



Les Carnets des Dialogues du Matin

DENIS OLIVENNES

L'avenir de la propriété intellectuelle

Les Carnets des Dialogues du Matin

DENIS OLIVENNES

L'avenir de la propriété intellectuelle

AUTOMNE 2013

Sommaire

Avant-propos

p. 5

Dominique Lecourt

L'avenir

de la propriété intellectuelle

p. 7

Denis Olivennes

Les publications

de l'Institut Diderot

p. 29

Avant-propos

A l'âge du numérique surgit une question juridique épingleuse, celle de la propriété intellectuelle. Ses institutions majeures (copyright, marques, brevets ...) mises au point depuis deux siècles vacillent. Elles demandent à être repensées de fond en comble. C'est notre civilisation qui est en jeu. Les débats enflammés sur le piratage des œuvres de l'esprit en témoignent.

La question se révèle vertigineuse. Ne met-elle pas en jeu l'idée même de propriété ? Celle qui se trouve à la base de l'économie moderne, toutes écoles confondues. Et ce trouble profond apparaît imputable à une révolution technique d'une ampleur presque sans précédent. Un nouveau concept d'information inspire la constitution d'une nouvelle écriture, « l'écriture numérique par bits » (Olivier Bomsel) ; laquelle s'empare de proche en proche de toutes les sciences et activités humaines. Une nouvelle écriture impose une nouvelle façon de penser.

Denis Olivennes nous offre ici les réflexions engagées d'un homme qui, depuis plus de dix ans, participe aux plus vifs de ces débats. Il agit et plaide en faveur du développement des industries culturelles. Il s'appuie sur l'histoire pour faire apparaître les arrières-fonds philosophiques (libéraux, libertaires) des partis adoptés par les uns et par les autres. Les empoignades autour de l'Hadopi en portent la marque dans notre pays. Que doit décider l'Etat ? Que peut-il faire ? Sanction ou dissuasion ? Entre elles, quel dosage instaurer ? La menace pèse partout sur les livres, les films, la musique, les auteurs, les éditeurs ... Un monde de créativité risque d'être emporté. Sans céder au pessimisme ambiant, Denis Olivennes dénonce avec force la « naïveté » et la « candeur » dont

nous faisons preuve devant l'offensive mondiale des géants de l'internet. Ce carnet est un appel à la vigilance.

Dominique Lecourt

Directeur général de l'Institut Diderot

L'avenir de la propriété intellectuelle

INTRODUCTION

La révolution numérique que nous sommes en train de vivre demande de repenser la propriété intellectuelle. Elle a constitué pendant deux siècles le terreau sur lequel se sont développées les industries de contenu. C'est comme praticien ayant passé l'essentiel de sa carrière professionnelle au sein de ce secteur et non comme historien, économiste ou juriste, que je souhaite présenter un débat dont nous entendons fréquemment parler, mais dont il faut analyser le détail pour bien mesurer ce qui s'y joue. L'enjeu, dans un premier temps, est économique : les industries culturelles, c'est-à-dire l'édition, la presse, le disque, le cinéma, la radio et la télévision, représentent environ une quarantaine de milliards d'euros de chiffre d'affaires en France et sans doute plus d'une centaine en Europe. C'est un secteur qui mobilise beaucoup d'emplois, qui s'intègre relativement bien à la mondialisation et y remporte un certain nombre de succès, ce que peu de secteurs de production en France arrivent à faire. Nos industries culturelles sont donc un atout dans la révolution numérique.

Mais la question de la propriété intellectuelle ne se limite pas à ce seul aspect économique : c'est aussi un enjeu d'identité nationale, parce qu'à travers ces industries culturelles s'exprime une certaine vision du monde, qui est la nôtre, et leur affaiblissement ou leur disparition aurait un effet très profond sur notre civilisation.

Je commencerai par présenter le cadre général du droit

d'auteur et à rappeler en quoi a consisté l'invention de la propriété intellectuelle. J'examinerai ensuite la rupture profonde introduite par la révolution numérique relativement à ce cadre, pour aborder enfin les différentes solutions possibles aux effets négatifs de cette rupture.

I. L'INVENTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

A. Un droit immatériel

La propriété intellectuelle, qui nous paraît si évidente et naturelle, est en réalité une invention récente, qui date d'environ deux siècles. Le droit d'auteur, par exemple, n'est reconnu en France que depuis la Révolution, avec la loi des 13 et 19 janvier 1791 et surtout celle des 19 et 24 juillet 1793, dont l'article premier accorde aux auteurs de « jouir durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou partie ».

Il s'agit ainsi de reconnaître un droit de propriété sur quelque chose d'*immatériel* : la création intellectuelle. C'est une révolution complète : jusqu'alors, le droit de propriété s'attachait à la chose, par exemple au livre physique. Et c'était le fabriquant de cette chose l'imprimeur, dans le cas d'un livre qui jouissait de ce droit. A partir des lois mises en place par la Révolution, ce n'est plus l'objet physique, mais l'œuvre de l'esprit, la création, qui est l'objet de la propriété. Et le titulaire des droits n'est plus le fabricant, mais le créateur de l'œuvre et son producteur. Ce droit de propriété est un droit *moral*, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de modifier l'œuvre sans l'accord de l'auteur. C'est aussi un droit *patrimonial*, au sens où l'exploitation de cette œuvre va donner lieu à rémunération pour l'auteur.

L'institution de ce droit immatériel est une révolution culturelle et économique qui, même deux siècles après, n'est toujours pas si évidente que cela. Ainsi, récemment, dans une interview, le jeune auteur brillant d'un ouvrage consacré au numérique était interrogé sur le point de savoir si le piratage sur Internet était ou non acceptable. Et pour montrer que le piratage de fichier internet n'avait rien à voir avec le vol dans l'univers physique, il répondait en opposant deux cas : la personne qui se fait voler son sac à main et qui ne l'a plus et celle dont on copie un fichier qui en dispose toujours. Cette réponse semble passer à côté de la rupture essentielle instituée par le droit d'auteur, à savoir la propriété immatérielle. Car ce n'est pas le disque ou le livre physiques que l'on vole quand on pirate, c'est l'œuvre de l'esprit. Plus précisément, on spolie l'auteur de son droit à rémunération sur son œuvre. C'est exactement, pour reprendre l'exemple du sac à main, comme quand on copie ce sac pour en faire une contrefaçon. C'est même très précisément pour cela que les anglo-saxons parlent de *copyright* : un droit de copier. La législation anglo-saxonne est assez différente de la nôtre concernant le droit moral, puisque c'est le producteur et non l'auteur qui en dispose. Mais en ce qui concerne son aspect économique, elle est assez semblable à notre droit d'auteur. Le terme de *copyright* montre donc bien qu'il s'agit d'un droit immatériel, d'un droit à maîtriser les copies de son œuvre et à être rémunéré pour elles. En vérité, je caricature un peu la réponse de ce jeune et brillant auteur ; il soulève une question très importante sur laquelle je reviendrai un peu plus loin.

B. Un basculement sociologique et économique

Le droit d'auteur marque un basculement profond de nos sociétés. Ce basculement est d'abord sociologique. Paul Bénichou parlait du « sacre de l'écrivain » : ce que les lois de 1791 et 1793 instituent, c'est le « sacre de l'auteur », parfaitement cohérent avec la victoire progressive, à peu

près à la même époque, de l'individualisme contemporain. C'est la phase ultime d'un mouvement entamé bien avant, aux alentours du XV^e siècle, qui vise à reconnaître le créateur comme individu. Dans le cas de la peinture par exemple, c'est seulement à partir de la Renaissance que le peintre et non plus le commanditaire commence à être considéré comme le créateur de l'œuvre. Le droit positif donne ainsi naissance à partir du XVIII^e siècle et de la Révolution à un auteur doublement souverain. Au sens, tout d'abord, où il est désormais reconnu comme *l'unique* créateur de l'œuvre. Mais aussi au sens où il sort de la dépendance dans laquelle il se trouvait par rapport à celui qui le finançait, le mécène, et où il gagne *l'autonomie* que lui confèrent ses droits sur l'exploitation économique de son œuvre. Il s'agit donc d'une révolution sociologique considérable, qui constitue un cas assez frappant à la fois de fabrication du droit par un mouvement de société, mais aussi, inversement, de production de la société par le droit, car c'est le droit qui a consacré cette souveraineté de l'auteur.

Sociologique, le basculement lié à la reconnaissance de la propriété intellectuelle est aussi d'ordre économique. Car cette évolution est évidemment contemporaine de l'invention du capitalisme. Elle consiste à appliquer l'économie de marché aux œuvres de l'esprit. Ainsi, la propriété intellectuelle va permettre un formidable développement des biens culturels. Car en reconnaissant aux auteurs et aux producteurs un droit de propriété, ceux-ci sont incités à développer leur production, en vertu du principe classique de maximisation des intérêts. Puisque les auteurs et les producteurs sont désormais rémunérés pour leurs œuvres, et que certains d'entre eux peuvent même gagner beaucoup d'argent grâce à elles, de plus en plus de personnes sont incitées à produire des œuvres. La reconnaissance du droit d'auteur constitue donc la condition *sine qua non* de la naissance de l'industrie des biens culturels.

C. Une question centrale pour notre société

En plus d'avoir institué une rupture juridique et une transformation socio-économique fondamentales, le droit d'auteur est devenu un enjeu capital pour nos sociétés, en raison de ses liens avec la culture de masse. En effet, la démocratisation de la culture est liée au développement d'une économie de marché des biens culturels, et l'une et l'autre se sont nourries mutuellement. Ainsi, sans intérêt marchand à produire et vendre des œuvres, qu'il s'agisse de livres, de disques, ou de films, la culture de masse, les innovations technologiques qui l'ont permise, les talents qui l'ont exprimée ne se seraient sans doute pas développés. Inversement, il n'y aurait pas eu de développement de la culture de masse sans démocratisation de la société, sans démocratisation scolaire, sans égalisation des conditions par l'amélioration constante du revenu disponible des ménages, qui leur a permis de consacrer une partie de leur consommation à l'achat de biens culturels.

L'une des caractéristiques principales de nos sociétés contemporaines est précisément l'existence de cette culture de masse. Or elle est en partie le produit de cette révolution du droit d'auteur. Et cette culture est un enjeu très important de nos sociétés. Je ne pense pas seulement aux débats classiques sur l'éventuelle dénaturation de la culture par la culture de masse, l'économie de marché appliquée aux biens culturels, la société de consommation transformant la culture en un produit marchand qui en contredit l'essence même. Au-delà de ces controverses, cette culture de masse a été analysée, depuis les travaux de l'Ecole de Francfort jusqu'à Bourdieu, comme le reflet et l'accélérateur des tendances profondes de la société contemporaine. Le sociologue américain Daniel Bell par exemple, montre dans son ouvrage principal comment les « contradictions culturelles du capitalisme »¹

1. Daniel Bell, *Les contradictions culturelles du capitalisme*, trad. franç. M. Matignon, Paris, PUF, 1979.

structurent nos sociétés autour de trois principes rivaux : celui d'efficacité qui structure l'économie, celui d'égalité qui structure la politique, et l'épanouissement de la personnalité qui structure la culture.

L'étendue de ces débats montre bien que la culture est considérée comme l'accélérateur, le reflet et la traduction des tendances profondes de la société contemporaine. Quand on parle de droit d'auteur, on parle de tout cela en vérité. Cette petite disposition juridique a été le produit de mouvements tectoniques de la société, et en même temps les a accélérés. Notre société, notre civilisation en sont donc en grande partie le produit. Le régime du droit d'auteur a ainsi un impact décisif sur la culture, et son enjeu dépasse donc largement les questions économiques et sectorielles.

II. LA RUPTURE PROVOQUÉE PAR LA RÉVOLUTION NUMÉRIQUE

En quoi la révolution numérique rompt-elle avec cette histoire du droit d'auteur, longue et décisive pour nos sociétés ?

A. Le droit d'auteur avait survécu à toutes les innovations

Le droit d'auteur avait jusqu'à présent réussi à intégrer, voire à encourager, toutes les innovations apparues depuis deux siècles. Il a ainsi survécu à l'invention des différents formats du livre, par exemple le livre de poche. Il a survécu aux différents supports pour graver la musique, qu'il s'agisse du disque, de la cassette ou du disque compact. Il a survécu à l'invention du cinéma et à ses différents supports : la salle, la vidéo, le DVD. Il a survécu, enfin, à l'apparition de la diffusion de masse par la radio et la télévision.

Le droit d'auteur est un droit individualisé, qui permet à

l'auteur de percevoir une rémunération proportionnelle au prix de vente de l'œuvre. A chaque innovation, les mécanismes fondamentaux du droit d'auteur s'étaient appliqués sans grande difficulté. Il y a évidemment quelques exceptions. Le plus connu est celui de la licence légale des radios : celles-ci payent une contribution sur leur chiffre d'affaires, qui est ensuite répartie par les sociétés de gestion collective en fonction de la diffusion des œuvres. La raison de ce dispositif est purement technique : il aurait été impossible, à chaque fois qu'une radio diffuse une musique, de négocier l'accord préalable de l'auteur et de mettre au point un contrat. Le prélèvement pour copie privée constitue un autre exemple, similaire. Mais en dehors de ces quelques exceptions, le principe général qui s'est appliqué et qui rend compte de 90 % des revenus des auteurs est celui d'une rémunération individuelle et proportionnelle au revenu engendré par l'œuvre.

B. La révolution numérique remet en cause le droit d'auteur

La révolution numérique remet en cause ce cadre, qui avait survécu à deux siècles d'innovations technologiques considérables. Elle offre en effet la possibilité de copier, diffuser et stocker des milliards d'œuvres pour un coût réduit ou nul.

Quand la diffusion des œuvres se faisait sur des supports physiques comme le livre, le disque ou le DVD, il était possible de faire des contrefaçons, mais elles étaient longues et coûteuses à réaliser et à commercialiser. De plus, les producteurs et les distributeurs d'œuvres ne prenaient pas le risque de la contrefaçon, parce qu'il était facile de les identifier et donc de les réprimer : le piratage était donc facile à prévenir. La même chose vaut pour la diffusion par la télévision ou la radio : il est là aussi aisément de tracer les œuvres et de s'assurer que celui qui les diffuse est bien titulaire des droits. Il existait donc deux barrières considérables au piratage : le coût et la difficulté

de la contrefaçon et la relative facilité pour les forces de répression d'identifier les pirates.

Je voudrais au passage faire remarquer que le piratage ne doit pas être confondu avec la gratuité. La télévision, TF1 par exemple, peut être gratuite : le téléspectateur ne la rémunère pas directement puisqu'elle se finance par la publicité ; pourtant, l'auteur est bien rémunéré par la télévision pour l'exploitation de son œuvre. L'accès au contenu est gratuit, tout en étant légal. Piratage et gratuité sont donc deux choses distinctes.

Le problème nouveau posé par le numérique, c'est l'abaissement de ces deux barrières qui protégeaient le droit d'auteur. D'une part, le coût de reproduction est très faible, celui de la diffusion est égal à zéro. Quant à la répression, elle est très difficile, puisque ce sont des milliards de fichiers qui s'échangent sur le net.

Cet abaissement des barrières tient notamment au fait que ce sont les consommateurs eux-mêmes qui partagent leurs fichiers. Les réseaux majeurs du piratage ont historiquement été, cela est moins vrai maintenant, les réseaux de *peer-to-peer*, c'est-à-dire d'individu à individu. On voit ici à l'œuvre la société collaborative, la société des individus : un individu a des fichiers qu'il apprécie et, c'est l'argument, les partage avec ses amis même s'il se trouve que ceux-ci se comptent par millions. On retrouve ici ce dont j'ai parlé plus haut : le rapport avec les biens culturels est l'expression, la traduction et l'amplification de phénomènes sociologiques souterrains très profonds. Un autre élément doit être pris en compte, qui est absolument décisif : alors que les diffuseurs traditionnels que sont la télévision, la radio, les imprimeurs ou les éditeurs étaient dissuadés du piratage par la législation et la faculté de les prendre sur le fait, dans le cas d'Internet, le diffuseur, à savoir le fournisseur d'accès, non seulement n'a pas intérêt à y faire obstacle, mais a au contraire tout intérêt à favoriser le piratage. Des études très sérieuses, par exemple celle menée par Olivier Bomsel au

laboratoire d'économie industrielle de l'Ecole des Mines de Paris en 2004², estiment ainsi que l'accès gratuit à des contenus culturels, en particulier la musique, est un facteur déterminant du développement des abonnements à haut débit. En effet, la valeur d'un abonnement haut débit s'accroît évidemment si celui qui l'achète obtient grâce à lui le droit d'avoir accès sans payer à une énorme bibliothèque de films ou de musique. Selon le CERNA, les producteurs de films et de disques subventionnent de fait environ 50 % du prix de l'abonnement à haut débit. Les fournisseurs d'accès à Internet ont donc eu intérêt à favoriser le piratage, car d'une certaine manière cela subventionne le développement de leur réseau.

Ce développement du piratage et l'implosion du cadre qui existait depuis deux siècles ont eu un effet extrêmement destructeur sur la valeur des industries culturelles, la musique en particulier. Le chiffre d'affaires de la musique a été divisé de moitié en dix ans. Certes, il ne pourrait s'agir que d'une coïncidence. Certains affirment qu'en vérité le piratage développe l'intérêt pour la musique, donc n'est pas nécessairement nuisible à son industrie. Mais toutes les études économétriques un peu sérieuses³ montrent que le piratage explique de 70 à 130 % la baisse du chiffre d'affaires de la musique. Il n'y a plus beaucoup de doutes sur le fait que le piratage, le téléchargement illégal, a eu pour effet une décroissance très forte du chiffre d'affaires de la musique⁴.

-
2. O. Bomsel & J. Charbonnel, G. Le Blanc, A. Zakaria, *Enjeux économiques de la distribution des contenus*, Etude Riam-Contango, janvier 2004, sur <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/OBetalii-P2P.pdf>
 3. On peut consulter sur ce point la recension de Stan Liebowitz, professeur à l'Université du Texas ("The Metric is the Message: How Much of the Decline in Sound Recording Sales is Due to File-Sharing", novembre 2011, sur <http://ssrn.com/abstract=1932518>).
 4. Cette estimation de 130 % s'explique par le fait que le chiffre d'affaires aurait crû en l'absence de piratage.

C. Les motifs du téléchargement illégal

Comment expliquer qu'il n'y ait pas eu de réaction plus vigoureuse face au phénomène du piratage ?

Il serait possible de faire une analyse socio-politique expliquant que le piratage a été soutenu par une sainte alliance libérale-libertaire.

Libérale, au sens où il faut laisser jouer le marché, et laisser se développer des industries d'avenir, comme les fournisseurs d'accès, les fabricants d'ordinateurs, les sociétés telles que Google. L'idée est que l'industrie du numérique va créer les richesses et les emplois de demain : elle représente environ 7 % du PIB, sans doute plus dans les années à venir, et il faut par conséquent la laisser se développer quitte à endommager celles du passé, comme la musique, qui sont un peu vieillies, avec un potentiel de croissance faible, et supposées jouir de rentes indues.

Mais cette alliance a aussi un pilier libertaire : les individus doivent pouvoir jouir sans entrave, il est interdit d'interdire, la répression est mauvaise et la gratuité est une bonne chose.

Ainsi, dans une alliance dont il faut reconnaître qu'elle est contre-nature, les mega-capitalistes de l'industrie mondiale des Télécoms se trouvent d'accord avec les super-gauchistes qui conspuent l'ordre marchand. On aboutit à une situation dans laquelle la gauche du PS, par exemple, s'oppose à la mondialisation et au laisser-faire lorsqu'il conduit à fermer une usine à Florange, et défend becs et ongles la mondialisation et la déréglementation quand elles menacent potentiellement toute l'industrie audiovisuelle et toute la musique, qui représentent de l'ordre de 100 à 150 milliards d'euros en Europe.

Cette sainte alliance des géants mondiaux de la *high tech* et des consommateurs est très puissante, face à quelques centaines d'artistes et une petite industrie des contenus. Le rapport des forces médiatiques, et dans l'opinion, n'est pas en faveur de ces derniers.

Il ne faut cependant pas se limiter à une analyse de ce type, car il y a là un vrai débat, économique et de principe. Les biens culturels, en effet, sont des biens particuliers et c'est à cette idée que je faisais référence plus haut quand je disais qu'il ne faut pas caricaturer celui qui différencie le vol et la copie. Une chanson, ou un livre, ne s'achète pas ou ne se consomme pas au sens usuel du terme. C'est une idée, et non un objet, qui survit aux usages privatifs qui en sont faits. La propriété classique, celle d'une maison par exemple, permet de jouir pleinement de son objet. Tandis que le droit de propriété intellectuelle restreint au contraire cette jouissance, freine la diffusion de l'œuvre. Et donc le droit de propriété intellectuelle est en quelque sorte « inefficient », au sens économique du terme, parce que l'utilité maximale d'une idée réside dans sa propagation maximale.

C'est évident si l'on prend l'exemple d'un médicament : l'intérêt de la société est par exemple de distribuer le plus largement possible les trithérapies en Afrique, où le Sida fait des ravages, et où le prix de ces médicaments est un obstacle à leur diffusion. Donc l'intérêt de la société est que les trithérapies soient gratuites en Afrique. Mais on rencontre alors un autre problème économique, celui de l'incitation des laboratoires à faire la recherche nécessaire à la production des médicaments.

Il s'agit donc là d'un vrai débat, qui existe depuis la naissance de la propriété intellectuelle et auquel ont contribué au XIX^{ème} siècle des intellectuels comme Proudhon, Duguit ou Walras.

La situation, dans le cas du droit d'auteur, est assez atypique par rapport à la propriété physique classique. Si on ne paie pas assez les créateurs et les producteurs, le risque est d'être en état de sous-production, parce qu'on n'attire pas tous les créateurs qui auraient pu venir. Mais si le consommateur paie trop cher, le risque est alors celui de la sous-utilisation : on diffuse moins d'œuvres de l'esprit que l'opinion ne le voudrait.

Il faut donc concilier ces intérêts contradictoires, celui de la société à la diffusion maximale et celui de l'auteur à sa rémunération. Le compromis qui a été trouvé, c'est le droit d'auteur, qui donne à ce dernier un monopole, mais provisoire, sur l'utilisation de son œuvre. On a donc tranché le dilemme en reconnaissant un monopole à l'auteur, pour l'inciter à produire, tout en limitant dans le temps ce monopole afin que l'œuvre trouve ensuite une diffusion à moindre prix, qui puisse être maximale. C'est un peu l'équivalent des génériques dans le domaine des médicaments : au bout d'un certain temps, on estime que le brevet doit tomber afin que d'autres puissent produire et que le prix puisse baisser.

Ce débat a été fortement relancé par le numérique puisque l'un des arguments des défenseurs du piratage est de dire que laisser aux auteurs et aux producteurs la rente que leur confère le droit d'auteur, qui s'exprime par exemple dans des prix du disque bien trop élevés, c'est freiner la propagation gratuite des œuvres sur le net, donc freiner la démocratisation de la culture, et empêcher qu'on atteigne l'utilité maximale des œuvres de l'esprit.

Il faut donc trouver d'autres façons de rémunérer les auteurs, car grâce au piratage et grâce à la gratuité il est possible de faire accéder non plus quelques millions de gens, mais quelques milliards, aux œuvres de l'esprit. Mais accepter le piratage revient par ailleurs à désinciter la production de ces œuvres dont on souhaite la diffusion maximale.

III. LES SOLUTIONS

Que peut-on faire face à cette situation, face à ce conflit entre le droit d'auteur et l'incitation à créer, d'un côté, et le développement du numérique et l'idéal de démocratisation de l'autre ? Il existe à ma connaissance trois grandes solutions.

A. La licence globale

Il s'agit d'un système dans lequel on autorise un libre accès aux fichiers en échange d'un prix forfaitaire acquitté par chaque abonné, et réparti entre les ayants droit. Une quote-part serait ainsi comprise dans le prix de chaque abonnement Internet, qui serait versée aux sociétés d'auteurs, celles-ci répartissant ensuite cette manne entre les auteurs. C'est une solution séduisante en théorie. Elle rompt avec la règle de l'individualisation de la perception des droits, mais rend compatible la diffusion maximale de l'œuvre et l'acquittement de droits d'auteurs. La licence globale pose cependant d'immenses difficultés.

1. Première difficulté, celle du montant à prélever. Ainsi, pour couvrir, à peu près, le chiffre d'affaires actuel de la musique, après dix ans de baisse, il serait nécessaire de prélever environ 3 euros par mois et par ligne haut débit. Le problème est que si cette solution est adoptée pour la musique, il devient difficile de ne pas l'appliquer aussi au cinéma, aux séries télévisées, ou aux livres, par exemple. Et, dans ce cas, l'augmentation du prix de l'abonnement doit être bien plus importante, trop probablement pour être acceptable par l'internaute.

De plus, le risque avec une telle solution est de ne plus pouvoir suivre les évolutions du marché. Car le marché de la musique, pour prendre cet exemple, n'est pas linéaire : il a connu des baisses et des hausses. Il a ainsi doublé entre 1983 et 1990. Or une taxe forfaitaire sur un abonnement Internet n'exprime qu'une seule variation, celle du nombre d'abonnements Internet. La rémunération des œuvres est donc, globalement, découpée du marché lui-même, des préférences des consommateurs, de leurs goûts. De ce point de vue, le système de la licence global s'apparente à un système d'économie dirigée.

2. Une fois cette manne collectée, il faut décider de quelle façon la répartir entre les auteurs.

On peut le faire au prorata des téléchargements par *sampling* : on étudie un échantillon qui nous montre qui a été téléchargé et dans quelle mesure, et les auteurs sont rémunérés en proportion. Le problème est que les producteurs peuvent manipuler le sondage en installant des programmes qui téléchargent de façon automatisée leurs produits. Plus généralement, ce système est une immense source de conflits. La répartition des droits de la licence légale, ce petit bout de rémunération forfaitaire qui existe aujourd’hui pour les radios, est déjà un casse-tête et un sujet de préoccupation pour les sociétés de perception de droits d'auteurs à cause des contestations. On peut imaginer ce que serait le résultat avec des milliards de fichiers échangés chaque jour. Il est certes possible d'abandonner les *sampling* et de tracer véritablement les téléchargements. Mais les risques en termes de respect de la vie privée sont importants. Il est amusant de constater que ceux qui contestent une « répression » qui serait invasive, attentatoire aux libertés, soutiennent un système de licence globale qui aboutit à tracer toutes nos consommations de produits culturels sur Internet.

3. Enfin, troisième difficulté, celle de savoir qui paie cette licence globale. Ce peut être tout le monde. Mais certains téléchargent peu, et d'autres beaucoup. C'est un système qui peut apparaître comme inéquitable.

La licence globale est donc un mécanisme séduisant du point de vue intellectuel, mais qui aboutit en fait à un système d'économie dirigée, avec notamment des problèmes de financement, de répartition et d'équité entre les consommateurs. Après avoir examiné de façon approfondie cette solution, la mission que j'ai présidée en 2007 sur la lutte contre le téléchargement illégal a donc décidé de ne pas la retenir. J'observe qu'elle n'a, pour l'instant, été adoptée par aucun autre pays.

B. La riposte graduée

La deuxième solution est celle de la riposte graduée. C'est celle que nous avons retenue en 2007. Le principe est le suivant : éléver les coûts, c'est-à-dire les risques, du téléchargement illégal pour rendre l'arbitrage entre le téléchargement illégal et son coût, d'un côté, et le téléchargement légal et son prix, de l'autre, un peu plus équilibré. Il fallait éléver les barrières à l'entrée du téléchargement illégal. Il existe certes des sanctions pénales réprimant la contrefaçon et le téléchargement pirate, qui peuvent aller jusqu'à 300 000 euros d'amende et trois ans de prison. Mais le constat que nous avons fait était que ces sanctions étant extrêmement lourdes, et les tribunaux ayant fort à faire par ailleurs, elles étaient peu utilisées, et donc n'étaient pas dissuasives. D'où la mise en place d'un système de riposte graduée, consistant à envoyer un avertissement, puis un second et enfin à recourir à la sanction selon une échelle pouvant aller jusqu'à la suspension de l'abonnement. Aux États-Unis, les câblo-opérateurs qui avaient mis cela en place nous avaient expliqué que 80 % des gens arrêtaient de télécharger au premier avertissement.

Nous avons donc mis en place ce système, mais il est important de comprendre qu'il n'était pas fait pour éradiquer intégralement le piratage. Il s'agissait de le tempérer, et non de le supprimer entièrement, notamment parce qu'il a certaines vertus. Il permet d'accéder à des œuvres, des films rares par exemple, qu'il est impossible de trouver autrement. Car à partir du moment où le système marchand ne met pas à notre disposition des œuvres, parce que cela ne l'intéresse pas, il n'y a aucune raison de ne pas pouvoir y accéder gratuitement. Le piratage a aussi permis de remettre en cause un certain nombre de producteurs qui bénéficiaient de rentes, et de soumettre à la pression concurrentielle des industries de contenus dont les marges étaient énormes, sans être toutes justifiées par la nécessité d'investir dans les

talents futurs. L'une des raisons, par exemple, pour lesquelles le piratage s'est développé, a été l'existence de verrous numériques rendant impossible le transfert de fichiers entre différents supports (les DRM), tandis que l'offre illégale était extrêmement pratique et organisée autour du consommateur. Le piratage a ainsi constitué un fantastique moteur pour obliger les industries de la musique à se moderniser, et à accepter de penser en fonction du consommateur et non en fonction d'elles-mêmes. Réduire de 100 % le piratage n'était donc pas du tout notre objectif. Il s'agissait simplement de le diminuer, d'en augmenter les coûts, de façon à modifier le rapport entre risques encourus et profit attendus et de dissuader un nombre appréciable de personnes tentées par le téléchargement illégal. Et c'est ce qui s'est produit ! Bien qu'on n'en ait très peu parlé... Entre 2011 et 2013, la Hadopi a envoyé 1,3 million d'avertissements, a observé 100 000 récidives (ce qui montre que la lettre d'avertissement fonctionne) ; ces récidives ont donné lieu à 300 sanctions et à une suspension d'abonnement.

Une suspension pour 1,3 million d'avertissements : il s'agissait donc bien d'un système dissuasif, d'une menace qui, comme la bombe nucléaire, doit être crédible, mais dont l'objet est de n'être jamais utilisé. Et selon tout un ensemble de recherches, disponibles sur le site de la Hadopi, corroborées par des sondages faits par différents instituts sur les comportements des consommateurs et par une étude de l'IFPI⁵, le piratage a baissé, de 30 à 60 % selon les sources, sur la période considérée. Le système a donc fonctionné, avec des dommages collatéraux très faibles. C'est une information demeurée confidentielle parce qu'elle allait à contre-courant de l'opinion dominante, mais la riposte graduée a fonctionné ! Je ne parle pas

5. Fédération internationale de l'industrie phonographique : on peut se référer sur ce point à son rapport pour l'année 2012, disponible sur <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2012.pdf>.

de l'institution Hadopi qui a engendré toute une série de fonctions et de dépenses annexes (recherche, études, laboratoire, etc.), mais bien du système de riposte graduée. La mission Lescure a fait le choix de supprimer l'ultime sanction qui est la suspension d'abonnement, et de la remplacer par un système d'amende à faible valeur unitaire. Pourquoi n'avions-nous pas retenu ce principe à l'époque ? D'abord parce qu'il est *répressif*, alors que je trouve vertueux un système *dissuasif* qui fait passer d'1,3 million d'avertissements à 100 000 récidives. Ensuite, parce que les amendes sont coûteuses : il faut les envoyer, les recouvrer, traquer les impayés. Comme elles sont coûteuses, que par ailleurs il ne s'agit pas d'une priorité et qu'il y a tant d'autres choses à faire, le risque est que ces amendes ne soient jamais mises en œuvre, et que l'on perde toute efficacité. Nous verrons ce que ce système donnera à l'avenir, peut-être sera-t-il aussi efficace que le système dissuasif.

C. La sanction des fournisseurs d'accès à Internet

Il existe une troisième solution, qui me semble à la fois la plus probante et la moins probable. Je crois en effet qu'aucun dispositif sanctionnant *in fine* les internautes ne sera véritablement efficace, parce que contraire à l'idée que se fait l'opinion de ce qui est acceptable. Autrement dit, le degré élevé d'inacceptabilité sociale de ces mesures nuit à leur efficacité. Je crois donc qu'une bonne mesure serait la responsabilité pénale de ceux qui ont intérêt économiquement à la diffusion illégale des œuvres, c'est-à-dire les fournisseurs d'accès à internet. Olivier Bomsel, qui dirige la chaire d'économie des médias de l'Ecole des Mines de Paris, exprime très clairement cela quand il écrit : « *L'accès gratuit des consommateurs aux œuvres piratées élève la valeur de tous les biens et services concourant à la distribution. La passivité des intermédiaires face au contournement équivaut alors à un aléa moral dans la distribution du copyright, ce qui en élève le coût d'application [et constitue] une*

*source d'incitations puissantes à contrefaire. (...) Quant à la responsabilisation pénale du consommateur final et à la menace que celle-ci lui fait subir, elle est le plus souvent contradictoire avec les intérêts de l'ayant droit dont l'objectif est précisément de créer une demande pour son produit. (...) L'internalisation de l'application du copyright par les intermédiaires évite de passer par des autorités administratives de contrôle et favorise la mise en place de procédures automatisées. Elle relâche, en outre, la menace pénale sur le consommateur ».*⁶

Olivier Bomsel a raison quand il explique que la passivité des intermédiaires pousse à la contrefaçon : il y a effectivement incitation à contrefaire de la part des fournisseurs d'accès, puisque ceux-ci y ont intérêt. Il a raison aussi quand il dénonce la responsabilisation pénale de l'internaute, qui aboutit en fin de compte à faire des auteurs les avocats d'un système qui réprime leurs consommateurs. C'est une situation absurde, qui dresse artistes et consommateurs les uns contre les autres.

Je défends donc aussi la responsabilisation des fournisseurs d'accès. Je crois que le jour, si nous en sommes jamais capables, où l'on rendra les fournisseurs d'accès responsables de ce qui circule sur leur réseau, les obligeant à procéder au filtrage des fichiers illégaux, à la façon dont un distributeur comme la Fnac est responsable de ce qui se trouve dans ses bacs, la situation changera radicalement.

6. O. Bomsel et M. Lefort, « Le droit de la responsabilité au secours de l'application du copyright », 6 juillet 2012, sur <http://www.contrefacon-riposte.info/editoriaux/3931-le-droit-de-la-responsabilite-au-secours-de-l-application-du-copyright>.

CONCLUSION

Je conclurai en posant ce qui me paraît être la question. Nous sommes d'une immense naïveté relativement au numérique en France et en Europe.

D'une part, très peu d'efforts sont faits pour fabriquer des grandes plateformes d'innovation et pour développer les industries numériques de demain. Nous ne faisons pas non plus assez attention au développement de nos industries culturelles qui irriguent ces réseaux de contenus. Celles-ci sont pourtant un fleuron national, et un aliment essentiel de l'économie numérique de demain. Nous avons un trésor économique entre nos mains, car les gens consomment grâce au numérique des œuvres de l'esprit, et nous en produisons. Il y a là un secteur économique plein d'avenir auquel nous ne sommes pas assez attentifs.

D'autre part, nous admettons avec une candeur désarmante les atteintes au droit de la concurrence commises par les géants de l'Internet, tous américains : Google, Facebook, Apple, Amazon. Ces « quatre cavaliers de l'Apocalypse » comme les a désignés récemment un polémiste, sans doute de manière trop violente, utilisent les positions dominantes dont ils bénéficient pour capter une valeur qui pourrait être partagée avec d'autres, notamment des industries européennes. GoogleNews, par exemple, utilise les textes écrits par les journalistes sans payer leur coût de production, alors que le trafic engendré par ces textes est sa source de revenus. Or, nous sommes globalement passifs devant ces distorsions flagrantes aux lois de la concurrence.

Peut-être suis-je extraordinairement pessimiste en voyant le peu de capacités de la France en particulier, et de l'Europe en général, à résister et donc à tirer son épingle du jeu autant qu'elle le pourrait de ce monde numérique.

Je tempèrerai toutefois mon pessimisme par cette formule de Mark Twain, que j'aime parce qu'elle définit parfaitement l'anxiété et en même temps la relativise : « J'ai connu beaucoup de catastrophes dans ma vie, dont certaines ont vraiment eu lieu ».

Retrouvez l'intégralité du débat en vidéo sur www.institutdiderot.fr

Les publications de l’Institut Diderot

Dans la même collection

L’avenir de l’automobile
Louis Schweitzer

L’avenir des nanotechnologies
Etienne Klein

L’avenir de la croissance
Bernard Stiegler

L’avenir de la régénération cérébrale
Alain Prochiantz

L’avenir de l’Europe
Franck Debié

L’avenir de la cybersécurité
Nicolas Arpagian

L’avenir de la population française
François Héran

L’avenir de la cancérologie
François Goldwasser

L’avenir de la prédiction
Henri Allan

L’avenir de l’aménagement des territoires
Jérôme Monod

L’avenir de la démocratie
Dominique Schnapper

L’avenir du capitalisme
Bernard Maris

L’avenir de la dépendance
Florence Lustman

L’avenir de l’alimentation
Marion Guillou

L'avenir des humanités dans l'entreprise
Jean-François Pradeau

L'avenir des villes
Thierry Paquot

L'avenir du droit international
Monique Chemillier-Gendreau

L'avenir de la famille
Boris Cyrulnik

L'avenir du populisme
Dominique Reynié

L'avenir de la puissance chinoise
Jean-Luc Domenach

L'avenir de l'économie sociale
Jean-Claude Seys

L'avenir de l'hôpital public
Bernard Granger

L'avenir de la guerre
Rony Brauman & Henri Bentégeat

L'avenir de la vie privée dans la société numérique
Alex Türk

L'avenir de la politique industrielle française
Louis Gallois

L'avenir de la politique énergétique française
Pierre Papon

L'avenir du pétrole
Claude Mandil

L'avenir de l'euro et de la BCE
Henri Guaino & Denis Kessler

Les Notes de l’Institut Diderot

L’euthanasie, à travers le cas de Vincent Humbert
Emmanuel Halais

Le futur de la procréation
Pascal Nouvel

La République à l’épreuve du communautarisme
Eric Keslassy

Proposition pour la Chine
Pierre-Louis Ménard

L’habitat en utopie
Thierry Paquot

Une Assemblée nationale plus représentative
Eric Keslassy

Les Dîners de l’Institut Diderot

La Prospective, de demain à aujourd’hui
Nathalie Kosciusko-Morizet

Politique de santé : répondre aux défis de demain
Claude Evin

La réforme de la santé aux États-Unis :
quels enseignements pour l’assurance maladie française ?
Victor Rodwin

La question du médicament
Philippe Even

Les entretiens de l’Institut Diderot

L’avenir du progrès
(Actes des Entretiens 2011)

L'avenir de la propriété intellectuelle

A l'âge du numérique surgit une question juridique épique, celle de la propriété intellectuelle. Ses institutions majeures (copyright, marques, brevets ...) mises au point depuis deux siècles vacillent. Elles demandent à être repensées de fond en comble. C'est notre civilisation qui est en jeu. Les débats enflammés sur le piratage des œuvres de l'esprit en témoignent.

Denis Olivennes nous offre ici les réflexions engagées d'un homme qui, depuis plus de dix ans, participe aux plus vifs de ces débats. Il agit et plaide en faveur du développement des industries culturelles. Il s'appuie sur l'histoire pour faire apparaître les arrières-fonds philosophiques (libéraux, libertaires) des partis adoptés par les uns et par les autres. Les empoignades autour de l'Hadopi en portent la marque dans notre pays. Que doit décider l'Etat ? Que peut-il faire ? Sanction ou dissuasion ? Entre elles, quel dosage instaurer ? La menace pèse partout sur les livres, les films, la musique, les auteurs, les éditeurs ... Un monde de créativité risque d'être emporté.

Sans céder au pessimisme ambiant, Denis Olivennes dénonce avec force la « naïveté » et la « candeur » dont nous faisons preuve devant l'offensive mondiale des géants de l'internet. Ce carnet est un appel à la vigilance.

Dominique LECOURT
Directeur général de l'Institut Diderot



“

Président d'Europe 1,
Président de Lagardère Active

Denis OLIVENNES

La présente publication ne peut être vendue



FONDS DE DOTATION POUR LE DEVELOPPEMENT DE L'ECONOMIE SOCIALE REGI PAR LA LOI N°2008-776 DU 4 AOUT 2008 - SIRET N° 513 746 651 00019
11, place des 5 martyrs du lycée Buffon 75014 Paris / T. +33 (0)1 53 10 65 60 / F. +33 (0)1 53 10 65 36
contact@institutdiderot.fr / www.institutdiderot.fr