⁵² Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

⁵³ Une autorité indépendante responsable de sanctionner toute personne soupçonnée de violation des droits d'auteur par une riposte graduée qui peut mener jusqu'à la coupure de l'accès au réseau (elle remplace l'ARMT, créée par la Loi DADVSI pour réguler le droit sur les mesures techniques de protection, mais jamais saisie). Déclarée inconstitutionnelle par le Conseil Constitutionnel, cette loi a été jugée incompatible avec la Déclaration des droits de l'homme dans la mesure où elle porterait atteinte à la liberté de communication des individus - un droit qui implique désormais la possibilité d'accéder aux services en ligne. Pour une lecture critique de cette Loi, voir Collectif d'auteurs, La Bataille HADOPI, Paris, In Libro Veritas, 2009

⁵⁴ Stewart E. Sterk (1996), *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, Michigan Law Review, Vol. 94, No. 5 (Mar., 1996), pp. 1197-1249

ligne, ou encore d'introduire des mesures de filtrage et de censure des communications sur Internet (sans contrôle par l'autorité judiciaire)⁵⁵.

Le législateur s'arrime – en vain – à une conception du droit d'auteur dépassée en punissant la reproduction des copies numériques, dans un environnement où le concept même de copie n'a plus aucune raison d'être⁵⁶. S'il est vrai qu'Internet représente un médium universel, qui permet de rendre toute œuvre disponible immédiatement, à tout endroit et à tout moment, la reproduction technique de fichiers numériques sur le réseau ne devrait pas être considérée, *per se*, comme une reproduction au sens juridique du terme. Malgré l'introduction d'une exception sur les copies techniques éphémères⁵⁷, considérer que toute reproduction d'une œuvre numérique constitue potentiellement une violation des droits d'auteur comporte l'introduction d'un nouveau droit exclusif – qui sanctionnerait la simple utilisation des œuvres de l'esprit⁵⁸ – dès lors que cela présuppose inmanquablement une reproduction.

L'industrie culturelle s'est rapidement aperçu de cette opportunité, et s'est engouffrée sur cette voie pour maximiser ses profits au travers de nouveaux modèles économiques dont les revenus proviennent majoritairement du coût d'accès à des contenus numériques⁵⁹. Pour protéger ces nouveaux modèles économiques, cette industrie a longuement milité en faveur de l'introduction d'une protection légale⁶⁰ contre le contournement des mesures technologiques de protection dont elle se sert pour affermir son contrôle sur l'utilisation des contenus numériques.

Or, l'extension du contrôle accordé à toute utilisation des contenus s'étend bien au-delà de la portée initiale des droits d'auteur. C'est le résultat d'une évolution des techniques non prévue par le législateur qui s'oppose aux finalités premières de ce droit d'auteur⁶¹ – ce dernier n'étant originellement pas conçu pour empêcher

⁵⁵ Concernant la prise de position claire de la CJUE, voir Céline CASTETS-RENARD, Protection du droit d'auteur confrontée aux droits fondamentaux : point trop n'en faut !, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* - 2012, n°79

⁵⁶ Primavera De Filippi (2012), *The Concept of a Digital Copy*, Proceedings of the 15th International Legal Informatics Symposium (IRIS) : Transformation of Legal Languages, Salzburg, Austria

⁵⁷ La Directive Européenne de 2001 impose une exception des droits d'auteurs pour les copies techniques éphémères sans valeur économique – transposée en droit français par le titre 1er de la Loi du 1^{er} août 2008, qui introduit une exception des droits d'auteurs pour toute copie technique n'ayant aucune valeur économique (à l'exception des logiciels et des bases de données).

⁵⁸ Ginsburg, Jane C., *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law*. *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol. 50, p. 113, 2003.

⁵⁹ Dans le cas des contenus audiovisuels, par exemple, Netflix (www.netflix.com) propose l'accès en streaming à des films et des contenus audiovisuels en échange d'une rémunération unitaire ou mensuelle; alors que *Apple iTunes Store* (www.apple.com/itunes) permet aux utilisateurs de télécharger des fichiers numériques protégés qui ne peuvent être consommés que pendant 24h dans la période d'un mois.

⁶⁰ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (loi DADVSI).

⁶¹ Le législateur ayant par ailleurs ajouté, lors du vote de la Loi DADVSI, un précision allant dans ce sens au sein de l'Art. L331-5 al. 6 du Code de la Propriété Intellectuelle. Ce dernier disposant

l'utilisation des œuvres de l'esprit au sein de la sphère privée des individus. Cela déséquilibre le système antérieur et a pour conséquence une évidente perte de crédibilité du régime des droits d'auteur, dont les règles de plus en plus inadaptées au contexte numérique sont de moins en moins respectées sur Internet⁶².

Ces évolutions récentes des techniques et du droit nous amènent à proposer une conception nouvelle du droit d'auteur qui puisse s'adapter plus convenablement à l'environnement numérique.

3. Nouvelle Conception du droit d'auteur

D'une manière générale, les spécificités du média numérique en font un support exceptionnel qui remet en question la légitimité du système actuel – bloqué sur le maintien d'une industrie datée. Il est dès lors important de prendre en compte deux aspects fondamentaux qui peuvent avoir un impact considérable sur l'évolution du droit dans l'ère numérique : l'inefficacité du droit de reproduction dans un contexte où toute forme d'utilisation implique conséquemment une reproduction⁶³ ; et la réticence des internautes à payer pour l'usage d'une œuvre qui n'est par nature ni exclusive ni rivale – par ailleurs accessible gratuitement⁶⁴ sur Internet, de manière aussi bien légale qu'illégale⁶⁵.

que « ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégés dans les limites des droits prévus par le (. . .) code » vise à « permettre aux consommateurs de pouvoir lire les œuvres achetées sur l'ensemble des formats et appareils ordinairement utilisés à cet effet ». Par analogie, on retrouve la transposition parallèle de la directive en droit belge : « Les mesures techniques [. . .] ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des œuvres et prestations protégées d'utiliser ces œuvres et prestations conformément à leur destination normale » (Art. 79 bis, par. 4).

⁶² Jessica Litman (2006), *Digital Copyright*, Prometheus Books, New York. Numérique et droits d'auteur (2003), étude réalisée sous la direction de Jean-Marc Vernier, responsable des études pour L'Exception, group de réflexion sur le cinéma.

⁶³ Dès lors que la reproduction d'œuvres en format numérique devient une étape nécessaire pour toute utilisation (légitime ou pas) de ces œuvres, la reproduction d'une œuvre numérique ne peut plus être considéré comme un indicateur efficace de l'intention des utilisateurs d'enfreindre la loi. Ernest Miller, Joan Feigenbaum (2002), *Taking the copy out of Copyright*, in Proceedings of the 2001 ACM Workshop on Security and Privacy in Digital Rights Management, Lecture Notes in Computer Sciences, Vol. 2320, Springer, Berlin, 2002, pp.233-244 ; Jessica Litman (1994), *The Exclusive Right to Read*, Cardozo Art & Entertainment Law Journal, 29.

⁶⁴ Chris Anderson, *Free : The Future of a Radical Price*, New York : Hyperion, 2009.

⁶⁵ D'une part, un nombre croissant de contenus sur Internet sont offerts gratuitement sur des plates-formes subventionnées par les revenus publicitaires, tels que, par exemple, *Spotify.com* ou *Deezer.com* pour la musique, et *Youtube.com* ou *Netflix.com* pour les vidéos. D'autre part, toujours plus de contenus sont aujourd'hui disponibles sur des dispositifs pair à pair pour le partage de fichiers, où ils peuvent être téléchargés gratuitement avec une qualité souvent identique ou supérieure à celle des contenus payants proposés par des entreprises commerciales. Les utilisateurs ont ainsi la possibilité de choisir entre des contenus payants et des contenus gratuits - avec une préférence naturelle pour ces derniers. Paula M.C. Swatman, Cornelia Krueger, Kornelia van der Beek, (2006) *The changing digital content landscape: An evaluation of e-business model development in European online news and music*, Internet Research, Vol. 16 Iss: 1, pp.53 - 80.

Cela n'implique pas, pour autant, que les utilisateurs ne soient plus disposés à rémunérer les auteurs pour encourager la création de nouvelles œuvres, mais que, dans l'environnement numérique, il est désormais nécessaire de se concentrer sur des activités autres que la reproduction et l'utilisation afin d'assurer une rémunération convenable aux auteurs⁶⁶. Alors que l'existence d'une industrie culturelle devrait se justifier essentiellement au regard de sa pertinence économique et donc être laissée au seul jeu de la concurrence, il semble légitime que la société encourage et assiste les auteurs dans leur activité créatrice. À cet égard, nous nous contenterons de renvoyer à des modèles alternatifs déjà conceptualisés⁶⁷ : tels le revenu de vie (basé sur le revenu minimum d'existence) soutenu par Olivier Auber, la contribution créative théorisée par Philippe Aigrain⁶⁸ ou encore l'expérimentation de la SARD développée sur la base du mécénat global promu par Francis Muguet⁶⁹.

Cela revient à se demander s'il ne faudra pas *in fine* identifier les acteurs que la société veut encourager, au regard de ce qu'ils lui apportent, et ceux qui ont créé un modèle économique sur la production et diffusion d'œuvres, de contenus culturels ou plus généralement d'information qui ont pour seule raison d'être le profit qu'ils génèrent. Un remaniement correct du droit d'auteur doit en effet traduire l'équilibre entre trois intérêts divergents n'ayant pas nécessairement la même importance : celui du public qui cherche à bénéficier d'un maximum de contenu à un prix le plus bas possible ; celui des auteurs qui ont intérêt à favoriser la diffusion de leurs œuvres (pour rencontrer un public, se démarquer des autres auteurs, etc.) ; celui de l'industrie culturelle qui cherche à retirer un maximum de profits des œuvres qu'elle contrôle. La question du financement de la création (et donc des auteurs) devra aussi guider la solution globale, sachant que le système actuel n'y répond pas lui-même.

Bien que les finalités soient différentes, il est possible d'imaginer une approche commune -- basée sur une diffusion massive d'information sur Internet -- qui bénéficierait à la fois l'industrie culturelle, les auteurs et les utilisateurs.

Assumant un nouveau rôle face à cette situation d'abondance culturelle, l'utilisateur transforme toutes les relations entre les différents acteurs. Utilisateur actif d'information, ce dernier contribue toujours plus à déterminer la valeur de l'information qu'il consomme. Dès lors, la consommation devient un indicateur de

⁶⁶ Voir notamment le rapport n. 2004-46 de l'Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles, *Analyses économiques de la communication de contenus numériques sur les réseaux - DRMs ou/et Peer-to-Peer: appropriabilité de revenus et financement de la création*, dirigé par Philippe Chantepie.

⁶⁷ En l'occurrence sur la base du droit français.

⁶⁸ Voir notamment Philippe Aigrain, *Internet et Création. Comment reconnaître les échanges hors marché sur internet en finançant et rémunérant la création ?*, Paris : In Libro Veritas, 2008 et *Sharing, Culture and the Economy in the Internet Age*, février 2012, Amsterdam University Press

⁶⁹ Laurent Checola, *Le mécénat global, alternative à Hadopi ?*, Le Monde.fr, 09/09/2009 ou <http://www.mecenatglobal.org>

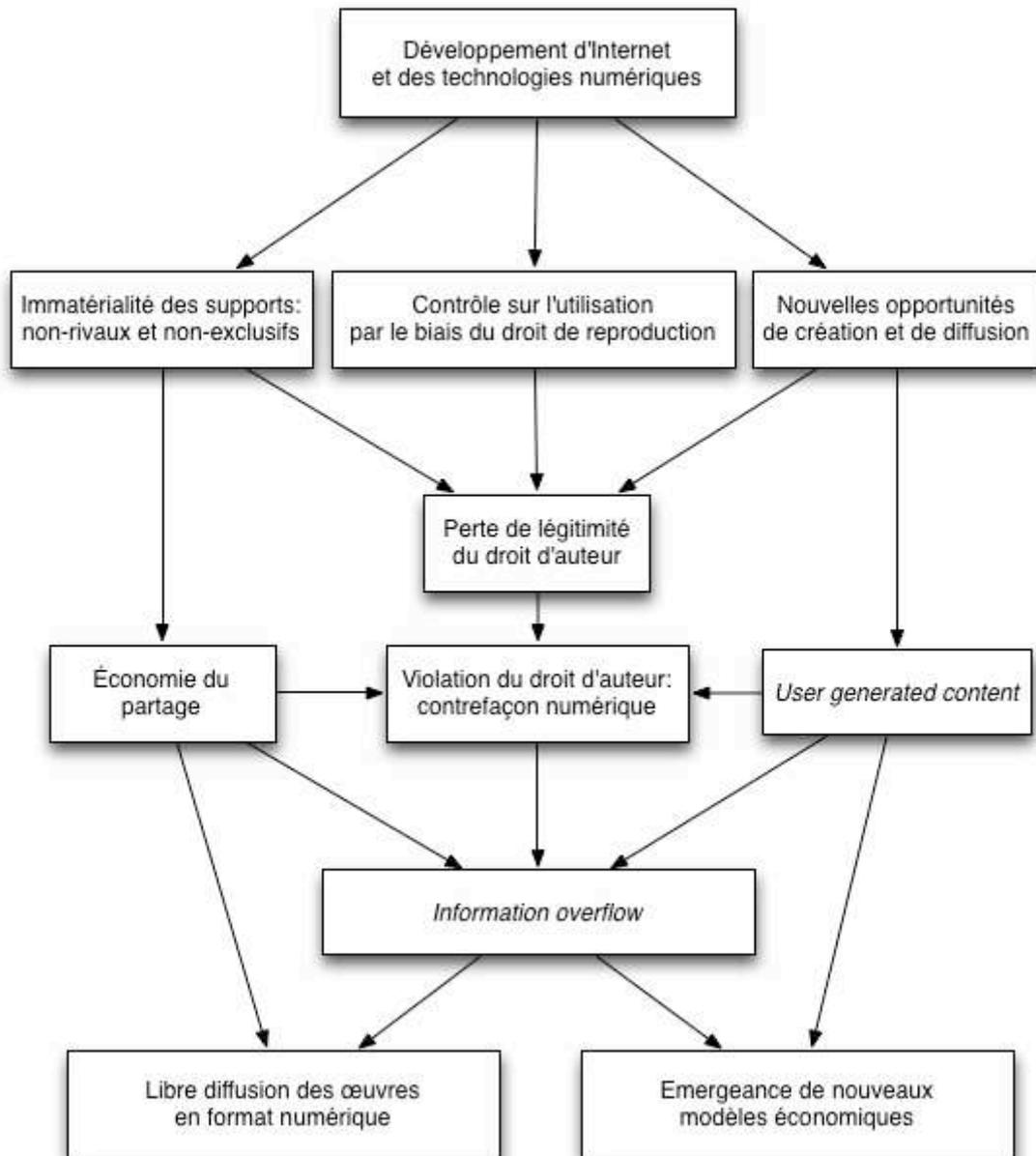
qualité de l'information⁷⁰ et la libre circulation amplifie sa valeur extrinsèque par l'effet de réseau⁷¹.

La diffusion des œuvres de l'esprit comporte ainsi des avantages pour tous les acteurs du monde numérique. D'une part, cela permettrait aux ayants droit d'augmenter la valeur potentielle des œuvres sur lesquelles ils possèdent des droits, leur permettant ainsi de récupérer une rémunération sur la réutilisation – terme qu'il conviendra de préciser – de ces œuvres (en supposant que plus une œuvre a de la valeur aux yeux du public, plus elle sera susceptible d'être réutilisée). D'autre part, une diffusion massive de ces œuvres permettrait aux auteurs de connaître un public plus large, augmentant ainsi leur renommée et le potentiel de retombées commerciales. Pour la société civile, cela permettrait un meilleur accès aux savoirs et aux connaissances, et induirait, par ailleurs, le développement d'offres innovantes, plus hétérogènes et certainement plus disséminées.

Pour les industries, cette libre diffusion concentre tous les enjeux économiques sur la notion de réutilisation – en fonction de ce qui est permis ou ne l'est pas. Les restrictions imposées sur la réutilisation des œuvres de l'esprit permettront d'assurer une rémunération directe aux ayants droit, et la libre circulation de ces œuvres – entraînant une valorisation par le public – permettra un retour économique sur la base des droits retenus ou de toute exploitation indirecte. Ainsi, alors que cela favorisera des retours économiques plus importants sur l'instant présent, l'augmentation du niveau de restrictions aura pour effet collatéral de réduire la valeur des œuvres aux yeux du public, et donc les sources de rémunération potentielles dans le futur. Ces entreprises doivent donc faire fesse à un équilibre complexe selon lequel il ne s'agit plus de restreindre par principe la réutilisation, mais d'opérer un choix *in concreto* afin d'accepter ou de refuser certaines réutilisations des œuvres : réutilisation gratuite, limitée aux usages non commerciaux, avec ou sans modification de l'œuvre, etc.

⁷⁰ Luciano Floridi (2002), *On the intrinsic value of information objects and the infosphere*, Ethics and Information Technology, Volume 4, Number 4, pp. 287-304.

⁷¹ Karine Nahon, Jeff Hemsley, Shawn Walker, Muzammil Hussain (2011), *Blogs: spinning a web of virality*, Proceedings of the 2011 iConference, New York, USA ; Thuan-Anh Hoang, Ee-Peng Lim, Palakorn Achananuparp, Jing Jiang, Feida Zu (2011), *On Modelling Virality of Twitter Content*, Digital Libraries for Cultural Heritage, Knowledge Dissemination and Future Creation, Vol. 7008/2011 ; Jussi Parikka (2007), *Contagion and Repetition: On the Viral Logic of Network Culture*, Ephemera - Theory and Politics in Organization, Volume 7(2), pp. 287-308



L'impact d'Internet et des technologies numériques sur le régime des droits d'auteur

Face à ces développements, le droit a évolué afin de soutenir l'émergence de nouveaux modèles économiques créés par l'industrie culturelle, sans toutefois prendre en compte d'autres besoins de la société civile qui aspire à la libre diffusion des œuvres. Pour faire face à cette lacune juridique, la société s'est tournée vers des usages plus conformes à leurs besoins : soit en rejetant purement et simplement les contraintes légales ; soit en détournant le système par l'usage de contrats *ad hoc*. La première hypothèse posant la question de la légitimité de la loi, nous nous intéresserons ici uniquement à la seconde.

Au cours des années, l'utilisation de certains types de contrats dits « ouverts » ou « libres » s'est répandue sur Internet – utilisant à rebours le régime des droits d'auteur⁷². Ces contrats constituent une dérogation au régime traditionnel, qui – par son adoption quasi systématique – l'emporte sur ce dernier : consacrant ainsi un système alternatif à celui traditionnel, plus conforme aux besoins émergents des auteurs et des utilisateurs en termes de consommation et production⁷³. Les créations sont perçues comme par principe plurales et complexes, par opposition au régime juridique actuel (le Code de la Propriété Intellectuelle en France n'étudiant ces situations qu'en termes d'exceptions).

Certaines initiatives communautaires privées, telles que la *Free Software Foundation*, l'*Open Knowledge Foundation* ou l'association *Creative Commons*⁷⁴, ont été constituées pour accompagner l'émergence de ce régime alternatif⁷⁵ au travers d'un système de licences associées aux œuvres qui vise à faciliter le partage et la diffusion d'information⁷⁶.

Pour les seules licences *Creative Commons*, on dénombre plus de 400 millions d'œuvres partagées de la sorte. Ces licences offrent un plus grand accès aux œuvres qui profite à l'intérêt général, permettent néanmoins aux auteurs de maintenir un certain degré de contrôle, non plus en ce qui concerne la reproduction et la distribution de leurs œuvres, mais uniquement en ce qui concerne les modalités de réutilisation. On passe ainsi du système traditionnel de « tous droits réservés » à un système plus ouvert où seulement certains droits sont réservés. Cela marque, notamment, le passage à un système basé exclusivement sur le « droit de réutilisation⁷⁷. »

Cela ne comporte ni une réforme, ni une adaptation du droit d'auteur⁷⁸. Ces licences sont des dispositifs juridiques (contrats) fondés sur le droit d'auteur – qui facilitent

⁷² Sur l'étude des multiples licences libres, voir Benjamin Jean, *Option Libre. Du bon usage des licences libres*, Paris, Framabook, déc. 2011. (<http://framabook.org>)

⁷³ Voir Valérie-Laure Benabou et Joëlle Farchy (Dir.), *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, CSPLA, 2007

⁷⁴ Creative Commons (www.creativecommons.org) facilite le partage et la réutilisation de la créativité et de la connaissance à travers des outils juridiques gratuits. Établie à San Francisco en 2001, Creative Commons présente aujourd'hui un réseau affilié constitué de plus de 100 institutions travaillant dans plus de 70 juridictions pour développer les licences et les activités de Creative Commons dans le monde.

⁷⁵ Pour une présentation plus complète des différentes « écoles de pensée », voir Benjamin Jean, *Option Libre. Du bon usage des licences libres*, op. cité, p. 119

⁷⁶ Les licences ouvertes sont fondées sur le droit d'auteur. Elles ne se substituent pas au droit, mais viennent en complément du droit applicable. L'auteur n'abandonne pas ses droits, mais il précise par le choix d'une licence la manière dont il souhaite les exercer

⁷⁷ Lawrence Lessig, *L'avenir des idées : Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Paris : Presses Universitaires de Lyon, 2005.

⁷⁸ Voir néanmoins les travaux de Mélanie Clément-Fontaine au sein desquels elle propose l'ajout dans la loi d'un « domaine public réservé ». Voir Mélanie Clément-Fontaine, *Les Oeuvres Libres*, thèse sous la direction du Professeur Michel Vivant, Univ. Montpellier 1, 2006. Voir aussi Mélanie Clément-Fontaine, *Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?*, Propr. intell. 2008, n° 26, p. 69- 76.

cependant de nouveaux modèles de partage et de réutilisation des œuvres de l'esprit. Leur adoption massive témoigne de leur pertinence au contexte numérique et leur adaptabilité permet de mener des enquêtes et des expérimentations juridiques qui pourraient conduire à une évolution conforme de la loi.

On retrouve notamment ces idées de manière très structurées dans le monde de la recherche sous une appellation qui parle d'elle-même : l'*Open Access*. Présenté comme l'évolution logique des pratiques scientifiques à l'ère du numérique, l'*Open Access* favorise les échanges, évite de dupliquer les recherches et les erreurs et offre une vision plus large de l'état de la science⁷⁹. Relativement ancien⁸⁰, ce mouvement semblerait actuellement dans une phase d'officialisation par les pouvoirs publics : tel le Royaume-Uni qui s'est récemment engagé sur le principe d'un accès public aux résultats de recherche financés par l'argent public.

Conclusion

Le droit d'auteur est un système établi qui a le pouvoir d'influencer, en bien ou en mal, l'innovation et le progrès technique⁸¹. Alors qu'il a jusqu'à présent été capable d'évoluer de façon relativement linéaire avec le développement des technologies, il rencontre aujourd'hui avec Internet une nouvelle rupture qu'il ne parvient vraisemblablement pas à accompagner⁸². Plus grave : à défaut de s'adapter lui-même, il s'est – au contraire – imposé face au nouveau contexte dans lequel il opère, effaçant ainsi aussi bien les opportunités que les contraintes posées par celui-ci. La plupart des réformes dont il a fait l'objet ces dernières années ont eu pour résultat de brider le potentiel des technologies numériques, préservant un système désormais dépassé et vraisemblablement inadapté à notre environnement⁸³.

Dans la mesure où le législateur a échoué dans son rôle d'accompagnement de la société⁸⁴, il s'agit, aujourd'hui, de comprendre comment tirer profit de la situation

⁷⁹ Une pratique d'autant plus appréciée en raison des abus du système de publication scientifique antérieur (avec des auteurs entièrement dépossédés de leurs droits et des prix d'abonnement prohibitifs, au point de rendre ces revues inaccessibles à certaines bibliothèques).

⁸⁰ Ses sources sont néanmoins anciennes puisqu'il est né dans les années 1990 au travers les premières archives comme arXiv.org pour la physique et Cogprints pour la psychologie, les neurosciences et la linguistique.

⁸¹ Lemley, Mark A.; Reese, R. Anthony (2004), *Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation*; 56 Stan. L. Rev. 1345 (2003-2004)

⁸² Jessica Litman (2010), *Real Copyright Reform*, Iowa Law Review 96.1 (2010): 1-55

⁸³ L'incompatibilité du régime actuel des droits d'auteur (ou copyright) avec l'environnement numérique a été identifié par de nombreux auteurs, voir notamment: Emmanuel Pierrat (2006), *La guerre des copyrights*, Fayard, Paris, 296 p. Tarleton Gillespie (2007), *Wired shut: Copyright and the shape of digital culture*, The MIT Press. Kretschmer, M. (2003), *Digital copyright: the end of an era*. European Intellectual Property Review, 25 (8), pp. 333-341. Ginsburg, Jane (2002), *How Copyright Got a Bad Name For Itself*. Columbia Journal of Law and the Arts, Vol. 26, No. 1, 2002. Joëlle Farchy (2001), *Le droit d'auteur est-il soluble dans l'économie numérique ?*, Réseaux 6/2001 (n.110), p. 16-40.

⁸⁴ Ainsi, Joost Smiers et Marieke van Schijndel imaginent et construisent un monde sans droit d'auteur, sans monopole sur les créations de l'esprit et sans « conglomérats culturels » aux intérêts considérés

d'abondance culturelle qui s'est formée sur Internet afin d'encourager la circulation des savoirs et des connaissances, tout en maintenant un certain degré de contrôle sur la source, l'intégrité, et les modalités d'exploitation des œuvres de l'esprit.

Le droit tire sa légitimité des usages qu'il traduit et formalise juridiquement. Le législateur doit comprendre ces pratiques, ainsi que les attentes sous-jacentes, afin de proposer un nouveau système de droit d'auteur qui exprime véritablement la volonté de tous les acteurs concernés (auteurs, artistes, auxiliaires de la création, industrie culturelle, public et la société en générale). Cela ne se fera pas en un jour, mais il est primordial que cet objectif soit reconnu. Ainsi peut-on citer le Professeur Michel Vivant lorsqu'il indique que « *la bonne solution juridique est celle qui doit apporter la meilleure réponse, le meilleur bien-être social*⁸⁵. »

Notre conviction est que le système de libre diffusion proposé par les licences dites "libres" ou "ouvertes" est plus cohérent avec le monde numérique – où la reproduction est devenue un acte incontournable et le concept même de copie est devenu dérisoire. Cela permet de mieux tirer profit du potentiel des technologies numériques et d'encourager le partage de toute oeuvre à tout moment sur un réseau de portée internationale et au profit du plus grand nombre d'individus. Le régime alternatif proposé par les licences libres peut être une source d'inspiration, parmi d'autres, dans cette quête d'un système de droits plus compatible avec les technologies numériques – et cela d'autant plus qu'on assiste dès aujourd'hui aux prémices du développement d'un numérique qui entre dans le monde physique : il suffit d'évoquer les mouvements des FabLab, des RepRap et de l'impression 3D qui offre la matérialisation de tout objet conçu numériquement, ou encore de l'engouement pour l'Open Hardware qui vise à co-réaliser, co-développer et co-construire les objets de demain.

L'adoption généralisée de ce modèle favoriserait la diversité culturelle et l'éclatement des concentrations de l'industrie culturelle auxquelles on assiste actuellement. En pratique, on notera que les acteurs industriels sauront toujours défendre leur activité au travers de dispositifs classiques (conventionnels ou concurrentiels) plus conformes aux intérêts de la société, quitte à imaginer un système hybride qui n'aurait d'effet qu'au sein des relations entre industriels – à l'instar du droit des marques qui n'est valable qu'à l'encontre des actes effectués dans la « vie des affaires ».

Ces quelques pages ne présentent qu'une infime partie du potentiel qu'offre le numérique. Il ne revient maintenant qu'à nous de le comprendre, afin d'entamer des changements susceptibles de métamorphoser notre société. Le processus d'évolution lui-même pourrait tirer tout le bénéfice des nouveaux usages qui se développent sur

comme nécessairement contraires à ceux de la société. Voir Joost SMIERS et Marieke VAN SCHIJNDEL, Un monde sans copyright. . . et sans monopole, Framasoft, coll. Framabook, 2011

⁸⁵ Colloque "La balance des intérêts en droit d'auteur" organisée par Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law 4-6 Novembre 2004, plus particulièrement l'intervention de Michel Vivant sur les excroissances dogmatiques/les fondements

Internet, impliquant toute la société civile face à ces enjeux dans un processus d'élaboration participative (tel l'Open Data et l'Open Gouvernement), l'une des autres conséquences du numérique.