



Quel droit d'auteur à l'heure du numérique ? Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur.

Lionel Maurel

► To cite this version:

Lionel Maurel. Quel droit d'auteur à l'heure du numérique ? Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur.. NECTART , 2016, I (2). <hal-01914035>

HAL Id: hal-01914035

<https://hal.science/hal-01914035v1>

Submitted on 6 Nov 2018

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY 4.0 - Attribution - International License

Quel droit d'auteur à l'heure du numérique ? *Sortir de l'impasse la réforme du droit d'auteur*

Par Lionel Maurel

Depuis plus de quinze ans, les gouvernements successifs se débattent avec la question du droit d'auteur sans parvenir à trouver un arbitrage satisfaisant, à même de recueillir un consensus des forces en présence. Les événements survenus depuis 2012 en constituent une preuve éclatante. Le candidat François Hollande avait annoncé son intention de remplacer la loi Hadopi par une grande loi sur « l'acte II de l'exception culturelle à la française ». La mission Lescure rassemblée pour instruire la question a présenté en 2013 un rapport comportant un éventail diversifié de 80 mesures. Alors que le quinquennat arrive dans sa dernière phase, les débats sur le droit d'auteur auront certes été très vifs, mais aucune de ces propositions de réforme n'a été traduite à ce jour en acte. Le ministère de la Culture a bien présenté en juin dernier devant les Assemblées une loi sur la « liberté de création », mais la question du droit d'auteur semble avoir été minutieusement évitée, de même que l'essentiel des sujets liés à la création dans l'environnement numérique. Contestée aussi bien par les ayants droit que par les défenseurs des libertés numériques, la Hadopi reste de son côté toujours en place, alors que son efficacité dans la lutte contre le téléchargement illégal n'a pas été réellement démontrée. Le destin de cette institution reste un symbole de l'incapacité du système à se renouveler.

Au niveau européen, le même sentiment d'impasse politique prédomine. En 2012, un événement historique s'est produit avec le rejet par le Parlement européen de l'accord commercial anti-contrefaçon (Acta), suite à une mobilisation sans précédent de la société civile pour la défense des libertés fondamentales. Pressée d'engager une réforme de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, la Commission européenne a tergiversé près de deux ans avant de confier à l'eurodéputée Julia Reda – la représentante du Parti pirate allemand – le soin d'évaluer les besoins d'harmonisation et de proposer des pistes d'évolution. Remis début 2015, le rapport Reda a rapidement été décrié par les milieux culturels français, qui l'ont accusé de menacer les fondements mêmes du droit d'auteur. Pourtant, ses recommandations rejoignaient en partie les propositions faites en France par le rapport piloté par Pierre Lescure, que l'on peut difficilement ranger parmi les « Pirates ». L'examen du texte par le Parlement européen a donné lieu à une polémique impressionnante, avec une radicalisation des points de vue préjudiciable à la sérénité des débats. Bien que le rapport Reda ait finalement été adopté en juillet sous une forme amendée, la Commission européenne a paru un moment renoncer au projet de réformer le droit d'auteur, avant de publier au début du mois de décembre un programme aux ambitions limitées. Nous entrons à présent dans un nouveau cycle politique, dont l'issue paraît encore fort incertaine.

On assiste à chaque fois en réalité à peu près au même scénario. La nécessité de réformer le droit d'auteur pour l'adapter à l'environnement numérique est établie rapport après rapport. Mais la mise en œuvre de cette réforme s'avère impossible en raison de l'opposition menée par le lobbying des milieux culturels, et ce alors même que la société civile¹ se mobilise

¹ Voir Julia Reda, The European Copyright Divide, 12 août 2014, <https://juliareda.eu/2014/08/the-european-copyright-divide/>

fortement pour se faire entendre auprès des élus. Avant l'épisode du rapport Reda, la Commission européenne a organisé une consultation sur la réforme du droit d'auteur, qui a recueilli plus de 10 000 réponses émanant de citoyens et d'organisations de la société civile. Ce chiffre constitue l'un des plus forts taux de participation à une consultation européenne, alors même que le questionnaire était relativement technique. Un grand nombre d'utilisateurs, d'institutions éducatives et culturelles, d'entrepreneurs mais aussi de créateurs ont exprimé le besoin que les règles du droit d'auteur soient assouplies dans le sens des usages, afin de faciliter la diffusion de la culture et la participation à la création.

Dans ces conditions, l'immobilisme politique sur la question paraît de plus en plus intenable. Pour en sortir, il importe avant tout de comprendre qu'une réforme du droit d'auteur dans le sens des usages n'entraînera pas nécessairement une fragilisation de la position des créateurs. Il est possible d'arriver à un nouvel équilibre satisfaisant entre la protection et l'ouverture, à condition d'écarter les idées fausses trop souvent véhiculées à ce sujet. Par ailleurs, il est nécessaire de regarder en face la question du financement de la création à l'heure d'Internet pour prendre conscience des défaillances du droit d'auteur en la matière et explorer de nouvelles solutions. Enfin, il est grand temps de sortir de la spirale répressive dans laquelle la législation s'enfonce en cherchant à lutter contre le « piratage » par des moyens qui n'ont fait qu'aggraver jusqu'à présent la situation, sans parvenir à une régulation satisfaisante de la sphère numérique.

Retrouver un équilibre entre protection et usages

Le débat sur le rapport Reda a marqué un point de rupture, dans la mesure où les représentants des ayants droit ont globalement affiché pour la première fois un rejet des principes d'équilibre qui prévalaient jusqu'à présent en matière de droit d'auteur. Il faut en effet garder à l'esprit que le droit d'auteur a toujours été limité par des mécanismes permettant au public d'utiliser les œuvres dans un but légitime.

Dès la Révolution française, le législateur a souhaité que le droit d'auteur soit par exemple limité dans le temps, pour que les œuvres finissent par devenir librement utilisables afin de servir de point de départ à de nouvelles créations. À l'origine, cette durée était de cinq ans après la mort de l'auteur, mais elle s'est allongée jusqu'à soixante-dix ans (et parfois même plus). Julia Reda proposait dans son rapport de revenir à une durée plus raisonnable de cinquante ans après la mort de l'auteur, se basant sur des études qui montrent que seule une très petite proportion des œuvres est réellement exploitée sur toute la durée. Elle suggérait également de revenir sur certaines aberrations du système, qui font par exemple que l'an dernier l'œuvre de Saint-Exupéry est entrée dans le domaine public partout dans l'Union européenne... sauf en France² ! Ces idées ont été très mal accueillies par les ayants droit, dont une frange s'oppose même à l'existence pure et simple du domaine public. C'est le cas par exemple du musicien Jean-Michel Jarre, président de la Cisac³, qui estime que le droit d'auteur devrait être « éternel »...

² Cette situation est due au fait que l'auteur du *Petit Prince* a été déclaré « mort pour la France », ce qui fait bénéficier ses descendants d'un « bonus » de trente ans de protection des droits aux termes de la loi française.

³ Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs.

Ce point de vue maximaliste est de plus en plus fréquent à propos des exceptions au droit d'auteur. Là encore, la jurisprudence des tribunaux au xix^e siècle, puis le législateur, ont estimé qu'il devait y avoir certains cas où le public devait pouvoir utiliser des œuvres sans avoir besoin de demander une autorisation aux auteurs. La loi prévoit donc une série d'exceptions, justifiées au nom de l'intérêt général. Pour favoriser la liberté d'expression et la critique, des exceptions de citation, de parodie ou de revue de presse ont été reconnues. Il en est d'autres qui permettent aux acheteurs de supports d'œuvres d'en bénéficier pleinement, en réalisant des copies privées ou en les diffusant dans le cercle familial. Les exceptions manifestent l'idée que le droit d'auteur n'est pas une propriété absolue, mais que le législateur doit chercher un point d'équilibre avec les usages effectués par le public.

Normalement, la directive européenne de 2001 liste une série de 21 exceptions que les États membres de l'Union peuvent choisir de transposer dans leur droit national. Mais ce processus s'est fait de manière anarchique et la situation actuelle démontre un cruel manque d'harmonisation. Par exemple, les professeurs peuvent passer des films en entier à leurs élèves dans les classes en Angleterre, alors qu'ils sont limités à des extraits de 6 minutes seulement en France à cause d'une exception pédagogique trop étroite. Les chercheurs anglais ont également de plus fortes marges de manœuvre pour utiliser des œuvres protégées dans le cadre de leurs travaux. Ils peuvent notamment recourir à des techniques innovantes de fouille de textes et de données (*text and data mining*), alors que c'est beaucoup plus complexe, voire impossible, pour un chercheur français. Dans la plupart des pays de l'Union, il est possible de prendre en photo des bâtiments protégés par le droit d'auteur et de partager en ligne les clichés, mais pas en France à nouveau, qui ne reconnaît pas la « liberté de panorama ». On pourrait ainsi multiplier les exemples qui attestent de la légitimité de la question de l'harmonisation du droit d'auteur en Europe.

Il existe en outre parfois une inadaptation des exceptions déjà consacrées par rapport aux pratiques numériques. La France ne permet par exemple de réaliser des citations que pour les œuvres littéraires, et il n'est pas autorisé de « citer » légalement des films ou de la musique, même pour de courts extraits. Or, Internet foisonne aujourd'hui de vidéos reprenant des extraits de films pour les commenter ou les intégrer dans de nouvelles œuvres. Et c'est depuis longtemps un phénomène qui existe en musique, avec la pratique du sample dans le rap ou le hip-hop. Le rapport Lescure avait proposé de donner une assise à ces pratiques en élargissant l'exception actuelle de citation aux usages dits « transformatifs » (mashup, remix), et le rapport Reda comportait la proposition plus limitée d'introduire une exception de citation audiovisuelle.

La discussion sur les exceptions au droit d'auteur devrait donc pouvoir avoir lieu plus sereinement, d'autant qu'elle ne s'oppose pas nécessairement à la rémunération des auteurs, puisque les exceptions peuvent être compensées financièrement⁴.

Regarder en face la question du financement de la création

⁴ L'exception de copie privée rapporte ainsi près de 200 millions d'euros par an aux ayants droit. Le prêt de livres en bibliothèque, qui est assis lui aussi sur une limitation légale au droit d'auteur, a rapporté plus de 16 millions par an en 2014, qui servent notamment à financer la retraite des auteurs de l'écrit.

Le souci de préserver la rémunération des créateurs est souvent le premier argument avancé pour s'opposer à la réforme du droit d'auteur. Cette préoccupation est évidemment absolument légitime, mais avant d'empoigner cet étendard parfois un peu trop facilement, il convient d'observer avec précision le rôle que joue le droit d'auteur dans le financement de la création.

On cite souvent cette phrase de Beaumarchais : « Pour créer, encore faut-il au préalable pouvoir dîner. » Le problème, c'est que si les créateurs devaient s'en remettre seulement au droit d'auteur pour subvenir à leurs besoins, bien peu seraient en mesure de survivre ! Dans le domaine de l'écrit, par exemple, les écrivains sont seulement 5 % à pouvoir vivre exclusivement des revenus tirés du droit d'auteur sans avoir à exercer une profession annexe. De très fortes disparités existent en fait entre les auteurs. Les chiffres de l'Agessa (organisme qui gère la sécurité sociale des auteurs) révèlent que 50 % des auteurs affiliés touchent moins de 8 % du revenu total, alors que 10 % des auteurs les plus riches captent 55 % des montants. La situation est encore plus déséquilibrée en ce qui concerne la musique, où 1 % des artistes accaparent 77 % des revenus, avec une tendance à l'aggravation de cette concentration depuis le passage au numérique. Les comptes de la Sacem montrent de leur côté que 130 à 150 membres captent plus de la moitié des redevances, alors que sur 48 000 sociétaires, seuls 2 600 touchent l'équivalent du smic⁵.

La répartition des revenus est donc très inégalitaire entre les auteurs, n'autorisant qu'une toute petite partie d'entre eux à vivre véritablement de leur création. Mais les déséquilibres sont aussi très forts dans les rapports entre les auteurs et les autres intermédiaires de la création. En 2013, le Forum d'Avignon (organisme rassemblant des représentants des industries culturelles) a publié une étude économique montrant que les différents secteurs (livres, cinéma, musique, jeux vidéo) avaient tous renoué avec une croissance d'en moyenne 5 % (soit 3 points de plus que la croissance mondiale prévue par l'OCDE). Cependant, dans tous les secteurs sans exception, l'étude montre qu'avec le passage au numérique la part des auteurs dans les rémunérations a stagné ou baissé, tandis que celle des intermédiaires de type producteur ou éditeur a augmenté significativement (4 % pour la musique, 18 % pour le livre, 21 % pour le cinéma)⁶.

On voit donc que si la position des créateurs est fragilisée (ce qui ne peut être nié), c'est d'abord en raison de déséquilibres de répartition parmi les auteurs eux-mêmes, qui tendent à s'aggraver avec le temps, et également de la captation d'une part croissante par des intermédiaires des industries culturelles aux dépens des créateurs. Ces causes sont donc internes au système sur lequel repose le droit d'auteur et il est largement injuste d'en rendre le public responsable, y compris en raison du « piratage des œuvres », dont l'impact négatif sur l'économie de la culture n'a jamais été absolument démontré⁷. Il est cependant regrettable que, de plus en plus souvent, les sociétés d'auteurs s'alignent sur le discours maximaliste des industries culturelles dans leur opposition à toute réforme. Mais il est sans doute hélas plus facile de stigmatiser la Commission européenne, les pirates, les consommateurs ou le public que de regarder en face les véritables causes de la précarisation des auteurs...

⁵ Voir Pierre-Carl Langlais, « Le droit d'auteur ne fait vivre qu'une infime minorité d'artistes », *Rue89*, 8 avril 2015, <http://rue89.nouvelobs.com/rue89-culture/2015/04/08/droit-dauteur-fait-vivre-quune-infime-minorite-dartistes-258577>

⁶ *Créateurs, producteurs, distributeurs, consommateurs, pouvoirs publics... Qui détient le pouvoir ?*, étude menée par le cabinet Kurt Salmon, 2013.

⁷ Voir les *Études sur le partage de fichiers* publiées par la Quadrature du Net, https://wiki.laquadrature.net/Etudes_sur_le_partage_de_fichiers

En finir avec la spirale répressive et réguler efficacement l'environnement numérique

La situation serait déjà préoccupante, mais le blocage des réformes positives en faveur des usages s'accompagne aussi d'une incitation du législateur à mettre en place des mécanismes de répression toujours plus forts des atteintes au droit d'auteur. Le dispositif de la riposte graduée mis en œuvre par la Hadopi pour lutter contre le téléchargement illégal a déjà fait couler énormément d'encre, sans que son efficacité ait jamais pu être établie. Plus grave, cette répression s'est concentrée sur les formes les plus décentralisées de partage des œuvres entre les individus (par le biais des protocoles P2P ou BitTorrent), qui avaient la particularité à l'origine de s'exercer dans un contexte non marchand. En surveillant ce type de réseaux, la répression a provoqué une mutation des échanges d'œuvres en ligne en redirigeant les internautes vers des moyens centralisés d'accès aux œuvres, comme le *streaming* ou le *direct download*. Or, ces plates-formes monétisent généralement leurs services, soit par de la publicité, soit en faisant payer des abonnements aux utilisateurs. On en arrive donc au paradoxe que les moyens de lutte contre le piratage ont fait baisser des pratiques non marchandes pour les rediriger vers des formes de contrefaçon commerciale beaucoup plus préjudiciables aux artistes.

Ces contradictions poussent à présent les ayants droit à réclamer des moyens plus durs pour éradiquer le *streaming* ou le *direct download*. Mais comme il est difficile ou inefficace d'agir en les bloquant, les ayants droit demandent à ce que tout l'écosystème numérique participe à la répression. Leur souhait serait que des acteurs comme les régies publicitaires, les intermédiaires de paiement, les moteurs de recherche, les hébergeurs, les registraires de noms de domaines interviennent de manière pro-active pour retirer des contenus contrefaisants ou mettre fin à leurs relations avec des sites pirates. Le problème, dénoncé par les associations de défense des libertés numériques, c'est que les ayants droit demandent également à ce que le juge judiciaire soit de plus en plus souvent écarté des procédures pour privilégier l'« autorégulation des acteurs ». Cette pente est dangereuse, parce qu'elle aboutit à transformer les intermédiaires techniques en une « police privée du droit d'auteur », avec des dommages collatéraux importants sur la liberté d'expression. Le risque est d'autant plus grave que de nombreuses plates-formes, comme YouTube, Dailymotion ou Facebook, utilisent des moyens automatiques pour repérer les contenus protégés par le droit d'auteur mis en ligne par leurs utilisateurs. Or, ces algorithmes sont loin d'être infaillibles et leur intervention aboutit à renverser la charge de la preuve au détriment des internautes qui subissent leur action.

Ce phénomène montre aussi que, contrairement à ce que soutiennent les ayants droit, le droit d'auteur n'est pas le bon moyen d'agir sur les grands acteurs du Web pour mieux réguler l'environnement numérique. Il est indéniable que des acteurs comme les Gafa⁸ captent indûment une partie trop importante de la valeur générée par les interactions sur Internet. Toutefois, les exemples de YouTube ou Facebook montrent que ces entités sont tout à fait capables de s'adapter aux pressions des ayants droit, mais seulement de la pire des manières, en déployant des moyens de surveillance de plus en plus intrusifs pour les internautes. Les vraies causes du déséquilibre provoqué par les Gafa résident dans la position dominante acquise au fil du temps par ces acteurs. Or, pour lutter contre cette tendance, d'autres terrains seraient infiniment plus efficaces que le droit d'auteur, comme la réforme de la fiscalité du

⁸ Acronyme pour Google, Apple, Facebook, Amazon.

numérique, une meilleure protection des données personnelles ou le renforcement des règles de la concurrence.

Dans un monde idéal, on aurait même pu penser que les acteurs de la culture s'allient avec le public et les associations de défense des libertés numériques pour appuyer de telles propositions, notamment à l'échelon européen. Mais les crispations sont hélas trop fortes pour envisager de telles coalitions, alors même qu'elles seraient nécessaires. Au final, c'est avant tout un sentiment de gâchis qui prédomine lorsque l'on essaie de tirer le bilan des politiques en matière de droit d'auteur depuis quinze ans. Beaucoup de temps aura été perdu en vain pour avoir laissé le débat public dériver sur des chemins qui ne mènent nulle part. Il faut espérer que ces oppositions stériles pourront un jour être dépassées pour que la question des usages et celle de la protection des créateurs puissent enfin être pensées en synergie plutôt qu'en opposition.

Pour aller plus loin

- Philippe Aigrain, *Sharing: Culture and the Economy in the Internet Age*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011.
- Lionel Maurel, « Repenser les conditions d'émancipation de la création à l'heure du numérique », *Mouvements*, n° 79, 2014.
- Julien Pénin, « L'économie du droit d'auteur face aux défis de la numérisation », in *La Propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, étude de l'INPI, 2015, consultable sur www.inpi.fr