

Quelques évidences sur le droit d'auteur

Avec les débats actuels au niveau de la Commission et du Parlement européens, je trouve qu'il est bon de faire un petit point sur des choses qui devraient être largement connues ou évidentes au sujet du droit d'auteur, mais qui hélas ne le sont pas forcément.

Note : je vais parler ici uniquement du cas des œuvres « duplicables » : les livres, les enregistrements musicaux, les films et autres vidéos, à la rigueur les jeux vidéos (je m'y connais moins) hors ligne : les œuvres culturelles dont on peut faire autant d'exemplaires que l'on veut, sans qu'un exemplaire soit fondamentalement meilleur qu'un autre. Je laisse complètement de côté les œuvres d'art liées à leur support, comme les tableaux et les sculptures, ainsi que le cas des spectacles.

Pour qu'une œuvre culturelle parvienne jusqu'au public, il faut la contribution de nombreuses personnes. Pour commencer, bien sûr, le ou les auteurs, qui font l'essentiel du travail créatif, c'est à dire qui laisse transparaître la « patte » de l'auteur, son style. Mais c'est loin d'être tout, et on peut considérer que ça va jusqu'à des métiers purement techniques comme réparer les machines nécessaires à la production. Entre les deux se trouve une multitude d'intervenants aux rôles plus ou moins techniques, plus ou moins créatifs : correcteurs et typographes ne sont que deux exemples dans le cas de livres, ils sont encore plus nombreux pour les œuvres vidéos. J'appellerai l'ensemble des intervenants les « créateurs ».

Pour la plupart des produits, les coûts de production peuvent se répartir en coûts fixes, qui sont nécessaires avant de pouvoir produire le premier exemplaire, et coûts marginaux, qui sont nécessaires pour chaque exemplaire supplémentaire. En très approximatif, le coût total en fonction du nombre d'exemplaires est une fonction affine, les coûts fixes sont l'ordonnée à l'origine et les coûts marginaux sont le coefficient directeur. On peut ensuite diviser par le nombre d'exemplaires produits pour faire une moyenne ; les coûts fixes sont alors dilués entre les exemplaires tandis que les coûts marginaux restent constants.

Pour les œuvres culturelles, le coût marginal est souvent beaucoup plus faible que le coût fixe : tourner un film coûte des millions, en faire une copie coûte un petit peu d'électricité. C'est ce qui rend l'économie des biens culturels si compliquée.

Une partie des coûts fixes est supportée par l'auteur principal, qui décide souvent de commencer à produire son œuvre sans aucune garantie de publication. Mais ça reste en général un coût plutôt faible ou difficilement quantifiable : le temps de l'auteur, l'encre de ses stylos, l'électricité pour son ordinateur.

Si la publication proprement dite commence, les coûts deviennent beaucoup plus importants, et ils sont en général supportés et coordonnés par ce qu'on appelle dans le domaine littéraire un éditeur, et dans les autres domaines des socié-



tés de productions, des labels, etc. J'emploierai le vocabulaire des livres dans la suite. Bien sûr, il existe de nombreux modèles : l'auteur peut être son propre éditeur et faire une grande partie du travail lui-même, ou il peut financer les choses mais sous-traiter le travail à des spécialistes (édition « à compte d'auteur ») ; de nos jours, il est possible de demander une petite avance à un grand nombre de fans (« crowdfunding »), etc.

L'édition d'une œuvre culturelle est donc un cas de capital risque : quelqu'un doit investir beaucoup d'argent à l'avance sans savoir si ce sera un succès, si ce sera rentable.

Les relations entre auteurs, éditeurs et public sont codifiées par un ensemble de lois désignées sous l'appellation « droit d'auteur », ou en anglais « copyright ».

Une des premières évidences que je veux énoncer est : le droit d'auteur n'a rien de naturel. C'est une construction légale et sociale, et sa structure est liée aux hasards historiques de son élaboration, aussi bien dans ses grandes lignes que dans ses détails. L'état « de nature » concernant une œuvre culturelle est que si j'en possède un exemplaire, je peux en faire ce que je veux, je peux la copier, je peux vendre des copies si des gens sont prêts à me les acheter, je peux même prétendre qu'elle est de moi. Je peux, mais je n'ai pas le droit : c'est bien la différence entre état de nature et construction sociale.

L'essentiel de la logique du droit d'auteur a été conçue à la fin du XVIII^e siècle. Les choses ont évolué depuis, mais seulement dans les détails. Le principe de base, l'idée qui fait marcher les choses, n'a pas changé : on n'a le droit de distribuer une copie d'une œuvre culturelle qu'avec l'autorisation explicite de l'auteur, et cette autorisation peut être soumise à des conditions, en particulier exiger des contreparties.

Ce principe permet à l'auteur de protéger l'intégrité de son œuvre. C'est par exemple sur ce principe que Neil Gaiman s'est appuyé pour s'opposer à une adaptation hollywoodienne d'un de ses romans parce que les producteurs voulaient donner le rôle principal, fils d'un dieu africain, à un acteur blanc. C'est aussi sur ce principe que s'appuient les héritiers de Saint-Exupéry pour faire interdire une pièce de théâtre scolaire adaptée du *Petit Prince* parce que le rôle titre était tenu par une fille (je ne trouve pas de traces en ligne de cet incident, mais mes souvenirs le classent comme fiable). On peut trouver que l'un est admirable et l'autre détestable, mais c'est bien le même principe juridique qui rend les deux possibles.

Mais dans une société capitaliste comme la nôtre, c'est l'aspect commercial qui est le plus important. Et donc le droit pour l'auteur d'exiger une contrepartie, principalement financière, contre le droit de distribuer son œuvre.

Ce qui se passe en pratique le plus souvent, c'est que l'auteur accorde à un éditeur les droits de distribution de manière exclusive, c'est à dire s'engage contractuellement à ne pas les accorder à d'autres éditeurs, contre une rémunération im-



médiate et une part des éventuels bénéfices à venir. Cette clause d'exclusivité est fondamentale : elle veut dire que quand tous les efforts pour éditer l'œuvre ont été fournis, un autre éditeur n'a pas le droit de venir prendre le résultat et produire des copies à bas coût.

Grâce à ces clauses d'exclusivité, les éditeurs ont pu adopter un modèle économique similaire à celui des biens manufacturés normaux : ils gagnent de l'argent grâce aux exemplaires vendus, tout simplement.

Comme je l'ai dit, en un peu plus de deux siècles, le droit d'auteur a peu évolué. Le principe central est resté le même. En revanche, le monde a évolué, et en particulier la technologie a progressé. Aux débuts, copier une œuvre demandait des moyens considérables. Largement moins que la produire et l'éditer, mais beaucoup quand même. Ce n'était accessible qu'à des entreprises d'une certaine taille, donc d'une certaine visibilité : difficile pour ces pseudo-éditeurs pirates de violer le droit d'auteur sans se faire prendre.

En revanche avec l'apparition des cassettes audio, il est devenu beaucoup plus facile de copier des enregistrements musicaux. La tendance s'est confirmée, et de nos jours, une œuvre culturelle est souvent dématérialisée, n'apparaît que sous la forme de fichiers informatiques. N'importe qui avec une connexion à Internet ou une clef USB peut les dupliquer.

Cette évolution représente un changement fondamental dans l'application du droit d'auteur : au départ, il s'appliquait entre les auteurs et les éditeurs et ne concernait pas vraiment le public, qui de toutes façons ne pouvait rien faire. De nos jours, il faut également l'appliquer au public, et c'est très difficile.

Au début, les créateurs ont cherché des solutions techniques pour que les exemplaires distribués ne puissent pas être copiés avec la technologie accessible au grand public. D'abord pour les logiciels chers, vendus avec un accessoire physique à brancher à l'ordinateur et sans lequel ils refusent de fonctionner. Puis pour les jeux vidéos, vendus avec des codes sur des supports difficiles à photocopier (brillants par exemple) nécessaires pour jouer. Puis, pour les cassettes vidéos, le procédé « macrovision » insérait des pics d'intensité dans le signal pendant les retours de balayage, invisibles pour le spectateur mais qui saturaient les enregistreurs. Et quand les DVD sont arrivés, les éditeurs ont commencé à utiliser de la cryptographie, d'abord de manière incompétente puis avec les Blu-Ray de manière compétente. Depuis l'ère du numérique, toutes ces techniques sont connues sous le nom de *digital rights management*, « gestion des droits numériques », DRM pour faire court.

Un des éléments de la tragédie, c'est que ces techniques de DRM sont vouées à l'échec pour une raison fondamentale : les œuvres sont destinées à être appréciées en définitive par des êtres humains, dotés d'yeux et d'oreilles analogiques et qui n'implémentent pas de mécanismes de DRM. Or si une œuvre peut être re-



gardée avec des yeux, si une œuvre peut être écoutée avec des oreilles, alors une caméra ou un microphone peut la capturer. Tout ce que ceux qui promeuvent les DRM peuvent espérer, c'est rendre la copie moins commode et de moins bonne qualité. En face, on cherchera au contraire à rendre les choses plus faciles et plus transparentes pour les utilisateurs.

Cette course aux armements entre ceux qui veulent copier et ceux qui veulent l'empêcher a des conséquences terribles pour les utilisateurs. Elle a par exemple donné naissance à l'idée de « trusted computing », où tous les éléments d'un ordinateur, de la toute première phase du système d'exploitation aux logiciels, sont signés cryptographiquement et ne peuvent être exécutés que s'ils sont authentiques et approuvés. On vous vend ça comme le summum de la sécurité, qui vous permet d'avoir confiance en votre ordinateur contre les méchants hackers, mais en réalité ça permet aux éditeurs de DRM d'avoir confiance en votre ordinateur contre vous, au cas où il vous viendrait l'envie de copier un petit morceau de musique.

Ça ne s'arrête pas là, le problème n'est pas que technique. Puisque leurs efforts sont inefficaces sur le plan informatique, les créateurs les ont portés sur le champ juridique : ils ont obtenu que les outils permettant de passer outre les DRM soient eux-mêmes illégaux, ils ont obtenu que le blocage de sites distribuant du contenu sans autorisation soit presque automatique. Et plus grave, ils ont obtenu un renversement de la charge de la preuve : quand un site est accusé de distribuer des œuvres sans permission, c'est à lui de faire les démarches pour se faire débloquer, et aucune compensation n'est prévue en cas d'abus. Et ils continuent à réclamer toujours plus, de nos jours des filtres automatisés obligatoires sur tous les sites importants.

Ce n'est pas fini. Si les DRM ne gênaient que ceux qui veulent copier sans permission, les fameux « pirates », ça ne serait au fond que de bonne guerre. Mais ce n'est pas le cas. Faire marcher, tant bien que mal, les DRM, on est obligé d'imposer des restrictions drastiques y compris aux usages légitimes. Au point que la voie illégale est souvent beaucoup plus pratique, plus confortable. J'ai entendu des témoignages de gens qui, abonnés tout à fait légalement à des services de diffusion, ont eu assez d'attendre que leur film se télécharge au compte gouttes dans l'application officielle et sont allés chercher une copie d'origine douteuse à la place.

Les dispositions légales qui protègent les DRM ont d'ailleurs depuis servi à d'autres méfaits. Par exemple à brider la liberté d'expression, en accusant de contrefaçon des sites tenant des discours importuns. Ou encore à étouffer la concurrence, en utilisant des pseudo-DRM pour distinguer une pièce de rechange officielle payée au prix fort, d'une pièce compatible bon marché. Des associations comme l'Electronic Frontier Foundation ou la Free Software Foundation ont largement dénoncé les conséquences délétères des DRM sur l'informatique sans rapport avec la culture, je ne vais pas m'étendre davantage sur ce point.



Dans le cas de la vidéo, il y a eu pendant un moment une nette amélioration de la situation, liée à l'apparition d'une offre de vidéo à la demande au forfait et techniquement assez bien polie. L'aspect technique était tel que les inconvénients pour la plupart des utilisateurs, ceux qui n'ont pas des besoins spécifiques particuliers, étaient négligeables. Le caractère au forfait de l'offre permettait au prestataire d'être assez laxiste dans sa gestion des DRM : il fallait empêcher le client de partager les œuvres avec des tiers, mais plus l'empêcher de consommer l'œuvre plusieurs fois. Ça rendait les contraintes techniques plus faciles.

L'existence de cette offre s'est effectivement accompagnée par une diminution considérable du piratage. Ce qui confirme le discours des opposants aux DRM : pour éviter le piratage, empêcher les gens de copier n'est pas efficace, ce qu'il faut c'est leur fournir une offre légale satisfaisante. Le prix n'est pas le facteur le plus important, parce que le public est, en général, plutôt honnête sur ces questions-là, au moins en principe : il a conscience que les créateurs ont besoin d'être rémunérés, il sait que les œuvres n'existeraient pas sans son obole et a plutôt envie de payer sa part dans la mesure de ses moyens.

Le succès de ce prestataire lui a permis de faire des bénéfices, qu'il a réinvesti en se faisant éditeur : il s'est mis à produire de nouvelles œuvres, souvent de qualité, à mettre à son catalogue en exclusivité pour attirer les clients. Ça a encore mieux marché.

Mais ça contenait la graine de sa propre destruction : l'exclusivité. Dès lors qu'il a été visible que ce modèle économique était potentiellement très rentable, d'autres acteurs s'y sont intéressés. Et bien sûr, pour gagner des clients, il ne leur suffisait pas d'avoir un service techniquement de meilleure qualité, il leur fallait un catalogue plus fourni. Il leur fallait des œuvres exclusives. Ils se sont donc soit mis à éditer leurs propres œuvres, qu'ils ne partageraient pas avec les concurrents, soit à obtenir des contrats d'exclusivité avec des éditeurs importants.

Pour le public, cette mise en concurrence a été une catastrophe, précisément à cause de l'exclusivité. Alors qu'il suffisait d'un forfait pour avoir accès à presque toute la production culturelle vidéo intéressante, il faut maintenant choisir entre différentes offres aux catalogues disjoints. Donc au choix, se limiter l'accès à la culture ou payer plusieurs offres très largement redondantes.

Je viens de consacrer un certain nombre de paragraphes à dire du mal des conséquences du modèle du droit d'auteur appliqué à la société moderne. Pour autant, ce système, dans une grande partie, marche. En vidéo, nous vivons un âge d'or des séries qu'on ne peut plus vraiment appeler télévisées. En musique et en littérature, la production est également foisonnante.

Cependant, si ce système marche, il ne faut pas faire l'erreur d'en déduire qu'il est le seul à pouvoir marcher. En fait, il serait très surprenant qu'un système conçu quand les presses à imprimer étaient encore mues à la force du muscle soit mira-



culousement optimal à l'âge d'Internet.

Nous vivons une foison de création culturelle parce que beaucoup de gens ont le temps et les moyens de créer. Et aussi parce qu'ils sont exposés eux-mêmes à cette foison culturelle qui leur donne envie de participer : la culture, comme je m'en suis émerveillé, est exponentielle. La culture se crée parce que la culture a besoin d'exister, parce que les auteurs ont besoin de créer, le modèle économique suit tant bien que mal et le législateur essaie de l'accompagner.

Et si on évite cette erreur, croire que le système actuel est forcément le seul ou le meilleur, on peut se faire la réflexion qui vient immédiatement après : il existe probablement de meilleurs systèmes. Les acteurs puissants du secteur, les gros éditeurs et distributeurs, en sont satisfaits, ils ne demandent pas qu'on change quoi que ce soit si ce n'est plus de répression contre les pirates ; et leur puissance économique leur donne une voix qui porte, aussi bien auprès du public que des politiques. Mais le but du système n'est pas leur satisfaction, c'est la richesse de la création culturelle.

Il est certain qu'il existe des systèmes de financement de la culture meilleurs que le régime purement mercantile rendu possible par la version actuelle du droit d'auteur. Des systèmes qui rémunèrent davantage les auteurs et moins les actionnaires. Des systèmes qui peut-être redistribuent les revenus de la culture plus largement et ainsi permettent une création encore plus diverse. Des systèmes qui ne mettent pas le public au milieu d'une guerre d'exclusivité entre les distributeurs. Des systèmes qui ne demandent pas, pour protéger les bénéfices des distributeurs, de sacrifier notre liberté d'expression. De tels systèmes existent, certains ont déjà commencé à y réfléchir. Il faudrait arrêter de croire le discours de ceux qui profitent du statu quo en aidant peu à la création et les écouter.

Publié le 8 mars 2019

